

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXI
FASCICULO IV



OCTUBRE - DICIEMBRE
MCMLXVIII

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción:

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

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

RODRIGO URÍA 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>La forma del negocio jurídico</i> | 745 |
| MARCOS GUIMERÁ PERAZA: <i>Pérez Serrano y la Ley de Aguas de 1956</i> | 779 |
| ANTONIO CANO MATA: <i>El ejercicio de acciones por las compañías aseguradoras de accidentes de trabajo</i> | 807 |
| FRANCISCO CASTRO LUCINI: <i>Algunas consideraciones sobre el protesto en relación con la Ley de 22 de julio de 1967</i> | 823 |
| ANGEL CRISTÓBAL MONTES: <i>La cesión de contrato</i> | 851 |

Estudios de Derecho extranjero

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| JOSÉ BONET CORREA: <i>El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en Italia</i> | 891 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

Vida Jurídica

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ: <i>Las II Jornadas Nacionales sobre la Adopción.</i> | 919 |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|

Bibliografía

Libros 929

ARCE Y FLOREZ-VALDES, Joaquín: *La adopción de expósitos y abandonados*, por Gabriel García Cantero.—CRESPY, Georges; EVDOKIMOV, Paul; DUQUOC, Christian: *Le Mariage*, por Gabriel García Cantero.—ENGLER, Helmut: *Annahme an Kindes Statt...*, por Gabriel Gracia Cantero.—FERNANDEZ FLORES, José Luis: *El divorcio en Derecho Internacional Privado*, por R.—GIOLLA, Piero: *Valutazione del danno alla persona nella responsabilità civile*, por R.—GONZALEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel: *Las relaciones de vecindad*, por Gabriel García Cantero.—IGLESIAS, Juan: *Estudios Historia de Roma. Derecho Romano. Derecho moderno*, por Ursicino Alvarez Suárez.—LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHEZ REBULLIDA, F. de A.: *Derecho inmobiliario registral*, por Agustín Luna Serrano.—LATORRE, Angel: *Introducción al Derecho*, por Juan Iglesias.—PALLADINO, Alfonso: *Il Procedimiento civile avanti al giudice conciliatore*, por R.—PUIG FERRIOL, Luis: *El albaceazgo*, por R.—PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, por R.—ROSENSTIEL, Francis: *El principio de la supranacionalidad. Ensayo sobre las relaciones de la política y el Derecho*, por R.—RUIZ SANCHEZ, José Luis: *El crédito personal agrario y sus garantías jurídicas*, por J. L.—SANCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho mercantil*, por R.—SOTO, Domingo de: *De la Justicia y del Derecho*, por R.—SUAREZ, Francisco: *Tratado de las Leyes y de Dios legislador, en diez libros*, por R.—VITORIA, Francisco de: *Relectio de Indis o libertad de los Indios*, por R.—WESTERMANN, Harm Peter: *Die causa im französischen and deutschen Zivilrecht*, por R.

Revista de revistas

A cargo de Rodrigo Bercovitz y Antonio Manuel Morales Moreno 962

Jurisprudencia

I. Sentencias 975

II. Sentencias de suplicación:

1. Selección de sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid. 980
2. Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona 982

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125 —1958.

IMPORTANTE

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

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXI
FASCICULO IV



OCTUBRE - DICIEMBRE

MCMLXVIII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

A.G.E.S.A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid.

«La forma del negocio jurídico»

JOSE LUIS DE LOS MOZOS
Catedrático de Derecho Civil

PLANTEAMIENTO

SUMARIO: Planteamiento.—1: Concepto de forma y sus diversos sentidos. 2. Formalismo primitivo y libertad de forma en el Derecho moderno como principio general.—3. Negocios a los que se exige una forma determinada (negocios formales).—4. La exigencia de forma a efectos especiales. Recapitulación.

El negocio jurídico para que tenga eficacia requiere una forma adecuada. Desde este punto de vista se puede decir, con CARNELUTTI, y como conclusión tomada casi *a priori* de una larga exposición sobre la forma, a propósito de los actos procesales, que todos los actos jurídicos son formales (1). Pero esto, que constituye más una evidencia que un principio, se expresaba lisa y llanamente entre los autores del

(1) *Sistema del Diritto procesuale civile*, II, *Atti del processo*, Padova, 1938, nn. 453 y ss., págs. 159 y ss. La referencia a CARNELUTTI, metodológicamente, viene justificada por muchas razones, no sólo porque al tratar del tema se refiere a la forma del acto jurídico, en general, o porque las construcciones de este ilustre autor, pese a su ropaje arquitectónico, trascienden del campo de la especialización y penetran en la Teoría General del Derecho, como unánimemente se ha admitido, sino porque, metodológicamente, plantear el tema de la forma, en relación con lo que se ha dicho en un *Derecho formalista*, como es en cierto modo especialmente el Derecho procesal, será siempre provechoso, ya que cada día es más evidente que el Derecho civil ha de ser también comprendido y estudiado en su dintorno, fuera de su tradicional aislamiento, del que afortunadamente va saliendo en nuestros días con un perfil renovado. Sea como fuere, para CARNELUTTI, "Un acto es un movimiento, esto es, la alteración de un estado; por ello también es una mutación del mundo exterior; movimiento y mutación son indisolubles. La forma del acto no es otra cosa que este movimiento y esta mutación. Sin que provenga primero el movimiento o la mutación, no puede haber más que *mera cogitatio*, la cual por sí sola es indiferente para el Derecho" (*Ibid.*, pág. 159). Más adelante añadirá que cuando el hombre muda el mundo exterior, esto tiene lugar como un efecto de su voluntad, diciendo que "voluntad es el pensamiento en cuanto se traduce en el movimiento, es decir, la fuerza psíquica en cuanto se transforma en fuerza física; en suma, el espíritu que se encarna. Bajo este aspecto se aclara el significado de la palabra: forma quiere decir la parte externa de un ente, es como el recipiente o el molde dentro del cual se contiene la esencia; esta esencia es la voluntad" (*Ibid.*, pág. 160). Para otras apreciaciones respecto del punto de vista de CARNELUTTI, téngase en cuenta lo que diremos más adelante y, ante todo, la referencia de E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2.^a ed., 3.^a reimp., Torino, 1960, págs. 125-126, especialmente nota 3.

Pandectismo que, como es sabido, han contribuido a la construcción de una de las grandes figuras conceptuales de la ciencia jurídica moderna, la *Teoría general del negocio jurídico* (2).

Esta sencillez en la formulación resulta explicable, aunque un poco paradójica, si se tiene en cuenta que el propio Pandectismo que recoge en este punto, según F. WIEACKER ha señalado certeramente, la tradición iusnaturalista (3) se fundamenta en el principio de la *libertad de forma*, como expresión particular del principio superior de la *autonomía privada*, una de las bases teóricas de su propia especulación dogmática.

También es explicable, porque desde un punto de vista conceptual, que es el predominante del Pandectismo, la construcción teórica de la forma, en general, en relación con el negocio jurídico parece sumamente sencilla, al menos a primera vista. Ahora bien, aunque fundamentalmente prevalece este punto de vista en la actualidad y el principio general sigue siendo la libertad de forma, esto contrasta con un cierto renacimiento del formalismo en el Derecho moderno, debido, como veremos más adelante, a las más diversas causas, a lo que debe añadirse el indudable incremento de la utilización de ciertas formalidades "voluntarias" con finalidades de seguridad, de certeza o de prueba. Por estas razones, contrasta la sencillez de exposición usual de esta materia en la "Parte General" del Derecho civil, con la reiteración con que le sale a uno al paso la consideración de la forma en los negocios singulares, o con el fenómeno de éste invocado renacimiento o creciente utilización de la forma en el segundo de los sentidos indicados.

Esto justifica el que queramos ahora, y desde el punto de vista de un planteamiento general, tratar de profundizar en el concepto de forma del negocio jurídico y en las distintas proyecciones del mismo.

Pero queda un cuestión previa que anticipar y necesaria en una reflexión aislada sobre la forma del negocio jurídico. Si el tema de la forma del negocio jurídico fuera abordado en un trabajo de contenido más amplio, la propia sistemática externa del mismo nos pondría de relieve el significado de esta temática, pero no siendo así hay que decir que la forma se refiere, de una parte, a los elementos del negocio jurídico, y de otra a su fundamentación como tal, o cuando menos a la determinación de sus efectos, en el caso de las formalidades que hemos llamado "voluntarias" (4).

(2) Según recuerda F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del Diritto italiano*, 2.^a ed., Milano, 1959, 340, la categoría del *actus iuridicus* o *negotium iuridicum*, encuentra su primera formulación doctrinal en la obra de NETTELBLADT, publicada en 1742, titulada *Systema elementare unversae iuris prudentiae positivae*. Bien es verdad que, como el mismo F. CALASSO reconoce, sólo se desarrolla plenamente su formulación teórica a través de la Escuela histórica y mediante la obra de SAVIGNY.

(3) *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. esp., Madrid, 1957, 341 y ss.

(4) El profesor E. BETTI, aunque se sitúe en la línea de superación del Pan-

I.—CONCEPTO DE FORMA Y SUS DIVERSOS SENTIDOS

Ya hemos dicho inicialmente que no se concibe un acto jurídico sin una forma adecuada. O, dicho con las palabras de B. WINDSCHEID, “la validez de la declaración de voluntad requiere que tenga la conveniente conformación exterior” (5). En el mismo sentido, E. BETTI relaciona la forma con lo que denomina *estructura* del negocio. De este modo, la forma es uno de sus elementos *constitutivos*. Así, dice este ilustre autor que “la estructura del negocio comprende tanto la forma como el contenido”. Forma es el *modo* como es el negocio, como se presenta ante los demás en la vida de relación: su *figura exterior*. Contenido es *lo que* el negocio es, intrínsecamente considerado, su supuesto de hecho interior, que representan conjuntamente, fórmula e idea, palabra y significado; términos éstos cuya conexión es tarea de interpretación. En la vida de relación un acto no es *recognoscible a los otros*, sino a través de su forma (6). O, como diría R. VON IHERING, la forma es el tránsito de la intimidad subjetiva a la exteriorización objetiva. Por eso, cuando se habla de negocios for-

ductismo, aparece todavía, en nuestros días, como heredero y continuador de aquella poderosa arquitectura dogmática, ofreciéndonos en su *Teoría general del negocio jurídico* un planteamiento del tema de la forma, que responde a una construcción conceptual, lógicamente trabada, de la figura del negocio jurídico, lo que le hace llevar el tema al *capítulo II* de su obra citada, que trata de la “*Struttura del negozio giuridico*” (*Op. cit.*, 125 y ss.). Por mi parte, yo prefiero hablar en este caso de *elementos* del negocio jurídico. De modo parecido plantea la cuestión W. FLUME en su reciente monografía sobre el negocio jurídico *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1965, 244 y ss., tratando de la forma en el *capítulo III*, al ocuparse de los “presupuestos del negocio jurídico”. Esta manera tradicional de tratar la cuestión, que igualmente podríamos encontrar en otros autores, contrasta con el criterio seguido por el profesor DE CASTRO, que estudia la materia bajo el prisma de la fundamentación del negocio jurídico en su reciente libro sobre *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, 277 y ss. y en la parte IV de su obra, bajo el título “La causa y la relación negocial”. Perspectiva muy interesante y de cuyo agudo planteamiento pueden extraerse notables consecuencias para comprender el significado de la forma del negocio jurídico. En cualquier caso, ambas actitudes, la que podemos considerar tradicional en la dogmática del negocio jurídico y la original del profesor DE CASTRO, han de tomarse por igual en cuenta, con lo que el resultado puede quedar notablemente enriquecido. Si hay que notar de antemano que la obra del maestro DE CASTRO sobre el negocio jurídico se halla concebida de tal manera que lo que parece que pierde el tratamiento del tema en cuanto a la construcción lógica de esta figura conceptual del negocio jurídico, lo gana en vivacidad y en hondura respecto al planteamiento de las cuestiones fundamentales del tema, lo que es congruente con su concepción realista, o mejor aún, principal, del Derecho.

(5) *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.^a ed. (revisada por T. KIPP), I, Frankfurt a. M., 1906, § 72, 333. *Comp.*, ed. it. a cargo de C. FADDA y B. BENSÀ, *Diritto delle Pandette*, I, Torino, 1925, 214 y allí referencias, en relación con la doctrina pandectística precedente.

(6) *Op. cit.*, 125.

males y no formales, no debe creerse que existen negocios en los que se puede prescindir de la forma (7).

Tomada así la forma, como elemento del negocio, puede ser considerada como uno de los *naturalia negotii* (8), referida esta categoría no al tipo de negocio, sino al negocio como tipo, ya que todos los negocios en general, y cada negocio en particular, deben tener una forma adecuada. Ahora bien, en el Derecho moderno, el principio general viene constituido por la *libertad de forma*, sólo a determinados negocios se les exige una forma predeterminada por el ordenamiento jurídico, en estos casos, la forma puede ser considerada como uno de los *essentialia negotii*, porque de su concurrencia depende la propia eficacia del negocio jurídico de que se trate. Por eso en el orden de la formación de las categorías jurídicas podemos decir, siguiendo a LARENZ, cuando habla de “tipos abiertos” y “cerrados”, que los preceptos de forma, dentro de un mismo concepto (contrato, por ejemplo) han contribuido a configurar, donde generalmente se dan, como sucede en Derecho de obligaciones, los “tipos abiertos”, una cantidad considerable, modernamente, de “tipos cerrados”, que contribuyen a limitar de este modo la *autonomía privada* (9). Como se ve, el distinto carácter de la forma, en uno y otro caso, no es solamente estructural, sino que depende también de una disposición concreta del ordenamiento; pero es que, como decía E. HUBER (10) y reitera después A. VON THUR (11), en pocas materias goza el legislador de un poder tan arbitrario como en los preceptos de forma.

El conocido tópico “*forma dat esse rei*”, supuesta esta doble perspectiva, hay que reconducirle, necesariamente, a una concepción *formalista* del negocio jurídico. Concepción que en el Derecho romano clásico se encuentra ya en franca descomposición. Según F. SCHULZ, en la *stipulatio* se distinguía perfectamente la forma del acto, de la práctica de otras formalidades accesorias que usualmente le acompañaban y sin las cuales era perfectamente válida, en tales casos se decía, *non ius deficit sed probatio* (12). Por otra parte, teniendo presente la necesaria relación entre Lenguaje y Derecho, forma por contraposición a sustancia o materia, es lo que configura el ser de las

(7) *El espíritu del Derecho romano*, trad. esp., Madrid, s/d. (ed. Bailly-Bailliére), II, n.º 27, 9 y ss.

(8) La clasificación de los diversos elementos del negocio jurídico, a saber, *substantiaria, naturalia, accidentalia, negotii*, según F. CALASSO, *Op. cit.*, pág. 341, texto y nota 33, procede, también, de NETELBLADT.

(9) *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp., Barcelona, 1966, 354 y ss.

(10) *Los preceptos de forma en el Derecho privado suizo*, en la colección *Estudios sobre la publicidad en el Derecho privado*, trad. esp., Madrid, 1919, I, 61 y ss.

(11) *Derecho civil. Teoría General del Derecho Civil alemán*, trad. cast., Buenos Aires, 1947, II-2, 176.

(12) *Derecho romano clásico*, trad. esp., Barcelona, 1960, n. 805, 452 y ss.; también G. DULCKEIT, *Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen Recht*, en *Festschrift F. Schulz*, I, Weimar, 1951, 160 y ss.

cosas. En cambio, ya hemos visto que cuando hablamos de forma como *elemento estructural* del negocio, nos limitamos a decir que la forma es la *figura externa* del mismo. En este sentido, no solamente se expresa E. BETTI (13), sino también CARIOTA FERRARA (14), K. LARENZ (15), W. FLUME (16) y, antiguamente, los grandes maestros del Pandectismo (17). Y es que la figura de una cosa, incluso desde antes de ARISTÓTELES, tiene igualmente en la Metafísica y en la Lógica un significado propio, distinto del significado de la forma (18). En esto se contraponen dos concepciones jurídicas distintas: el *formalismo* y el *espiritualismo*, concepciones que se corresponden con los sistemas jurídicos primitivos o con los sistemas jurídicos evolucionados. Pero en el Derecho moderno, la concepción formalista reaparece o se mantiene en aquellos casos en que el ordenamiento exige una forma especial; entonces tiene pleno sentido el aforismo *forma dat esse rei*, al menos en sentido positivo. Porque, en tales casos, la forma es esencial, o como se dice constituye un requisito *ad substantiam* (19). Puede

(13) *Ibid.*

(14) *El negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1956, 362 y ss.

(15) *Derecho de obligaciones*, I, trad. esp., Madrid, 1958, I, 91 y ss.

(16) *Op. cit.*, 244 y ss.

(17) Un amplio y selecto elenco de referencias puede encontrarse en los autores citados en último lugar, en las cuatro notas precedentes. En todo caso, puede tenerse en cuenta, igualmente, B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, cit., I, § 72, 333 y ss.

(18) No es cuestión de hacer aquí un largo desenvolvimiento sobre este tema; una información sucinta para una referencia de este tipo puede encontrarse en el inmejorable elenco que ofrece J. FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, 4.^a ed., Buenos Aires, 1958, voces "forma" y "formalismo", págs. 557 y ss. En relación con esto, también el excelente trabajo de U. ALVAREZ SUÁREZ, *Los orígenes de la contratación escrita*, en AAMN, IV (1948), 11 y ss.

(19) El profesor DE CASTRO distingue, conforme al valor de las formalidades, los siguientes tipos: "a) *Valor constitutivo* ("ad substantiam"). La forma da lugar al negocio y basta la forma para que exista sin necesidad de ningún otro requisito ("forma dat esse rei"). En el Derecho primitivo se basaba, se nos dice, en el significado sagrado o mágico de ciertos dichos y actos. En el moderno, en conveniencias del tráfico (dinero amonedado o cartáceo). Este valor se debilita al hacerse posible las excepciones o acciones de nulidad (p. ej., respecto a capacidad y voluntad, en el cheque y letra de cambio) en el "contract onder seal", el Derecho inglés permite su impugnación por contenido inmoral o prohibido. b) *Valor integrativo* ("ad solemnitatem"), la forma es un requisito que se exige al lado de los demás esenciales del negocio; si ella falta, el negocio será nulo o ineficaz ("maior est enim defectus formae ac solemnitatis, quam substantiam"). c) *Valor de publicidad*, que implica su eficacia general o respecto de terceros (no cabe alegar ignorancia). d) *Mayor valor relativo*, o respecto de los negocios carentes de solemnidad (así, en la clasificación de créditos). e) *Valor probatorio* ("ad probationem"), se puede manifestar positivamente (único medio de prueba admitido) o negativamente (excluyendo ciertos medios)" (*Op. cit.*, 278-279). A mi juicio, no obstante la autorizada opinión transcrita, me parece difícil de establecer una distinción precisa, desde un punto de vista práctico, entre las dos primeras categorías, sobre todo estimada la forma en sentido positivo (como requisito de eficacia); sin embargo, la distinción es muy interesante desde el punto de vista negativo (sólo la forma crea el negocio y se prescinde de los restantes requisitos).

decirse entonces que está a punto de coincidir el concepto de forma que, en uno y otro caso, se trata de fundamentar el reconocimiento, en el plano metafísico con el concepto de forma en el plano jurídico.

Según L. MITTEIS, a través de los *bonae fidei iudicia*, aparece, en el proceso de espiritualización acometido por el *Derecho honorario*, junto a la *forma externa*, la forma *en sentido interno* (20). Pues bien, esta *innere Form* es lo que constituye la sustancia del negocio, lo que modernamente denominamos su *contenido*. Este, como hemos visto, es ajeno a la forma, únicamente guarda cierta relación, en cuanto a su valoración para la determinación del negocio en concreto, o sea, en cuanto a la fijación del tipo, que se corresponde con la exigencia de una forma especial en determinados negocios, en cuanto que, en uno y otro caso se trata de fundamentar el reconocimiento, por el ordenamiento, de la eficacia del negocio mismo. Pero no sólo para su validez, sino también para su fundamentación. Por eso la *forma* cumple, en el Derecho antiguo especialmente, una función semejante a la *causa*, aunque esta implicación no deje de ser interesante también en el Derecho moderno.

No es forma, en ninguno de los dos sentidos indicados, aquello que añaden las partes a un negocio porque les conviene; así, dice G. DULCKEIT que en el Derecho antiguo la forma "era auténtica forma de validez y no meramente una forma de protección sólo destinada a los fines externos de garantizar la prueba, la capacidad para el tráfico o la seguridad jurídica" (21). Estructuralmente, se diferencia de la anterior porque viene a resultar como *algo añadido* al negocio, no como la exteriorización del mismo. Bien es verdad que, como decía IHERING, en el Derecho antiguo una y otra adquirirían una mayor *plasticidad* que en el Derecho moderno, donde los actos jurídicos se producen de un modo mecánico al estar toda la vida social impregnada de juridicidad (22). Pero, en cualquier caso, la forma tomada en este *segundo sentido*, cuando no es requerida para la validez del negocio, sólo puede implicarse con la *prueba*, o a lo sumo con la *legitimación*, nunca con la fundamentación del negocio. En estos casos, la forma es un *elemento accidental*.

Por último, y con independencia de que el ordenamiento o la propia naturaleza de las cosas permitan, en vez de una declaración *expresa*, una manifestación *tácita* o *presunta* de la voluntad negocial, lo que se halla íntimamente relacionado con la forma, cuando hablamos aquí de forma nos referimos al negocio jurídico en sentido estricto, a lo que con una redundante terminología llamaba MANIGK "*Willensgeschäft*", al delinear por vez primera y con indiscutible rigor, según E. BETTI, en cambio, la separación entre los "actos de realización" y el negocio jurídico (23).

(20) Citado por W. FLUME, *Op. cit.*, 244.

(21) *Op. cit.*, en *Festchr. F. Schulz*, I (1951), 163.

(22) *Op. cit.*, II, n. 27, 16 y ss.

(23) *Op. cit.*, 127, n. 1.

2.—FORMALISMO PRIMITIVO Y LIBERTAD DE FORMA EN EL DERECHO MODERNO COMO PRINCIPIO GENERAL

Ya hemos dicho que en el Derecho moderno rige el principio de libertad de forma, pero esto no aconteció siempre así. "En estadios anteriores de la evolución jurídica —dice K. LARENZ— era imprescindible para alcanzar la vinculación jurídica de las partes el uso de palabras y de símbolos concretos, la presencia de testigos, la realización del acto en lugar determinado. Esto pudo obedecer a arcaicas representaciones del significado mágico de la palabra o responder (como en el antiguo Derecho germánico) a la exigencia de sentido, claridad y, con ello, de notoriedad de los procesos esenciales de la vida jurídica, no sólo un medio de difusión de la voluntad de las partes, sino más bien el fundamento de validez de la consecuencia jurídica" (24). Por eso es interesante acudir a un planteamiento histórico, ya que, en cierta manera, veremos hasta qué punto podremos hallar una coincidencia entre el fundamento del antiguo formalismo y la subsistencia, en el Derecho moderno, de los llamados negocios formales.

Así, F. C. VON SAVIGNY, con referencia al Derecho actual, y de acuerdo con su conocida terminología, dirá que "las manifestaciones formales (es decir, los negocios formales) son aquellas cuya eficacia procede de la observancia de ciertas formas determinadas, admitidas exclusivamente como expresión de la voluntad. Se las llama formales porque sus accidentes están invariablemente determinados por el Derecho positivo, en tanto que para las manifestaciones no formales dichos accidentes o formas quedan abandonados al arbitrio de las partes" (25). Y el mismo SAVIGNY, con ese genial sentido de relación entre lo histórico y lo actual, con referencia al Derecho romano, donde los negocios formales ocupan un lugar muy importante, reconoce, por un lado, en el formalismo, siguiendo a su discípulo J. GRIMM, la intervención de la poesía en el Derecho, pero también advierte que "este lado estético no debe hacernos perder de vista el lado positivo y práctico, como es el evitar una decisión repentina, o la seguridad que implica el utilizar formas que en el tráfico se convierten en el signo cierto de una voluntad perfecta" (26). En el fondo, pues, el planteamiento es el mismo en el Derecho antiguo que en el Derecho moderno, en relación con los negocios formales, si salvamos que éstos —todavía en algunas zonas del Derecho privado— son una

(24) *Derecho de obligaciones*, I, 92.

(25) *Sistema de Derecho romano actual*, trad. esp., 2.^a ed. II, Madrid, s/d., cap. III, § CXXX, 289.

(26) *Ibid.*

(26) M. KASER, *Zum römischen Fremdbesitz*, en ZSS, *rom. abt.*, 64 (1944), 391 y ss.; también en *recensión* a A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, en ZSS, *rom. abt.*, 67 (1950), 562 y ss., en contra del criterio de BURDESE. Igualmente en *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 2.^a ed., Köln-Graz, 1956, 296 y ss., y en *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955, 127.

excepción. Las razones de interés práctico son, poco más o menos, las mismas, únicamente hemos de sustituir, si cabe, el pensamiento mágico del mundo antiguo por el pensamiento técnico del mundo moderno.

Ahora bien, esto puede ser válido si no confundimos Derecho antiguo con Derecho primitivo. La sociedad primitiva es una sociedad aprisionada por el formalismo; en relación con este planteamiento es tan profunda la evolución jurídica que no cabe paralelismo alguno. Por otra parte, el Derecho primitivo es tan pobre en formas jurídicas que en nada recuerda al Derecho actual, de tal modo que el *acto* formal, único existente, por otro lado, cumplía funciones prácticas diversas. Pensemos, por ejemplo, en el *nexum* del Derecho romano arcaico, o en la *Gewere* o *vestidura* del Derecho germánico. Este fenómeno es siempre una constante en los Derechos primitivos, que vuelve a reaparecer en los procesos de retroceso o de vulgarización. Así, ha puesto de relieve M. KASER que en los Derechos primitivos no aparece diferenciada la propiedad de los demás derechos reales, sobre todo en cuanto a las formas de su transmisión. Por eso cabe la transmisión plena y la menos plena, que puede cubrir necesidades y funciones diferentes (preferencias, garantías, etc.) (26), cuestión que se halla tan íntimamente vinculada al problema de la *propiedad fiduciaria* (27) y que ofrece, en el Derecho medieval, un planteamiento paralelo en torno al discutido tema del *ius ad rem* (28). Precisamente, además, en otro plano, en la evolución jurídica, la superación de las formas primitivas produce paralelamente, junto al abandono del formalismo, la multiplicación de nuevas categorías jurídicas. El resultado es evidente; con la evolución, las diversas funciones prácticas, a medida que van alcanzando gradualmente madurez van logrando su propia sustantividad, mientras la forma se debilita. Este es el camino que siguen en el Derecho romano, primero los contratos consensuales, después los contratos reales y, con el tiempo, ya en la época del Derecho común, los *pacta nuda*, mientras iban decayendo la *mancipito*, la *in iure cessio* y, más adelante, la *stipulatio*.

Por otra parte, el paralelismo entre los sistemas primitivos es evidente. Así, los pueblos germánicos, lo mismo que los primitivos romanos (29), utilizaban también una especie de contrato formal (*Formalvertrag*) equivalente al *nexum*, del que se conocen las variedades del *voto de fidelidad* (entre los sajones y germanos del Norte) y de la

(27) Para esta cuestión, y desde el punto de vista del Derecho actual, la brillante aportación crítica del negocio fiduciario del profesor DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., 379 y ss.

(28) También aquí existe una distinción paralela entre investidura *propia* e investidura *abusiva*; por todos, P. KOSCHAKER, *Eheschliessung und Kaufnachim alten Rechten, mit besonderer Berücksichtigung der älteren Keilschriftrechte*, en *Symbolae Hrosny*, IV (1951), 210 y ss. = *Archiv. Orientalni*, XVIII-3 (1951), 270-271, nota 59.

(29) Vid. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, págs. 145 y ss. y allí referencias; también en *Eigentum*, cit., 148 y ss.

Wadiatio (entre los longobardos, alemanes y francos) (30). Las semejanzas con el *nexum* son extraordinarias; así, lo mismo que se dice, según J. IMBERT, *venire in fidem* a propósito del poder sobre el deudor que confiere la *actio noxalis* (31), O. v. GIERKE y otros germanistas llaman *fides facta* a una especie de pignoración de la persona del deudor (32). Esto tendrá mucho interés después al implicarse una de las formas de la *Wadiatio* con la utilización del documento en el Derecho longobardo. Documento o carta que remonta sus orígenes a los Derechos orientales, que se desarrolla extraordinariamente en el Derecho griego (33), fundamentalmente bajo las formas de los *quirografa* y los *singrafa*, y cuyo valor en el Derecho romano ha sido estudiado entre nosotros por U. ALVAREZ (34). De la confluencia de ambas tradiciones jurídicas deriva, acaso, una de las manifestaciones más importantes del formalismo medieval, dando lugar, por otra parte, en torno a la famosa tesis de RICCOBONO, a una de las cuestiones más debatidas de la Historia del Derecho privado europeo (35), al afirmarse el valor sustancial de la escritura pública.

En cualquier caso, la confluencia de ambas tradiciones en suelo longobardo será, indudablemente, un punto de arranque, aunque con un valor más ideal que real, del formalismo de la Alta Edad Media. Pero a pesar de estos brotes de formalismo, la idea de libertad que se hallaba implícita en todo el pensamiento romano, desaparecidas las trabas de ciertos tipos contractuales que difícilmente pueden suscitarse en el nuevo orden jurídico, llega a imponerse a través de la recepción. Incluso en Lombardía y en la Italia central, el mismo *fideiusor* o *notario* se encarga de suavizar la forma al intervenir en el otorgamiento de la *carta*, preocupándose más del contenido que de la forma y desentendiéndose de la tutela pública en ella implícita, se dirige a buscar otro fundamento en la *convenientia contractus*. De este modo, como

(30) H. PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*, trad. esp., Barcelona, 1957, 206.

(31) "*Fides*" et "*Nexum*", en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953, 339 y ss. y 355 y ss. y allí referencias.

(32) *Deutsches Privatrecht*, II, Leipzig, 1905, § 155, 810, texto y nota 3. En sentido contrario, en cuanto a la valoración de la época histórica, el propio H. PLANITZ, *Op. cit.*, 207.

(33) Vid las sucintas referencias de V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, 14.ª ed., Napoli, 1966, 320 y ss., y especialmente págs. 329 y ss. y nota 1 a la pág. 330. R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, Warszawa, 1955, 395 y ss.

(34) *Op. cit.*, en AAMN, IV (1948), 9 y ss. Vid. E. VOLTERRA, *Diritto romano e Diritti orientali*, Bologna, 1937, cuyo planteamiento general sigue teniendo interés, en concreto, pág. 250, texto y nota 1. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1959, 273 y ss.

(35) No es posible aceptar del todo la vieja tesis de BRUNNER, según la cual confluye la tradición bajo-romana del uso del documento con la *Gewere* germánica (*Zur Rechtsgeschichte der römischen un german. Urkunde*, II, Berlín, 1880, 113-139), como entiende J. A. RUBIO, *Transmisión de la propiedad inmobiliaria en nuestro Derecho medieval*, en AAMN, VII (1953), 351 y ss. y 359-360, al menos por lo que respecta al Derecho visigótico y de acuerdo con

dice CALASSO, hay un *connubio* entre *convenientia* y *chartula*: el valor sustancial es el del acuerdo, el del documento es meramente probatorio. Es decir, *secundario* en relación con la validez del acto (36).

El incremento de estos efectos secundarios es típico de todo proceso de *espiritualización* de la forma, viene a ser algo así como su manifestación exterior; así sucedió en la Baja Edad Media. Pero el proceso interno de esta evolución aún es más interesante, ofreciendo precedentes más remotos. En ello influyó notablemente el Derecho canónico; ya en los *Concilios de Toledo* se reconoce valor a la *simple promesa* privada de forma, lo que luego recogerá GRACIANO en el can. "*Quicumque suffragio*" (37). Otro tanto sucede con el *juramento*, al que se le confiere un sentido distinto, como se recoge en las *Decretales*, en el can. "*Juramenti*" (38).

Pero donde verdaderamente se manifiesta la influencia canónica

la opinión de otros autores: M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, 199 y ss.; E. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, 128 y ss.; A. D'ORS, *Estudios visigóticos*, II, *El Código de Eurico*, Roma-Madrid, 1960, 211 y ss.; P. MEREÁ, *Estudos de Direito visigótico*, Coimbra, 1948, 83 y ss., y ya anteriormente, M. CONRAT, *Die Entsehnung des Westgothischen Gaius*, Amsterdam, 1905, 41 y ss. Pudiendo tener tal afirmación un valor relativo para el Derecho longobardo: P. S. LEICHT, *Il Diritto privato preirmeriano*, Bologna, 1933, 136 y ss. Menos aún, como resulta de lo dicho, parece tener aceptación la tesis de S. RICCIBONO, en sus conocidos trabajos, *Traditio ficta*, en ZSS, *rom. abt.*, 33 (1912), 259 y ss. y *Stipulatio ad instrumentum nel Diritto giustiniano*, en ZSS, *rom. abt.*, 35 (1914), 214 y ss. y en ZSS, 43 (1922), 262 y ss. Esta tesis, que, ya desde un principio, no fue aceptada por los romanistas (para esto, el propio trabajo de J. A. RUBIO, *Op. cit.*, en AAMN, VII (1953), 357-358 y la referencia, anteriormente indicada, de E. VOLTERRA, *Diritto romano e Diritti orientali*, cit., pág. 250, texto y nota 1), se hace cada vez más insostenible a medida que progresan los trabajos sobre el Derecho romano vulgar, incluso no sólo para el Derecho postclásico occidental, sino también para el Derecho justiniano. No obstante, entre nosotros, el ilustre notario y académico, R. NÚÑEZ LAGOS, ha aceptado parcialmente, como punto de partida, algunas de las conclusiones de S. RICCIBONO, en relación con una teoría que vamos a llamar orgánica del documento, en una serie de profundos y cuidados trabajos, si bien se cuida de distinguir, apartándose de ella, convenientemente en algunas consecuencias prácticas de tal planteamiento (Vid., entre otros, y con diverso alcance, según la materia a que se refiere, en *Cobro de lo indebido y enriquecimiento sin causa*, en *Mucius Scaevola*, XXX-2, Madrid, 1961, 628 y ss.; *Causa de la "traditio" y causa de la "obligatio"*, en RCDI, 1961, 573 y ss.; *Contenido sustantivo de la escritura pública*, en RDN, 43 (1964), 7 y ss. y, anteriormente, *La estipulación en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá* (Discurso de recepción en la RAJ), Madrid, 1950; *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950; *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, en AAMN, II (1945), 483 y ss., etc.

(36) *Il negozio giuridico*, cit., 129 y ss. y, propiamente, págs. 153 y ss., y allí, referencias; también, P. OURLIAC, *La convenientia*, en *Études d'histoire de Droit privé offertes a Pérot*, Paris, 1959, 413 y ss.

(37) c.66, Causa XII, q.2: "*Quicumque suffragio cuiuslibet aliquid ecclesiasticae utilitati providerint, et pro eo quodcumque commodum in remuneratione promiserint, promissi solutionem eos absolvere oportebit*" (Com. ed., FRIEGBERG, reimp. Graz, 1956, I, col. 708). Para esto, vid., F. CALASSO, *Op. cit.*, 261 y ss.

(38) c. 12, Causa XXII, q. 5: *Iuramenti huius causa est, quia omnis, qui iurat, ad hoc iurat, ut quod verum est loquatur. Et ideo Dominus inter iuramentum et loquelam nostram nullam vult esse distantiam, quia, sicut in iuramento nullam*

es en la doctrina de los *pacta* y de la *stipulatio* en pleno apogeo del Derecho común (39). Así, en la práctica de las curias eclesiásticas y en las construcciones teóricas de los decretalistas, para evitar, entre otras dificultades, la falta de forma, surge la doctrina del *officium iudicis* (40). Esta teoría, denominada *auxilium legis* o *auxilium civilis*, pasa a la doctrina civilista, y así, BARTOLO, aunque acudiendo a la distinción entre *ius civilis* y *ius gentium*, atribuye tres clases de *auxilium legis* en esta segunda esfera normativa: *formam et nomem* (que se aplica a los contratos *re et consensu*); *rei interventu* (que se aplica a los innominados) y *coherentia contractus*, donde el contenido o la *causa* prevalece sobre la forma (41). Por otra parte, se aplica, por influencia de la Moral, y para evitar los abusos de los desaprensivos, más que por razones dogmáticas, según ha esclarecido MEIJERS, la obligatoriedad y observancia de los simples pactos (*pacta quantumcumque nuda, servanda sunt*) (42). En épocas posteriores, esta evolución se consolida por influencia del iusnaturalismo, cuando la *coherentia contractus* acaba por descansar, en definitiva, en el mutuo *consensus* de las partes que se intuye, ya tempranamente, como el fundamento de la propia *societas iuris*. Entonces es cuando puede decirse, aplicándolo al ámbito del Derecho, lo que E. CASSIRER afirmara en relación con las Ciencias de la Cultura: que el mundo de la causalidad ha suplantado al mundo de la forma (43).

Esta misma evolución se observa en nuestro Derecho histórico. Así, en las *Partidas*, aparece también la reacción contra el primitivismo formalista de siglos más remotos. Incluso la supervivencia un tanto adulterada de la *stipulatio* en el Código alfonsino (tít. 11, P. 5.^a), como indirectamente ha puesto de relieve, recientemente, ARIAS BONET (44), no supone en este campo retroceso alguno, sino una manifestación más del proceso general de debilitación de la forma, a pesar de la pretensión erudita, propia de la "Recepción", de restaurar la *stipulatio* roma-

convenit esse perfidiam, ita quoque in verbis nostris nullum debet esse mendacium, quia utrumque, et periurium et mendacium, divini iudicii pena dampnatur, dicente scriptura, os, quod mentitur, occidit animam, Quisquis ergo verum loquitur, iurat, quia scriptum est: testis fidelis non mentitur" (Comp. ed. FRIEDBERG, I, col. 886). Vid. F. CALASSO, *Ibid.*

(39) Para esto, DE LOS MOZOS, *La causa del negocio jurídico (Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto)*, en RDN, 33-34 (1961), 355 y ss., y allí, bibliografía, especialmente en pág. 365, nota 256.

(40) Para esta cuestión, extensamente, F. CALASSO, *Op. cit.*, 277 y ss., estudia el tema a propósito de los instrumentos típicamente canonistas de la sanción procesal de los *pacta*.

(41) Por todos, BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel ditto comune*, Padova, 1933, I, 239

(42) *Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la causa de la donation*, en TR, XIV (1936), 378 y ss.

(43) *Las ciencias de la cultura*, trad. cast., México, 1955, 132 y ss.

(44) *Recepción de formas estipulatorias en la Baja Edad Media. Un estudio sobre las "promisiones" de las Siete Partidas*, separata del BFDC, Coimbra. 1967.

na (45), pues bien parece de la lectura de este título que los autores del Libro V de las Partidas se mueven en esa dualidad de perspectivas que es propia en el romanista medieval, ya que del conjunto de la regulación resulta que la oralidad de las *promisiones* viene establecida más que como solemnidad, como medio de exteriorizar el *consensus* de las partes (46). Otro tanto podemos encontrar en la relación entre *stipulatio* o promesa y documento, a pesar de que las *Partidas* (titu. 18, P. 3.^a) parecen que contemplan un fuerte desarrollo de la práctica documental; pero, en tales supuestos, la forma es meramente instrumental, aunque alguno de los matices del texto legal o de las glosas más comunes ofrezcan dificultades para una reconstrucción interpretativa (47). En suma, en el contexto general de las tendencias de la época parece claro que la validez y la eficacia jurídica del negocio no depende tanto de la forma como del contenido, salvo la función específica que el ordenamiento asigne, en relación con su eficacia, a una forma determinada, lo que, desde un aspecto muy interesante, parece haber sido notablemente esclarecido en un trabajo, todavía reciente, de SÖLLNER, en torno a la relación entre *stipulatio medieval* y *cautio* (48), encontrando, en las *Partidas*, el testimonio claro que, en este punto, ofrece la Ley 7.^a, tít. 13, P. 3.^a, a propósito de la *confesión extrajudicial*, a la que se concede valor de *reconocimiento de deuda*, haciendo depender su eficacia de la *causa* y no de la *forma* (49), como ya en otra ocasión hemos puesto de relieve (50).

(45) El propio ARIAS BONET nos dice que “la erudición de la Partida 5.^a es sólo relativa—y eso aun poniéndola en relación con la 3.^a, que tiene fama de recoger más el Derecho popular que el Derecho culto—. No se olvide—añade el ilustre romanista—que el elemento primordial que subyace en el tratamiento alfonsino de la promisión está constituido por el Derecho justiniano, en el cual la *stipulatio* es poco más que una mera sombra del viejo negocio de los tiempos clásicos” (*Op. cit.*, 18). Tampoco hay que olvidar el juicio que anteriormente hemos transcrito de F. SCHULZ sobre la propia *stipulatio* clásica como *negocio formal* (n. 12 *supra*).

(46) Así resulta del hecho de admitirse la *promission* entre ausentes (Ley 3.^a), o la hecha en lenguajes diferentes (Ley 1.^a), o incluso la *stipulatio alteri* (Leyes 7.^a y ss.). Por eso la identificación entre *stipulatio* y pacto parece un fenómeno evidente, lo que resalta aún más al comparar la Partida 5.^a con la 3.^a. Diferencias que, en esta materia, ha destacado expresamente NÚÑEZ LAGOS, *La estipulación en las Partidas*, cit., 51 y ss. En cambio, a juicio de ARIAS BONET, *Op. cit.*, 16 y ss., no existe la contraposición apuntada.

(47) Para esto, especialmente, los trabajos de NÚÑEZ LAGOS, anteriormente citados (n. 35 *supra*), respecto de cuya tesis, en algún punto concreto, he tenido el honor de disentir. Vid., mi trabajo, *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, en ADC, XIX (1966), 369 y ss., 397 y ss.

(48) *Die causa in Konditionemund Vertragsrecht des Mittelalters beiden Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, en ZSS, rom abt., 77 (1960), 182 y s.

(49) La ley citada dice que vale la confesión extrajudicial, como reconocimiento de deuda, cuando expresa la *causa*. De este modo, el fundamento del contrato reside en la *causa* y no en la *forma*, teniendo valor el documento a efectos probatorios, al recoger tal causa, así dice la ley citada que esto tiene lugar “Como cuando alguno dize a otro: Dote o prometote de dar cien maravedis por

Pero la consagración definitiva del principio de *libertad de forma* se alcanza en la famosa ley única, tit. XVI del *Ordenamiento de Alcalá* (51). La supervivencia en la práctica, siglo y medio después, de algunas formas de *juramento*, como la revela la prohibición contenida en la *ley 67.^a de las de Toro*, no es más que un puro vestigio histórico (52).

Este espíritu de libertad es el que anima todo el Derecho europeo, a partir de la Baja Edad Media, no solamente donde tiene lugar tem-

tal obra, o por servicio que me feciste. E esta palabra que dize, porque señala la razon porque fue hecha la donación o el prometimiento".

(50) Véase mi trabajo anteriormente citado, en ADC, XIX (1966), 417 y ss. De la misma opinión, refiriéndose al Derecho medieval europeo, en general, es G. LE BRAS, y a propósito de la influencia del Derecho canónico. Lo cual tiene interés al señalar la diferente orientación entre la Partida 5.^a y la 3.^a, pues, mientras en la Partida 5.^a se acusa una influencia más romanista, aunque poco erudita y de tendencia vulgar, como dice el profesor ARIAS BONET (*Ibid.*), en la Partida 3.^a, lo mismo que en la 4.^a, debió influir más el Derecho vivo, inspirado en la tradición popular, en el Derecho canónico o en el Derecho feudal, según los casos. Diferencias de matiz que se aprecian igualmente en otros temas, así en materia de *transmisión del dominio*, poniendo en relación, la *compraventa* (regulada en el tit. 5 de la P. 5.^a) con su función o alcance traslativo o meramente obligatorio, con la regulación dispersa de la transmisión del dominio, que se encuentra, por ejemplo, en la ley 46, tit. 28. P. 3.^a; en la ley 66, tit. 18 de la misma P. 3.^a, o, incluso, en la ley 4, tit. 26, P. 4.^a. Pero volviendo al objeto de nuestro estudio, la explicación hay que hallarla, como dice LE BRAS, en que los canonistas al tratar de armonizar el Derecho romano con el nuevo fundamento del contrato, formularon un nuevo requisito para que el contrato fuera válido, "el requisito de la *causa*, que los romanos no habían percibido con claridad". Añadiendo, en relación con el tema concreto a que se alude en el texto, que: "Una promesa, sin formalidad alguna, podía ser confirmada, en muchos casos, mediante un documento escrito: *cautio*. Además, según los textos romanos relativos a la querrela *non numerata pecuniae*, se disponía que si el documento escrito que establecía el *mutuum* contenía una indicación de *causa*, tal indicación constituía una reconocimiento de su obligación por parte del que prometía algo, y así debería aceptarse por el juez, correspondiendo a ese promitente la carga de probar que era inválido si quería verse libre de su obligación". Añadiendo, en fin, que: "Si no se mencionaba la *causa*, quien debía probar su existencia era aquel que exigía el cumplimiento de lo prometido" (*Derecho canónico*, en *El legado de la Edad Media* de la Universidad de Oxford (ed. Crump y Jacob), trad. esp., Madrid, 1950, 455). En definitiva esto es lo que resulta, teniendo en cuenta el tit. 11 de la P. 5.^a, en relación con la ley citada en el texto (ley 7.^a, tit. 13, P. 3.^a), e incluso con otro texto de la Partida 5.^a (I, 9), a cuyo valor hemos aludido en el lugar citado anteriormente, en ADC, XIX (1966), 417-418.

(51) "*Paresciendo que se quiso un ome obligar a otro por promisión, o por algun contrato, o en alguna otra manera, sea temudo de aquellos a quienes se obligó, e non pueda ser puesta excepción que non fue fecha estipulación, que quiere dezir: prometimiento con ciertas solepnidades del derecho; o que...; más que sea valedera la obligación o el contracto que fueren fechos en cualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar a otro, e facer contracto con él.*"

(52) La ley citada prohíbe bajo pena de diez mil maravedís hacer juramento en San Vicente de Avila, en el cerrojo de Santa Gadea ni sobre el altar ni cuerpo santo, ni en otra iglesia juradera, aunque el juez lo mande o la parte lo pida; manifestándose en contra de lo dispuesto en el C,4,1,12,5 y en las *Partidas* (leyes 19 y 22, tit. 11, P. 3.^a).

pranamente la recepción del Derecho romano, como en Italia (53), España o el Mediodía de Francia (54), sino también en el resto. Así, en los países de *Derecho consuetudinario* del Norte de Francia, a pesar de que ofrecen una tenaz resistencia a las corrientes romanistas, penetra bien pronto, por influencia canónica (55), el principio espiritualista, que se manifiesta en el famoso adagio, que después viene recogido por LOYSEL (*Institutes coutumières*, III, 1, 2.), y, según el cual: "*on lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles; et autant vaut une simple promesse ou convenence que les stipulations du droit romain*" (56). Casi otro tanto sucede, también, en Alemania y en otros países germánicos, primero, mediante una auténtica recepción "temprana", que se manifiesta, como ya puso de relieve STINTZING (57), a través de la práctica cameralista y de las curias eclesiásticas, o por influencia, debido a la intensificación del comercio en esta época, del naciente Derecho mercantil, donde de antiguo se observara el aforismo que ya recoge BARTOLO: "*Nota quod in curia mercatorum debet iudicari de bono et aequo, omissis iuris solemnitatibus*" (58), y, ya posteriormente, por la recepción masiva del Derecho de obligaciones romanista (59) que habían ido elaborando los juristas italianos. Siendo, en definitiva, esta concepción espiritualista la que había de triunfar en la codificación (60).

(53) ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano, Parte Generale*, I, Milano, 1952; LEICHT, *Storia del diritto italiano, Il Diritto privato*, III, *Le obbligazioni*, 2.^a ed., Milano, 1948, 37 y ss.; ROBERTI, *Svolgimento storico del Diritto privato in Italia*, I, 2.^a ed., Padova, 1935, 74 y ss.

(54) Ofrece un estudio muy interesante sobre esta materia CASTAIGN-SICARD, *Les contrats dans le très ancien droit toulousain*, Toulouse, 1959.

(55) SPIES, *De l'observation des simples conventions en droit canonique, étude suivie de quelques recherches concernat l'influence du principe canonique sur le droit coutumier français*, Nancy, 1928; también, las conclusiones de OURLIAC, *Op. cit.*, en *Etudes Pétot*, París, 1959, 413 y ss.

(56) Cit. por OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Revolution*, 2.^a ed., París, 1951, 278, y allí también, para el sentido general del texto, así como en, por todos, OURLIAC-MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, I, *Les obligations*, París, 1961, 99 ss.

(57) *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland*, Leipzig, 1877, 29 y ss.

(58) *Opera Omnia*, ed. Venetis, 1590, ad D. in tit. "*mandati vel factum*", 29,1.

(59) Así, PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*, cit., 212-213.

(60) Vid.: *Code civil* de 1804, que formula el principio consensualista de manera negativa, no incluyendo la forma entre los requisitos del contrato (art. 1.108). La exigencia de forma del art. 1.341 es considerada, como otras análogas, solamente a efectos de prueba. En idéntico sentido se manifiesta el art. 1.104 del *Codice civile* italiano de 1865; en cambio, el vigente de 1942, siguiendo la inspiración pandectista del BGB, sobre todo, en lo que tiene de construcción armónica, establece con toda exactitud dogmática el requisito de la forma "cuando resulta prescrita por la ley bajo pena de nulidad", en el art. 1.325. En términos casi análogos se expresa el § 125 BGB. El OR. suizo viene a establecer otro tanto, pero en un tono más respetuoso con el principio espiritualista, así comienza diciendo el art. 11 que "la validez de los contratos no está subordinada a la observación de una forma particular más que en virtud de una prescripción especial de la ley", pero se añade en el párrafo segundo: "el

Así sucede en nuestro Derecho (61), donde el Código civil, en su artículo 1.278, proclama, con referencia a los contratos, que: “*serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones necesarias para su validez*” (62).

De este modo, en nuestro Derecho, por *regla general* y, sobre todo, por lo que atañe al Derecho de obligaciones, no es necesaria para la eficacia del negocio jurídico (notemos la influencia expansiva de la regulación de los contratos en esta materia), ninguna formalidad especial. Por *excepción*, ciertos negocios jurídicos requieren para su constitución o una *forma determinada* (los llamados *negocios formales* o *solemnes*) o, en ocasiones, *otro requisito* que depende de su especial naturaleza (aceptación en las donaciones) y que puede considerarse que cumple función de forma.

3.—NEGOCIOS A LOS QUE SE EXIGE UNA FORMA DETERMINADA (NEGOCIOS FORMALES)

En nuestro Derecho son contados los negocios patrimoniales, para los que el Código civil, o las disposiciones complementarias al mismo, exigen una forma especial; otra cosa puede decirse, en cambio, para los negocios de Derecho de familia o de Derecho sucesorio.

No obstante, se ha dicho, no sin fundamento, que en el Derecho moderno existe un constante renacimiento de la forma, porque, como decía G. RIPERT: “Se había considerado que el principio del consensualismo presentaba un valor moral y un valor económico ciertos. Al comprobarlo, la cosa había parecido dudosa” (63). Bien es verdad que la forma no siempre viene exigida como requisito constitutivo del negocio, salvo en aquellos supuestos en que se quiere proteger la posible sorpresa de los efectos jurídicos derivados del consentimiento, sino más bien para la protección de determinados intereses del tráfico, para facilitar la prueba o para el desarrollo de efectos jurídicos posteriores a la constitución del negocio. Esto parece notorio en el

contrato no es válido más que cuando esta forma ha sido observada”, salvo que la ley disponga otra cosa.

(61) Recuerda el profesor DE CASTRO cómo el *Proyecto de Código civil de 1851*, sin duda —a mi juicio— por un error técnico de su autor, “es decididamente favorable al formalismo, pues consideró la forma o solemnidad como requisito para la existencia del contrato (art. 985-5.º). La escrita para los de objeto de valor de cien o más duros (art. 1.002) y la de escritura pública para trece clases de contratos (art. 1.003). Cuya falta se sancionaba con la invalidez de las obligaciones (art. 1.001). Acentúa con ello —añade el ilustre maestro— el criterio ya formalista del Código de Comercio de 1829 (arts. 235-238), con virtiendo en requisitos del contrato lo que fueran reglas de limitación o tasa de la prueba en los Códigos francés y sardo” (*El negocio jurídico*, cit. 281).

(62) Por otra parte, el art. 1.260 C. c. rechaza el valor del juramento en los contratos. (“No se admitirá juramento en los contratos. Si se hiciere, se tendrá por no puesto.”)

(63) *Traité de Droit civil*, de PLANIOL, II, París, 1957, 20.

ordenamiento hipotecario, o aun en el Derecho mercantil, a pesar de que el C. de comercio de 1885 jugara una baza decisiva en la orientación espiritualista que iba a adoptar el propio Código civil (64), y donde, después de todo, se ha desarrollado intensamente el formalismo, aun en materia de contratos (65), no sólo en el último de los sentidos indicados, sino con carácter constitutivo para numerosos supuestos. Otro tanto sucede en materia de Derecho laboral, o en Derecho económico, lo que supone una manifestación más de lo que, de modo un poco vago, se ha llamado Derecho social para aludir a ese fenómeno, típico del Derecho moderno, que consiste en el incremento de la intervención pública en el ámbito de la vida privada. Por eso no está mal que volvamos a recordar aquí lo que siguiendo a VON THUR, dijimos anteriormente: "en materia de forma el punto de vista del legislador varía mucho según el lugar y el tiempo, constituyendo las normas pertinentes la parte más arbitraria de todo el ordenamiento jurídico" (66).

Pero, ¿qué valor tiene la exigencia de forma en los llamados *negocios formales* del Derecho moderno? La verdad es que la contestación a esta pregunta dependerá de los particulares tipos de negocios formales. No obstante, en general, y teniendo en cuenta que existen negocios insubrogables, se puede contestar diciendo que son negocios formales aquellos en que la forma requerida por el ordenamiento, en cada caso, es necesaria para que *se constituya* válidamente el negocio. Es decir, la forma se eleva a *requisito* del negocio. Descomponiendo mentalmente el negocio, puede pensarse que la forma, así concebida, no afecta a la *declaración de voluntad* en sentido estricto, pero sin que, con ello, hagamos coincidir (como en la terminología alemana), declaración de voluntad con negocio jurídico, ya que, en el *negocio formal*, el requisito de forma establecido por el ordenamiento, contribuye con los restantes elementos a configurar el *factum* del propio negocio. En este sentido se puede decir que la forma es *constitutiva*. Efectivamente, por un lado, esta forma esencial, *ad solemnitatem*, es la única, válidamente posible, para la manifestación de voluntad de todo negocio formal (67). Ahora bien, si es correcto pensar que, aún así y todo, el requisito de forma es *concurrente* a la voluntad negocial, para diferenciar de este modo, el formalismo moderno del formalismo primitivo, en el que la forma suplanta, no sólo a la propia manifestación de voluntad, sino a la voluntad misma ("*forma dat esse rei*", en sentido absoluto), no puede, en cambio, pensarse que la forma esencial es un requisito complementario, porque, entonces, no nos hallaremos ante el requisito de forma, en el sentido que venimos exponiendo, sino ante

(64) Así, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. 281.

(65) URÍA, *Derecho mercantil*, 6.^a ed., Madrid, 1968, 452-453.

(66) *Teoría general*, II-2, cit., 176.

(67) Vid. SAVIGNY, *loc. cit. supra*, nota 25 y también las opiniones de BETTI, CARIOTA FERRARA, LARENZ y FLUME (*supra*, nn. 13 a 16). Igualmente, FLOUR, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, en *Etudes Ripert*, I, París, 1950. 98.

otro distinto, forma a efectos secundarios, es decir, forma a efectos de legitimación y de prueba.

Por eso es acertado el examen terminológico y valorativo que hace el profesor DE CASTRO y al que, anteriormente hemos aludido (68), al considerar referidos los preceptos de forma, en los negocios formales, a la llamada forma *ad solemnitatem* a la que se concede un *valor integrativo* o concurrente, reservando la denominación de forma *ad substantiam*, a la que se concede un *valor constitutivo*, al dinero y a los negocios formales del Decreto antiguo, en los que la forma suplanta de modo absoluto al consentimiento. No obstante, no creemos haya inconveniente en calificar al requisito de la forma, en los negocios formales, como *forma constitutiva* o *ad substantiam*, al menos en un significado positivo del requisito de forma, como necesario para la eficacia y validez del negocio formal de que se trate, o de todo negocio formal, en abstracto, sin que ello nos lleve a pensar en el significado negativo o excluyente respecto de otros requisitos que el carácter formal del negocio tuviera en el Derecho primitivo, en el que la forma era capaz de suplantar al propio consentimiento, pues no se trata de sustituir un requisito por otro, sino de *añadir* al requisito del consentimiento el requisito de la forma, lo que no tiene por qué prestarse a equívocos, ya que esta manera de ver es parte de la concepción moderna del negocio jurídico, como categoría general, que ha sustituido a los particulares tipos de negocio del Derecho antiguo, como hemos visto (69). De modo que la existencia del requisito de la forma, en un negocio formal —y ésto sí es preciso que sea recalcado y a su evidencia ha contribuido el agudo análisis del profesor DE CASTRO—, no impide que pueda hacerse una valoración sobre los restantes requisitos del negocio, de manera que éste no será eficaz, aun cumpliendo el requisito de forma, si adolece de otros vicios (70).

Como vemos la forma, en los negocios formales, no se implica con los restantes requisitos del negocio para anularles, sino para añadirse a ellos, como uno de tantos. Únicamente parece darse, como ya hemos anticipado y sobre lo que más adelante hemos de volver, una implicación en este sentido entre *forma* y *causa* (71). Pero también en

(68) Vid. *supra*, n. 19. No obstante, como hacemos en el texto, es preferible equiparar la terminología para acercarnos a la forma de expresión más generalizada en la doctrina y en la jurisprudencia. Sobre esta cuestión terminológica encontramos un planteamiento muy interesante en LACRUZ, *La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento*, en AAMN, XI (1961), 349 y ss.

(69) Para el argumento, en general, D'ORS, *La formación histórica de los tipos contractuales romanos*, Madrid, 1951.

(70) Así, dice, después de dar un elenco de negocios formales, que: "Todos estos negocios pueden calificarse de formales, en el sentido de que la forma es un requisito necesario o imprescindible para la misma existencia del negocio. No tiene la forma en ellos valor constitutivo, ya que no existirá o no será plenamente eficaz el negocio que, aun teniendo la forma requerida, carezca de un requisito esencial o lo tenga viciado; tiene simple valor integrativo" (*Op. cit.*, 280).

(71) DE CASTRO, *Op. cit.*, 285, alude también a la implicación citada entre

ésto se diferencia el formalismo moderno del formalismo primitivo; de un lado, en que la forma, lo mismo que decíamos respecto del consentimiento, no suplanta a la causa, salvo lo que en este sentido se pueda llegar a construir en los *negocios abstractos* y, de otro, en que si este fenómeno parece hallarse en algunos negocios, especialmente de Derecho de familia o de Derecho sucesorio (por ejemplo, reconocimiento de hijo natural, adopción, aceptación o renuncia de la herencia, etcétera), es porque, en tales casos, la causa va ínsita en el negocio, coincidiendo con su propio *esquema negocial*, interesando entonces la forma especial, no sólo por consideraciones de tipo general ya sabidas, sino, también, por el alcance y carácter *declarativo* de tales actos de los que depende la configuración —*constitución*— de una situación jurídica o aun de un *quasi status* (72).

Por último, para comprender el significado de la forma, cuando ésta viene exigida por el ordenamiento con carácter *esencial*, hay que añadir que, en tales supuestos, el precepto de forma es de Derecho estricto, de modo que su incumplimiento no puede ser suplido por aplicación del principio de la buena fe. La inaplicabilidad del principio de la buena fe, al campo en el que actúan los preceptos de forma, con el alcance indicado, viene señalada por la doctrina alemana, certeramente (73). La razón, en cambio, de esta incompatibilidad no deja de ser un tanto sutil, porque sucede, al contrario, como veremos, de lo que ocurre en materia de forma, requerida no *ad solemnitatem*, sino meramente *ad probationem* o con finalidades equivalentes, donde la doctrina del *favor negotii* se desarrolla intensamente. Pero a pesar de que sea difícil dar con una fórmula explicativa de esta situación, la incompatibilidad existe y parece evidente, no porque tenga un fundamento material, sino porque el ordenamiento en el precepto de forma, en el sentido indicado, sustrae la materia a la aplicación de la buena fe, al proclamar una a modo de *fides concreta* que viene a cumplir de modo paralelo o equivalente una función de tutela de los intereses en juego. Por otra parte, parece claro que el proceso de desarrollo de la forma en el Derecho primitivo, aparece vinculado a esta relación entre *forma* y *fides*. Lo mismo sucede, en algún sentido, en el Derecho moderno, aunque fuera del campo estricto del negocio jurídico, cuando ciertas formas legitimantes llegan a alcanzar, en algún sentido, efectos constitutivos, como sucede en el ámbito del artículo 34 de la L.H. en relación con el derecho del tercero y en el supuesto de que sea un adquirente *a non domino*, pues la protección dispensada a la forma,

causa y forma, pero se refiere a otros supuestos distintos, a los que nos referimos más adelante en el texto, citando de este modo las capitulaciones matrimoniales y los contratos que tengan por objeto la constitución de personas jurídicas, etc.

(72) A la naturaleza y función del *acto declarativo* me refería en mi trabajo, DE LOS MOZOS, *La renuncia a la sociedad legal de gananciales*, en ADC, XIII (1960), 80 y ss.

(73) Por todos, K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München, 1967, 411, y allí otras referencias.

mediante la publicidad, requiere de la concurrencia de la buena fe (74). En este caso, o en otros parecidos, aunque los aspectos lógicos del desarrollo de la cuestión sean equivalentes, los efectos son distintos, puesto que la buena fe y la forma no se identifican en un punto (el precepto de forma), sino que concurren. Diferenciándose, por lo mismo en esta cuestión, también, los distintos tipos de forma, bien que ésta, a pesar de sus poderosos efectos, no llegue a ser esencial.

El Código civil regula la materia de una manera que, a primera vista, parece fragmentaria, pero más que un defecto de técnica legislativa del que no hay por qué culpar al Código, responde a un criterio sistemático, al aceptar el principio general de libertad de forma, en el artículo 1.278, rectificando, conforme a la Ley de Bases (75), los errores en que había incurrido el Proyecto de 1851. Por eso, cuando el artículo 1.280 enumera una serie de supuestos en los que el negocio o contrato "*deberá constar en documento público*", se refiere, en general, no a forma en sentido constitutivo o forma esencial (*ad solemnitatem*), sino a forma para determinados efectos secundarios, así, forma *ad probationem*, referida a la facilitación de la prueba o a la desviación del *onus probandi*, pues la forma no vincula al juez, conforme al artículo 659 LEC (76), o para la constitución de otros efectos especiales (embargo preventivo, admisión a los Registros públicos, prelación de créditos, etc.), ya que el artículo 1.280, como veremos, ha de ser interpretado con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1.279 y bajo el prisma del artículo 1.278 C. c., siendo muy acertado poner de relieve, como lo ha hecho el profesor DE CASTRO (77), que el abo-lengo de aquel precepto, cuyos precedentes legislativos se remontan al tiempo de los Reyes Católicos (78), tiene un claro significado fiscal. Vamos a ver ahora cuáles son los *negocios formales* en el Derecho civil.

Entre los negocios de *Derecho patrimonial*, para los que se exige una forma especial, tenemos, en primer lugar, al *derecho real de hipoteca* (arts. 1.875-1 y 145 LH), pues su constitución exige escritura

(74) Sobre el argumento, últimamente, y para no referirme a una abundante literatura, el excelente trabajo de M. AMORÓS GUARDIOLA, *La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios*, en RCDI, 43 (1967), 1523 y ss.

(75) En la Base 20.^a se expresaba que los contratos "continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas, o el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente".

(76) Este precepto se ve completado por lo dispuesto, fundamentalmente, en el art. 1.248 C. c. Y esto hace que ni siquiera el art. 1.280 (párrafo último) suponga, a pesar de los precedentes del Derecho francés y del Proyecto de 1851, e incluso de la propia Base 19.^a o del art. 51 del Código de Comercio, una tasa de las pruebas, pues parece clara la rectificación del Código respecto del tenor de la Base 19.^a, lo que viene aceptado por la mejor doctrina y por la jurisprudencia. Para esto, DE CASTRO, *Op. cit.*, 287-289.

(77) *Op. cit.*, 282 y ss.

(78) Así se manda en el "Cuaderno de las Alcabalas", ley 101 (pr.), que: "Todas las ventas, trueques y enagenaciones de bienes raíces pasen ante los

pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. ALBALADEJO, siguiendo a CARIOTA FERRARA (79), habla, en este caso, y lo mismo puede ser referido a otros, de una *forma concurrente* (distinta de la forma de la declaración) porque es la que constituye un requisito que se acompaña al acto o contrato y que forma parte de la configuración del *factum* como un todo. Esto es de tal modo que, aunque se pueda pensar, hipotéticamente, en un contrato de hipoteca no inscrito, supuesto que plantea LACRUZ (80), no cabe pensar en un efecto jurídico autónomo anterior a la inscripción, desde un punto de vista práctico, ya que podrá ser inscrito por cualquiera de las personas interesadas en el mismo, conforme al artículo 6.º de la LH.

También es constitutiva la inscripción para el establecimiento de la *hipoteca mobiliaria* y de la *prenda sin desplazamiento* (art. 3.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954), aunque, como se ha observado (81), en esta materia, la distinción entre la creación del título y la inscripción es más acusada que en la hipoteca inmobiliaria (82), si bien, a mi modo de ver, las consecuencias prácticas son de indole equivalente (83).

Por lo demás, en nuestro Derecho, a diferencia del Derecho ale-

Escribanos del Número y éstos den copia de ellas a los recaudadores de las alcabalas" (10,12,14 NR).

(79) *Notas* a CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, 368.

(80) LACRUZ-SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1968, 131-132. Lo más importante en esta cuestión es que, aunque se puedan disociar lógicamente ambos momentos (escritura e inscripción), no pueden disociarse jurídicamente, pues en caso contrario había que hablar de un *efecto obligacional* de la "hipoteca no inscrita" y esto no es posible, ya que entonces no se trataría de una hipoteca por insuficiencia de lo realizado.

(81) LACRUZ, *La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento*, cit., y LACRUZ-SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, 132.

(82) Así parece deducirse del propio tenor literal de la ley citada, al establecer que tales derechos *se constituirán* en escritura pública, y en párrafo aparte (art. 3.º LHM), que la constitución deberá inscribirse en el Registro.

(83) Razonando, LACRUZ (*Op. cit.*, 132), con referencia a uno y otro caso, dice que: "Mientras la hipoteca no se inscribe, el contrato produce plenos efectos obligacionales. Estos efectos que se concretan en una obligación de garantía vienen enmascarados, cuando el hipotecante es a la vez el deudor, por el principio de responsabilidad patrimonial universal, pero quedan al descubierto cuando es persona distinta, en cuyo supuesto se produce una especie de "fianza real", es decir, limitada a los bienes objeto de la hipoteca". Pero esta argumentación, pese a toda su agudeza, no parece convincente, aunque se considere que el requisito de *inscripción* en la hipoteca sólo afecta a su eficacia y no a la nulidad o a la inexistencia del acto, como el propio LACRUZ entiende (*Ibid.*, 135 y ss.), pues cuando falta la inscripción (pese a una interpretación literalista del art. 1.875 C. c. y del art. 3.º de la LHM, que se halla en pugna con una verdadera interpretación sistemática) lo que sucede es que no ha nacido todavía la hipoteca y no se puede hablar de efectos obligacionales de la misma, sino a lo sumo de efectos obligacionales, nacidos de una situación excepcional y atómala. Como sabemos, por un lado, la trascendencia práctica de estas situaciones es muy escasa, dada la fácil solución del problema que pueda presentar, y por otro, la revalorización de sus efectos secundarios, cuando tal se pretendiera, sería muy discutible al ir en contra de las directrices de todo el sistema, permaneciendo en el campo de la más absoluta ineficacia.

mán, no existe un *acto formal*, acompañado de la inscripción, para la transmisión del dominio sobre los bienes inmuebles (84). En cambio, se exige la inscripción para la constitución de determinados derechos reales, así para constituir derechos de *superficie urbana* (arts. 158-2 de la Ley del Suelo y 51-1 RH) y *derechos de construcción* sobre el vuelo o el subsuelo (art. 51-2 RH), o bien, para determinar la situación de un conjunto de bienes, constitutivo de un patrimonio especial, como sucede con los *patrimonios familiares*, al amparo de la Ley de 15 de julio de 1952, o para la configuración y ulterior disposición de nuevas fincas, conforme al sistema de *reparcelación del suelo*, en materia de ordenación urbana (art. 34 del Reglamento de 7 de abril de 1966), o para el tráfico jurídico de ciertos bienes, como las llamadas *parcelas de reemplazo* resultantes de la Concentración Parcelaria (art. 70, texto refundido de 8 de noviembre de 1962), o para la adquisición de bienes por los extranjeros, aparte de la autorización administrativa, en su caso (así, entre otras disposiciones, la Ley de 12 de mayo de 1960 y el Decreto-Ley de 22 de febrero de 1962). En cambio, no tiene el mismo carácter la exigencia de la inscripción en los bienes de Patrimonio del Estado (arts. 42 y siguientes del Decreto de 15 de abril de 1964). Por último, el Código establece la exigencia de escritura pública para la constitución del censo enfiteútico (art. 1.628 C. c.).

En el *Derecho de obligaciones*, impone el Código, aparte de las formalidades exigidas en materia de donaciones y aun en otros supuestos a que luego vamos a referirnos, de diversa índole, la necesidad de la escritura pública en la constitución de la *sociedad civil* a la que se aporten bienes inmuebles (art. 1.667 C. c.), así como la necesidad de inventario de los inmuebles aportados (art. 1.668 C. c.), pero sin perjuicio de que, faltando aquellos requisitos, deje de tener validez el contrato de sociedad concertado por las partes, dado su carácter de *contrato consensual*, por lo que el art. 1.667 debe estar supeditado al art. 1.278, siendo aquel precepto piedra de toque para determinar el alcance del precepto de forma en materia de Derecho de obligaciones, como la doctrina y la jurisprudencia, de una manera unánime han puesto de relieve (85). En estos casos, se habla de *sociedad irregular* (86), cuya eficacia se explica, más que por aplicación del principio del *favor negotii*, por la posibilidad de una menor eficacia que la contemplada por el legislador, dado el carácter consensual del contrato de sociedad, aparte de la sanción legal que impone entre los socios el régimen de comunidad de bienes y la denegación de personalidad jurídica autónoma (art. 1.669 C. c.). Por eso, la exigencia de

(84) Según el § 873 BGB, es necesario el "acuerdo real abstracto" (*Eini-gung*) y la inscripción, por otra parte, aquel, como se deduce claramente del § 925 BGB, es un auténtico *acto formal*.

(85) Sobre el particular, DE CASTRO, *Op. cit.*, 283-284, con abundantes referencias jurisprudenciales, a las que nos remitimos.

(86) El tema, como es lógico, ha salido del campo del Derecho civil, teniendo más interés en el Derecho mercantil. Para esto, especialmente, GIRÓN TENA, *Las sociedades irregulares*, en ADC, IV (1951), 1291 y ss.

forma pública aparece, dentro y fuera del Derecho de obligaciones, cuando se trata de la creación de *personas jurídicas*, ya sean sociedades civiles (arts. 1.669 y 1.670 C. c.), mercantiles (arts. 17, 24, 116 C. de C. y art. 6 LSA, art. 5 LSRL.), asociaciones (arts. 3, 5, 7 LA.) o cooperativas (art. 5 Ley de 2 de enero de 1942). Y lo mismo cabe decir de las fundaciones (87).

Se establece, también, la necesidad de la escritura pública para el *arbitraje* conforme al artículo 5.º de la Ley de 22 de diciembre de 1953, dado su evidente alcance procesal. Por lo mismo, hay que entender la justificación de la exigencia de forma escrita determinada para ciertas declaraciones y notificaciones en materia de arrendamientos rústicos y urbanos, conforme a la legislación especial. Ultimamente, también la Ley de 15 de julio de 1965, sobre *compraventa de bienes muebles a plazos*, establece, aparte de otros requisitos, que modifican sensiblemente el régimen jurídico de la compraventa y con una técnica muy deficiente, la obligatoriedad de su constancia por escrito (arts. 5 y siguientes). Por último, parece lógico que por su propia naturaleza haya de constar, al menos por escrito, el *contrato de seguro* (artículo 1.793 C. c.).

En el *Derecho de familia* y en el *Derecho de Sucesiones*, se halla más generalizada la existencia de actos formales, así dejando a un lado el *matrimonio* (donde se establece una *forma concurrente* necesaria, junto a la *solemnidad* de la declaración de voluntad, para que tenga validez), podemos considerar como tales el *reconocimiento de hijo natural* (art. 131 C. c.), la *adopción* (arts. 176, 177), la *emancipación* (artículo 316), la *habilitación de edad* (art. 322), las *capitulaciones matrimoniales* y sus modificaciones (arts. 1.321 y 1.324), la *constitución de dote* (art. 1.339), la *cesión, repudiación o renuncia* de los derechos de la sociedad conyugal (arts. 1.280-4 y 1.394). En *Derecho de Sucesiones*, nos encontramos con que el *testamento* —y de esta cuestión volveremos a ocuparnos más adelante— en cualquiera de sus formas (ya se trate de testamentos comunes o especiales), viene considerado como un *acto solemne*; este criterio, que se mantiene a lo largo de toda la tradición romanista, se consagra, plenamente, en nuestro Código civil, al suprimirse la eficacia de ciertas formas paratestamentarias, como los codicilos y las llamadas memorias y cédulas testamentarias (artículos 672, Disp. Trans. 2.ª, etc.) (88). También se exige una forma especial para la *renuncia a la herencia* (instrumento público o manifestación ante el juez competente, según el artículo 1.008 C. c.).

En los demás supuestos en que a lo largo del Código se habla de forma, no se requiere esta *ad solemnitatem*, así sucede en la mayoría de los casos previstos en el artículo 1.280, no comprendidos entre los anteriores, bien que en la práctica en el supuesto de los *poderes* a que alude el párrafo 5.º de este artículo, por el especial destino de los mis-

(87) Vid. DE CASTRO, *Op. cit.*, 286.

(88) Este criterio es unánime en la doctrina y en la jurisprudencia. No va en contra del mismo la argumentación que hace DE CASTRO, *Op. cit.*, 280.

mos (actuación ante tribunales, autoridades o incorporación a escrituras o instrumentos públicos, etc.), esta exigencia viene a funcionar como un requisito de eficacia.

Como vemos en la mayoría de estos supuestos en que el ordenamiento sujeta la eficacia del negocio o su validez a una forma especial, son siempre razones técnicas o de seguridad y de certeza las que impulsan al legislador a establecerla. En cambio, en otros supuestos, parece que la exigencia de forma deriva más claramente de la naturaleza de las cosas. Así sucede, sobre todo en materia de *donaciones*, ya que la donación de muebles deberá hacerse por escrito o mediante la entrega de la cosa (donación real), según el artículo 632 y la de inmuebles, mediante escritura pública (art. 633), requiriéndose, en ambos casos, además, la aceptación del donatario (arts. 632 y 633) que viene a funcionar como un requisito formal, congruentemente con el carácter contractual de la donación en el Derecho moderno.

En cambio, a mi entender, no puede decirse lo mismo en cuanto a la función de la *entrega de la cosa* en los llamados *contratos reales*, pues en este caso la situación es distinta a la que tiene lugar en la *donación real* (art. 632-2.º). No obstante, el profesor DE CASTRO opina en sentido contrario (89), considerando que la entrega sirve de requisito formal, en estos casos, para completar el consentimiento de las partes, atendiendo conforme a nuestro sistema al juego normal de la forma y de la causa. Pero más me parece que aquí la entrega de la cosa cumple función de *causa* que de *forma*. Efectivamente, los contratos reales aparecen en el Derecho moderno como una pieza desajustada respecto de la configuración del contrato como categoría general, siendo su regulación concreta una supervivencia, o más propiamente un arcaísmo que proviene del Derecho intermedio, cuando paralelamente a la formación del concepto de causa y de contrato se hablaba de causa, como si se tratara de la *causa de los innominados* (*datio vel factum, rei interventus*) como una de las *vestes* del *pactum nudum* (90), pero sí es evidente que en una interpretación sistemática tenemos que ajustar esa pieza al mecanismo general y por ello admitir la eficacia de los contratos reales *solo consensu* (91), también es verdad que los efectos obligatorios quedan ampliados (conforme a una *tipicidad nominal* que no se corresponde con la *tipicidad causal*, o sea, institucional y sistemática) mediante la entrega de la cosa; así, pues, esta entrega no constituye el contrato como se trataría en el caso de que funcionara como *forma*, sino que llega el caso amplía sus efectos actuando como *causa particular* de los mismos (no como causa del contrato que se

(89) *Op. cit.*, 286-287.

(90) Para esto, véase mi trabajo ya citado *La causa del negocio jurídico*, en RDN, 33-34 (1961), 355 y ss. y 391 y ss.

(91) En este sentido se orienta el excelente libro del profesor JORDANO BAREA *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958. DE CASTRO, *Op. cit.*, 287, viene a aceptar también esta misma conclusión, aunque salvando su punto de vista, al hablar en tales casos de contratos atípicos de comodato, depósito, préstamo, etc.

halla igualmente en la *función social* que cumple). A este razonamiento habría que añadir otro, acudiendo a la distinción que hace BETTI, precisamente con relación a este problema del alcance de la entrega de la cosa en los contratos reales, entrando en un terreno en el que nos vamos fuera del estricto campo de la forma, cuando dice que “el negocio jurídico puede configurar una exteriorización tanto bajo la forma de *declaración* como bajo la de simple *comportamiento*”, habiendo “figuras de negocios resultantes de la combinación de un *comportamiento* subordinado con la *declaración* que funcionalmente le es superior”, siendo éste el caso de los contratos reales (92). Como se ve, la exteriorización que produce la entrega es posterior a la declaración y es que el comportamiento sólo de un modo excepcional supele a la declaración: en aquellos casos en que coincide con ésta y es su forma de exteriorización, sólo entonces (como sucede en la *donación manual*, o en la *aceptación tácita* de la herencia, conforme al artículo 999-3 C. c.), es cuando constituye forma del negocio. En los demás de los casos el mero comportamiento o nos lleva fuera del campo del negocio jurídico a las simples “*actuaciones de voluntad*” o a los *actos reales* no negociales (*ocupatio, plantatio, derelictio*, etc.), o, en otro caso, se desenvuelve en la vida posterior a su nacimiento, es decir, en el juego de los efectos que del mismo nacen. Por eso, el propio BETTI nos dirá que “la entrega no es una forma..., su necesidad obedece a muy otra exigencia que la de la seriedad del negocio en el sentido que hemos visto, el del carácter firme y definido de la determinación causal. La entrega es aquí parte integrante de la misma reglamentación de intereses elevada a contenido del negocio” (93).

Por razones análogas, aunque aún más profundas, me permito disentir igualmente de la opinión del maestro DE CASTRO cuando considera como forma a la *tradición* en “los negocios de adquisición o transmisión de la propiedad y los demás derechos sobre los bienes” (94), y ello porque en rigor no existen en nuestro Derecho verdaderos negocios de adquisición o transmisión de los derechos reales, sino que esta adquisición o transmisión tiene lugar, en virtud de ciertos contratos mediante la tradición, como expresa el artículo 609 C. c. Es decir, que contrato y tradición son dos actos jurídicos distintos y cada uno requerirá una forma determinada. El que la tradición sea un verdadero negocio, un acto de cumplimiento o un mero comportamiento, es una cuestión distinta de la que ahora no es posible ocuparse.

A diferencia de los supuestos anteriores, puede considerarse que cumple función de forma la exigencia por el ordenamiento de una *manifestación expresa*, bien por la naturaleza declarativa del acto, bien porque el propio contenido del acto o negocio así lo imponen y así encontramos los siguientes casos, dispersos en todo el ámbito del Derecho civil; *condonación expresa* (art. 1.187), *aceptación expresa*

(92) *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1943, 200.

(93) *Ibid*, 204.

(94) *Op. cit.*, 279.

de la herencia (arts. 999-2 y concordantes), o también, en la *institución de la mejora* (art. 825) y en el *contrato de fianza* (art. 1.827-1).

4. LA EXIGENCIA DE FORMA A EFECTOS ESPECIALES. RECAPITULACIÓN

La forma en ocasiones, como ya hemos anticipado, sólo viene establecida para determinados efectos. Este es el sentido del artículo 1.280, al prescribir el *documento público* para ciertos actos y en general para el tráfico de inmuebles, así como la *forma escrita* aunque sea privada para los contratos cuya cuantía exceda de mil quinientas pesetas. Pero ya hemos dicho que el precepto de forma en este sentido ni establece una tasa de las pruebas (a diferencia de lo que sucede en el Derecho francés o italiano, o aun en el ordenamiento mercantil), ni vincula al juez más allá de lo que es el límite razonable de un prudente arbitrio (95). Por ello, la exigencia de forma en los supuestos determinados en el artículo 1.280 (96) no tiene otro valor que aquel que le atribuye el artículo 1.279, según el cual: "*Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos para su validez*". Se trata, pues, como dice DE CASTRO, de una formalidad útil y conveniente, y así viene interpretado por la doctrina y la jurisprudencia. No obstante, el tenor literal del art. 1.280 y algún otro criterio lógico-gramatical hizo pensar a algún autor y a la propia jurisprudencia que el otorgamiento de la escritura debía

(95) Así viene a expresarse, indirectamente, aunque con toda claridad, en el art. 1.248 C. c., cuando dice que: "La fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos será apreciada por los Tribunales conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuidando de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito".

(96) "Deberán constar en documento público:

1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

2.º Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero.

3.º Las capitulaciones matrimoniales y la constitución y aumento de la dote, siempre que se intente hacerlos valer contra terceras personas.

4.º La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal.

5.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o haya de perjudicar a tercero.

6.º La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas."

preceder a la prestación de las demás obligaciones resultantes del contrato (97). Pero bien pronto se abandonará este criterio, volviéndose a la fidelidad al principio tradicional de la *libertad de forma*, recogido en el artículo 1.278 y siendo, por otra parte, el artículo 1.279 expresión de la *communis opinio* que ya había ido formándose, antes del Código civil, en torno a esta materia (98). Por último, para cerrar toda posibilidad de duda a esta interpretación, es curioso hacer notar que aunque en los casos enumerados en el artículo 1.280 se cuenten supuestos, que ya conocemos, en los que la exigencia de la forma aparece como requisito esencial del negocio, esta exigencia viene impuesta, no por el artículo 1.280, sino por los preceptos particulares que así lo disponen.

Por lo demás, el ámbito del artículo 1.279, viene claramente determinado por la doctrina, de una manera unánime y por la propia jurisprudencia; así, CASTÁN (99) recoge, entre otras, las siguientes conclusiones: 1) Este precepto consigna una facultad, no una obligación, como consecuencia de ello, puede pedirse y debe cumplirse lo convenido antes del otorgamiento de la escritura (100). 2) La falta de forma especial no priva al contrato de su verdadera eficacia, de manera que si se cumple no puede por menos que, en cierto modo, afectar a terceros (101). 3) Las partes tienen el derecho de compelerse recíprocamente para elevar el contrato a la forma pública o escrita correspondiente (102). Y ya, en fin, es interesante destacar cómo en nuestro Derecho, a diferencia de lo que, como ya hemos anticipado, ha sucedido en otros Derechos europeos, y que incluso se manifiesta también en el nuestro, en Derecho mercantil, la fidelidad al principio consensualista se ha mantenido con mucho más rigor, como hace observar el profesor DE CASTRO (103), y sin que la claridad del principio haya sido turbado por consideraciones de índole procesal, cuyo fundamento no es tan indiscutible como puede parecer a primera vista. Por otra parte, el razonamiento es interesante también porque pone de relieve hasta qué punto puede ser adecuada o no una implicación procesal, en el campo puramente sustantivo. Efectivamente, con la libertad de formas empieza a desarrollarse la importancia de la prueba testifical, lo que se mani-

(97) *Op. cit.*, 282.

(98) DE CASTRO, *Op. cit.*, 283, cita, entre otras, la S. de 10 de junio de 1854, en relación con el contrato del compraventa de inmuebles y a la vista de la legislación de carácter fiscal a que antes hemos aludido y de la necesidad de la forma pública para el acceso de tales enajenaciones al Oficio de Hipotecas.

(99) *Derecho civil español común y foral*, III, *Derecho de obligaciones (La obligación y el contrato en general)*, 10.^a ed., Madrid, 1967, 434-435.

(100) SS. 19 de octubre de 1901, 29 de noviembre de 1950, etc.

(101) S. 1 de julio de 1901. Por otra parte, téngase en cuenta que el efecto contemplado es sensiblemente diferente de lo que la doctrina llama la "conválidación por ejecución", aplicable a ciertos supuestos de anulabilidad.

(102) SS. 7 de julio de 1956, 29 de abril de 1960, 27 de octubre de 1961, entre las más modernas.

(103) *Op. cit.*, 282 y 288-289. Son sumamente interesantes sobre el particular las SS. de 23 de febrero de 1926, 29 de noviembre de 1950, ya citada; 12 de marzo de 1960 y 6 de octubre de 1965.

fiesta en su admisión ilimitada, cayendo pronto en descrédito por su consustancial falibilidad, entonces, empieza a plantearse el problema de la tasa de esta prueba. Así, en Francia, en 1667 (104), se excluye la prueba de testigos para los negocios que excedieren de cien libras y esta tasa, aunque con modificaciones por razón de la cuantía, pasa al *Code civil* y a nuestra Ley de Bases (105), según expone DE CASTRO, pero los redactores del Código civil se separaron de ella, sin seguir tampoco el ejemplo del Código de Comercio (art. 51) (106), pues "probablemente —dice el ilustre autor citado— tuvieron en cuenta la consideración de que el documento privado era un medio de prueba no menos falible que el de testigos (lo que ya observara GARCÍA GOYENA) y los resultados injustos a que se llegaría negando al Juez la posibilidad de tener en cuenta testimonios dignos del mayor crédito; seguramente vieron también lo peligroso de alterar las reglas procesales que en España habían venido funcionando de modo satisfactorio (107).

Una significación equivalente a la del artículo 1.280 se encuentra en otros preceptos del Código que hemos de considerar del mismo orden, destacando el artículo 1.865 (108) para los efectos de la prenda (109) y aun cabe pensar en otros supuestos que pueden construirse partiendo de los principios generales, así en el caso de la transacción extrajudicial (pues la judicial es un acto procesal), de la renta vitalicia, etc. Por otra parte, la función de la forma, en este sentido, se pone claramente de relieve, por ejemplo, cuando se trata de la constitución de los *efectos reales* de ciertos derechos de obligación, como el *arrendamiento inscrito* (arts. 1.549, 1.571 C. c. y 2-5.º LH) (110) y el *derecho de opción* (art. 14 RH.) (111).

(104) Se trata de la Ordenanza real de Moulin (cit. DE CASTRO, *Ibid.*).

(105) La Base 19.ª establece al final que se fijará "un máximo, pasado el cual toda obligación de dar o de restituir, de constitución de derechos, de arriendo de obras o de prestación de servicios, habrá de constar por escrito, para que pueda pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución".

(106) Cfr.—"Sin embargo —dice el inciso segundo, párrafo primero y después de haber afirmado el principio consensualista— la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, a no concurrir con alguna otra prueba." Es de hacer notar que la jurisprudencia ha atenuado el alcance de este precepto (SS. 31 de enero de 1950, 18 de febrero de 1941, etc.).

(107) *Op. cit.*, 288.

(108) Cfr.: "No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha".

(109) Haciendo un paralelismo entre la prenda y la hipoteca y teniendo en cuenta lo que un sector de la doctrina entiende en relación con la llamada *forma concurrente* en la hipoteca, a lo que anteriormente nos hemos referido, vemos claramente el abismo que separa estos dos supuestos. Las diferencias no sólo dependen del poder arbitrario del propio ordenamiento, sino de una diversa estructura institucional (existencia o no del desplazamiento de la posesión) que se halla íntimamente vinculada a la viabilidad del derecho.

(110) Antes de las leyes especiales, esta eficacia *erga omnes* únicamente se conseguía mediante la inscripción, y lo mismo puede mantenerse hoy para los arrendamientos comunes.

(111) Esto, sin perjuicio de que pueda configurarse el *derecho de opción como* derecho real, como se deduce de la R. de 27 de marzo de 1947.

Prueba también que, en estos casos, no se compromete la eficacia del negocio, al no cumplirse la forma prescrita para determinados efectos, es la propia *conversión formal* del negocio jurídico, en virtud de la cual el negocio jurídico reduce su eficacia, proporcionalmente en la medida en que falta una forma adecuada, prevista para aquellos efectos (112), es el caso de la escritura pública defectuosa que vale como documento privado (art. 1.223) (113), o el testamento cerrado nulo por defecto de forma que puede valer como testamento ológrafo si estuviese escrito y firmado por el testador (art. 715) (114). Existe, pues, una gradación de efectos que se corresponde paralelamente con la observancia de una gradación de formas, así dispuestas armónicamente por el ordenamiento.

No pueden considerarse como forma del negocio las llamadas *formalidades especiales* y en ello se halla de acuerdo la doctrina tanto española como extranjera. Estas formalidades son, en primer lugar, *requisitos concurrentes "externos"* al negocio, establecidos para dotarle de eficacia en determinadas circunstancias o en relación con determinados efectos (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la exigencia de la inscripción en la hipoteca), o por razón de interés o de orden público, apareciendo de manera muy profusa en el Derecho de familia y en el Derecho de Sucesiones y con un alcance muy diverso que va desde la invalidez o ineficacia hasta la anulabilidad o impugnabilidad (así la necesidad de la *autorización judicial* para determinados actos de la mujer casada, o la necesidad de la *aprobación judicial*, en las enajenaciones de bienes de menores, rendiciones de cuentas, particiones, etc., o de la *protocolización* de las operaciones particulares) lo mismo que, en fin, cuando se requiere una homologación o *autorización judicial o administrativa* con fines de protección de intereses de orden público, sociales, fiscales o cualesquiera otras. Las exigencias que imponen estas formalidades especiales, lo mismo que sucede con el precepto de forma (sobre todo cuando tiene carácter *ad solemnitatem*) vienen a limitar notablemente la autonomía privada, pero los efectos

(112) La infracción del precepto de forma, en estas situaciones, no provoca, como cuando la forma se requiere como requisito esencial del negocio, su ineficacia, sino simplemente una menor eficacia, por lo que se diferencia notablemente de la conversión material del negocio jurídico o verdadera y propia conversión. Ya decía VALVERDE, refiriéndose a la *conversión formal*, "que la conversión no afecta a la sustancia del negocio jurídico, el acto, aunque convertido, es siempre el mismo, puesto que la declaración de voluntad es la misma también; lo que es diverso, lo que cambia, es la forma, y este cambio no produce la invalidez del negocio, sino mayor o menor 'eficacia jurídica'" (*Tratado de Derecho civil*, I, Valladolid, 1935, 579). Vid. también mi trabajo sobre *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, 1959, 19 y ss.

(113) Cfr. "La escritura defectuosa, por incompetencia del Notario o por otra falta en la forma, tendrá el concepto de documento privado, si estuviese firmada por los otorgantes".

(114) Cfr. "Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta Sección... Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviera las demás condiciones propias de este testamento".

que de ellas se derivan, como son algo externo al negocio, no se producen en el negocio mismo, sino para reforzar, propiamente, otros presupuestos del mismo (capacidad, poder de disposición, mayor rendimiento o plena legalidad, etc.).

Sin embargo, existe un *proceso intensificador* de la producción de efectos jurídicos, o si se quiere de creación de ciertas aptitudes, que se desarrolla a partir de la forma, aunque no venga exigida como requisito *ad solemnitatem*, o precisamente por ello. Este fenómeno sucede claramente en la *reproducción* y en la *documentación del negocio* jurídico con las que se alcanzan unas metas a las que anteriormente el negocio, aunque válidamente constituido, no había llegado (certeza en cuanto a la existencia y contenido, facilitación de la prueba, adquisición de una prelación en su caso, acceso al procedimiento ejecutivo, etc.).

La doctrina alemana (especialmente a partir de DEGENKOLB, MEYER y SIEGER) y un sector muy importante de la doctrina italiana (SEGRE, CANDIAM, CARNELUTTI), han querido encontrar este proceso llevando demasiado lejos la distinción entre la mera *documentación* del negocio jurídico y la *reproducción* o *renovación* de la voluntad negocial (115). La documentación, como dice PACCHIONI (116), consiste simplemente en dar forma escrita a un negocio al objeto de facilitar la prueba de su conclusión y contenido, pero todos sus efectos se producen desde el momento de su válida celebración. En cambio, la *renovatio contractus* supone una *aclaración* o *fijación* del contenido, con posibilidad de variantes o modificaciones. No cabe duda que los *negocios de fijación* pueden admitirse en nuestro Derecho, ahora bien, no me parece que puedan conocerse como *negocios autónomos*, sino *dependientes* del negocio cuyo contenido tratan de esclarecer, pues en caso contrario nos hallaremos ante una modificación del negocio primitivo (novación la llama el art. 1.224 C. c.), mientras que por otra parte, a pesar de la opinión de NÚÑEZ LAGOS (117) que sigue la inspiración de la doctrina extranjera, anteriormente aludida, me parece que no se puede hablar de escritura *recognoscitiva* y de escritura *constitutiva* a la vista del artículo citado, pues lo que este precepto quiere decir es que, o la *renovatio contractus* se limita a la *forma* (en el sentido de forma *ad probationem*) y en tal caso produce los efectos propios de la *documentación* del negocio jurídico, o se refiere al *contenido* y entonces los efectos nuevos no dependen de la forma, sino del nuevo contenido; de modo que no cabe admitir al documento por sí mismo un verdadero

(115) Me remito a las referencias contenidas en mi trabajo, *Negocio abstracto...*, cit., en ADC, XIX (1966), 397 y ss.

(116) *Diritto civile italiano*, II-2, *Dei contratti in generale*, 3.^a ed., Padova, 1939, 150.

(117) *Hechos y derechos...*, cit., 289 y ss. 324; *Contenido...*, en RDN, 43 (1964), 73 y ss. y en otros trabajos.

(118) En este mismo sentido se orienta también DE CASTRO, *Op. cit.*, 307 y ss., y especialmente cuando dice: "La Ley no permite un corte arbitrario de la declaración negocial, atendiendo sólo a lo escriturado y considerar extrajurídico o fuera del negocio todo lo demás. La misma labor interpretativa exige no desdeñar dato alguno para reconstruir y averiguar la verdadera voluntad negocial

valor "insular", en cuanto suponga desconexión o *independencia* del negocio que se trata de documentar (118).

Un proceso parecido tiene lugar en los *negocios cambiarios*, mientras no se inhibe la *relación causal* (119), pero en cambio el valor de la forma se expande cuando, en toda esta materia de *títulos valores*, el derecho aparece incorporado al documento y la *forma* suplanta propiamente a la *causa*, en la fundamentación del negocio, para hacer posible su abstracción, volviendo aquí a aparecer de nuevo la implicación entre causa y forma y entre forma y buena fe (120). Esta segunda relación, entre forma y buena fe, nos indica con plena exactitud el verdadero significado de la forma en estos casos, donde claramente cobra una función *legitimante*, no "*causante*", con lo que queda esclarecido el valor de la otra implicación entre forma y causa. Prueba de ello es que, en los títulos valores en que no puede prescindirse de la relación causal, sólo se consigue una mera abstracción procesal, mientras que cuando la abstracción alcanza plenitud, no tanto depende de que el negocio sea un *negocio formal*, sino del valor de *cosa* ganado por el propio título valor, mediante un proceso de involución de la forma (como aparece en el caso extremo del dinero y de otros títulos al portador), pues la *natura rei* influye como instrumento en las relaciones jurídicas partiendo de su propia fuerza legitimante; algo parecido sucede con los bienes muebles (art. 464) o con el dinero (artículo 1.160).

Sin llegar a estos extremos se da este proceso cuando ciertas formas requeridas *ad probationem* llevan en sí mismas una *función legitimante*, o bien que lleguen a alcanzarla mediante una forma concurrente, como es la inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 2 y 3 LH). En este campo es donde las formalidades voluntarias pueden llegar a

(art. 1.282). El vínculo contractual no nace con ni depende del otorgamiento de la escritura: existe en cuanto reúne los requisitos legales para ello, y es ese contrato ya existente el que se eleva a escritura pública. Así, al menos, parece haberlo entendido la veneranda Ley Orgánica del Notariado, al decir: "Es escritura matriz la que el Notario ha de redactar sobre *el contrato o acto sometido a su autorización*, firmada por los otorgantes, por los festigos instrumentales o de conocimiento, en su caso, y firmada y signada por el mismo notario" (art. 17-2). Concepción que es la misma del Código civil, al dar por válidos y obligatorios los contratos que hayan de constar por documento público y considerar el otorgamiento de escritura u otra forma especial como el hecho de llenar aquella forma (art. 1.279). El significado civil específico de la escritura está en ser requisito para la existencia de los contratos excepcionalmente necesitados de tal forma y, en general, en que por ella se potencia al máximo el valor del título de los contratos; por lo que, en su caso, podrán las partes compelerse a su otorgamiento (art. 1.279) (*Ibid.*, 310).

(119) Me remito exclusivamente a DE CASTRO, *Op. cit.*, 306-307, y a las referencias allí contenidas de doctrina y jurisprudencia.

(120) En relación con este punto y con las consideraciones ulteriores del *texto*, el precioso libro de T. ASCARELLI, *Teoría general de los títulos de crédito*, trad. cast., México, 1947, 19 y ss., 79 y ss., etc.

(121) No cabe duda que desde el punto de vista de la intensidad legitimante, pueden llegar a coincidir los dos tipos de forma. Así, por ejemplo, puede ser equivalente el alcance ejecutivo de un negocio cambiario, que es un *negocio*

tener su máxima eficacia aunque no sea constitutiva sino de otra índole (arts. 32, 34, 35, 38, etc., LH) (121). Pero volviendo al planteamiento inicial para que nos sirva aquí de recapitulación y partiendo de la distinción entre negocios formales y no formales, en cualquier caso, el que un negocio sea formal depende, como hemos dicho, del arbitrio del legislador, no de la mayor o menor intensidad de sus efectos, pues esto responde a consideraciones de otro tipo.

Esto se ve claramente en algunos ordenamientos, como sucede en el Derecho civil alemán, donde el negocio de transmisión de los derechos reales sobre inmuebles o ciertos contratos obligatorios (promesa de donación, fianza, promesa y reconocimiento de deuda) (122), tienen la consideración de *actos formales*. En tales casos, la forma actúa, no en relación con los efectos, sino con la propia fundamentación, sustituyendo realmente a la causa, por eso, además de ser *formales* tales negocios, son *abstractos* (123). En este mismo sentido es muy interesante, por cuanto pone de relieve lo anómalo de la construcción de estos negocios por el arbitrio del legislador, la penetrante argumentación de W. FLUME (124), cuando dice que estos negocios están contruidos, como si fueran *negocios de buena fe*, por disposición del ordenamiento, con ello, se quiere poner de relieve que el precepto de forma desfigura la naturaleza del negocio (125). Esto no tiene aplicación a nuestro Derecho (si dejamos a un lado los negocios cambiarios en su caso) ni siquiera para la hipoteca, donde la “sobrentendida” abstracción que ha querido ver en ocasiones la jurisprudencia (126), se fundamenta más en el carácter accesorio de este negocio que en la forma. En cambio, esta implicación entre causa y forma, como anteriormente hemos indicado, puede tener aplicación en el ámbito de los negocios de familia y en el Derecho de Sucesiones. Incluso aunque no ha faltado algún autor en la doctrina italiana que ha tratado de construir el conceto de *causa del testamento* (127), lo que es muy difícil no sólo en relación con los *efectos atípicos* del mismo (por ejemplo, artículo 741 C. c.), cuyo alcance ha sido modernamente estudiado en aquella doctrina por GIAMPICCOLO (128), sino también por la necesidad *formal* y que puede ser un *negocio abstracto*, con el correspondiente efecto de la misma naturaleza de un préstamo civil documentado en escritura pública o privada, reconocida judicialmente (art. 1.429 LEC), supuestos en los que se trata de forma *ad probationem*.

(122) §§ 925, 518, 766, 780 y 781 BGB.

(123) Esta argumentación es la que técnicamente utilizaba la S. de 14 de enero de 1935, aunque haciendo una aplicación errónea de la misma.

(124) *Op. cit.*, II, 176.

(125) Este desajuste entre la *realidad* y la *forma* obliga al reconocimiento de una *condictio* a favor de las partes que, como la antigua *exceptio doli*, mantiene, indirectamente, cierto control causal cuando se origina un perjuicio a un tercero, a aun al propio obligado.

(126) Así, la S. de 14 de enero de 1935. Otro supuesto distinto es el resuelto por la RDGR de 31 de julio de 1928.

(127) Así, CRISCUOLI, *La causa del testamento*, ed. sep. de “Circolo giuridico”, Palermo, 1959.

(128) *Il contenuto atipico del testamento. Contributo alla teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954.

de precisar la función del testamento como *acto de última voluntad* y como *acto de disposición "mortis causa"* (129), en el testamento lo que prevalece es su carácter formal, incluso la posibilidad de cumplir diversas funciones o finalidades simultáneamente, es uno de los atributos de la forma (130). Tampoco me parece que este *carácter formal* del testamento suponga un "procedimiento artificioso de abstracción" (131) que impida el debido control de las disposiciones testamentarias, siendo curioso que, precisamente por esta disolución del requisito de la causa, aparece en el testamento la relevancia del *motivo*, aunque el Código en el artículo 767, cayendo en una de tantas impropiedades terminológicas, hable de *causa falsa* o de *causa contraria a Derecho* (132), seguramente por un arrastre histórico como he indicado en otro lugar (133). Lo mismo sucede en otros casos anteriormente enumerados: reconocimiento de hijo natural, adopción, renuncia a la herencia, etc. Y si se quiere aún más claramente aparece la implicación entre causa y forma en numerosos actos de Derecho procesal, así el *allanamiento del demandado* o el *desistimiento del actor* y no digamos en la *transacción judicial*, cuya importancia práctica y su incidencia en el Derecho material son enormes. Incluso es interesante considerar, por su semejanza con la finalidad de algunos negocios de Derecho privado, el caso del *acto de conciliación*, que constituye un verdadero *negocio abstracto*, fundamentado en la forma y no en la causa, según se deduce de los artículos 476 (134) y 477 LEC (135), si es que es lícito hablar en estos términos dentro del campo del Derecho procesal.

De cara a este interesante planteamiento que nos sirve de recapitulación, aún tiene valor la actitud de los prácticos medievales, ya en

(129) Para esto, JORDANO BAREA, *El testamento*, en RDN, 37-38 (1962), 57 y ss.

(130) Ya VON THUR, *Op. cit.*, II-2, 180-181, hacía esta observación, y precisamente en materia de testamentos es evidente, y además casi podemos decir que usual.

(131) Como cree DE CASTRO, precisamente atribuyéndolo a una debilitación de la causa (*Op. cit.*, 280-281).

(132) Cfr. "¡La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento del legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa".

"La expresión de una causa contraria a Derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita".

(133) *Op. cit.*, en RDN, 33-34 (1961), 420.

(134) Cfr. "Lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto por el mismo Juez municipal, por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio verbal, cuando su interés no exceda de 1.000 pesetas".

"Siempre que lo convenido exceda de dicha cuantía tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne".

(135) "Contra lo convenido en acto de conciliación, podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos" (párrafo primero). Pero a pesar del tenor literal de este precepto, de lo que se dispone en los párrafos siguientes parece claro que se excluye de esta posibilidad de impugnación

plena época del triunfo consensualista, cuando, según el testimonio de Bussi (136), en medio de las disquisiciones que se producen en las escuelas al filo de la distinción entre el *ius gentium* y el *ius civile*, con objeto de adaptar el Derecho romano a las necesidades vivas de la práctica, y, según las cuales, mientras los contratos consensuales encuentran en el nombre su *elegans vestimentum*, tan diferente del *vestimentum rei interventu* de los innominados, los simples pactos, encuentran un difícil acomodo que se complica por la diversidad de las opiniones escolásticas, de modo que los juristas, especialmente los prácticos (*tabelliones*), para coordinar el respeto a la voluntad de las partes, con la eficacia de los actos jurídicos que pretenden y, sin olvidar el problema de su fundamentación, vuelven los ojos a la concepción desarrollada entre los canonistas, según la cual, los simples pactos se distinguen entre sí por ser *pactum nudum a causa* o *pactum nudum a solemnitate*.

el control causal y aun, según entiende la jurisprudencia, el control por vicios del consentimiento parece difícil (SS. 8 de febrero de 1905, 11 de febrero de 1907, 22 de febrero y 22 de mayo de 1950).

(136) *Op. cit.*, 242-250.

Pérez Serrano y la Ley de Aguas de 1956

MARCOS GUIMERA PERAZA
Notario

SUMARIO: I. DON NICOLÁS PÉREZ SERRANO EN LA COMISIÓN DE CÓDIGOS.—
II. ANTECEDENTES DE LA LEY DE AGUAS DE 1956. 1. *El proyecto canario para la obtención de personalidad*. 2. *El proyecto de la Comisión General de Codificación*. 3. *El proyecto en las Cortes: la Ley de 27 de diciembre de 1956*.—
III. LA CUESTIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS HEREDAMIENTOS Y COMUNIDADES DE AGUAS DE CANARIAS. 1. *Doctrina*. A) Tesis de la institución. B) Tesis de la comunidad. C) Tesis de la asociación civil de interés particular. 2. *La Ley de 1956*. 3. *Crítica*.—IV. EL ÁMBITO DE LA LEY DE 1956. 1. *Su posible extensión a otras figuras*. 2. *Extensión a figuras jurídicas similares*.

I.—DON NICOLAS PEREZ SERRANO EN LA COMISION DE CODIGOS

Don Nicolás Pérez Serrano —fallecido el 17 de febrero de 1961, a sus setenta y un años de edad— contribuyó decisivamente a la publicación de la Ley de Aguas del Archipiélago canario, dictada el 27 de diciembre de 1956, desde su puesto de vocal de la Sección 1.^a de la Comisión General de Codificación.

Al tiempo de su muerte, múltiples notas necrológicas recogieron y analizaron sus facetas de abogado, catedrático de derecho político, letrado de las Cortes, escritor, académico de la de Ciencias Morales y Políticas y de la de Jurisprudencia y Legislación, etc., etc. (1).

(1) *Revista de Derecho Privado*, febrero de 1961, "In memoriam: D. Nicolás Pérez Serrano". En ella se destaca que fundó y dirigió la *Revista de Derecho Público*.

— OCTAVIO SALTOR, "Humanismo y Derecho (en la muerte de D. Nicolás Pérez Serrano)". *Revista Jurídica de Cataluña*, Ilustre Colegio de Abogados, enero-febrero 1961, Barcelona, pág. 219.

— ALVARO G.^o ORMAECHEA y FELIPE RUIZ DE VELASCO, "In memoriam". *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIV, fascículo 1, enero-marzo 1961, p. 163.

— JOSÉ M.^a CASTÁN VÁZQUEZ, "Necrologías... El profesor Pérez Serrano". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero de 1961; donde destaca que perteneció al Consejo de Redacción de la Revista durante los últimos veinte años.

— LUIS DÍEZ DEL CORRAL Y PEDRUZO, "La mentalidad política de Tocqueville con especial referencia a Pascal". Discurso de recepción en la Real Aca-

Pero, que recordemos, sólo el profesor PRIETO CASTRO (2) había aludido en vida a su faceta de legislador: “numerosas leyes recientes —dijo— llevan el sello de su paternidad ideológica”. Una de ellas, en la que pude conocerle actuando, con su técnica previa de cuestionario, fue la luego ley de 1956.

Don Nicolás se encontraba vinculado a las aguas de Canarias desde muchos años antes. Por él mismo fue proclamado en la solemne apertura de los tribunales, en la Audiencia Territorial de Las Palmas, el 15 de septiembre de 1953; es decir, hace más de quince años. Recordó que había coincidido en las aulas granadinas, donde estudio su carrera de derecho, con muchos hijos de estas islas. Evocó su pasantía en el bufete madrileño de don LEOPOLDO MATOS Y MASSIEU (3), donde —y son palabras suyas— “tropecé por vez primera con problemas de tipo canario: aprender lo que hay de diferencia entre cultivos ordinarios y cultivos especiales; recorrer, paso a paso, por los planos y en descripciones de documentos, el barranco de Guiniguada o el barranco de la Virgen; seguir las procelosas

demia de Ciencias Morales y Políticas, pronunciado en sesión de 2 de febrero de 1965 (Madrid, 1965, p. 8). Don Nicolás le precedió en el sillón de dicha Academia.

— ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL, “Nota-prólogo” a los *Dictámenes* de Nicolás Pérez Serrano, Volumen I, Editorial Dossat, S. A., Madrid, 1965.

— RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, “Realidades y problemas en nuestro derecho registral inmobiliario”. Discurso leído el día 12 de marzo de 1962 en su recepción pública en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. (Madrid, 1962, p. 8). La Rica sucedió a Pérez Serrano en la Academia.

— JOSÉ LARRAZ, “Una crisis del liberalismo español”. Discurso inaugural del año académico 1965-66 en el Instituto de España. Inserto en el libro *El poder político de la sociedad jerárquica*. Editorial Prensa Española, Madrid, 1967, páginas 36 y siguientes.: “Otra vez la cátedra de Madrid: Pérez Serrano”.

Ver también: LUIS BELTRÁN FUSTER, “El Notario ante la Gramática”, *Revista de Derecho Notarial*, número 32, abril-junio 1961, p. 347, nota 6. Allí recuerda este inolvidable amigo y compañero, ya fallecido, que don Nicolás era un artista en el manejo del idioma, tanto con la pluma como con la palabra: “Y conviene recordarlo, porque en las necrologías del maestro se omitió este detalle”. Esperaba la publicación de sus dictámenes y solicitó, además, la publicación de sus recursos de casación, dispersos en los tomos de la Colección Legislativa: por el “tesoro que encierran de ciencia jurídica y de buen castellano”. Ver también de LUIS BELTRÁN, su artículo “El jurista don Nicolás Pérez Serrano en Tenerife”. *El Día*, miércoles 7 de abril de 1954, pág. 3, “L. B. F.”.

(2) LEONARDO PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, “Ofrecimiento” del *Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano*, tomo 1, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1959, p. X.

(3) DON LEOPOLDO MATOS Y MASSIEU, nació en Las Palmas de Gran Canaria el 6 de agosto de 1878. Fue gobernador civil de Barcelona (1915-1917), ministro de Trabajo (1921-1922), de Fomento (1930), de Gobernación (1930-1931). Fue abogado de la Casa Real, especialmente de la Reina Cristina. En el Archivo Histórico Provincial de Las Palmas se conserva, aún sin ordenar, su archivo particular. Emigró a Biarritz después de mayo de 1931. Fue asesinado en el Castillo de Guadalupe el 8 de septiembre de 1936. Casó con doña Ana María de Aguilar y Gómez-Acebo el 30 de enero de 1920.

incidencias de pugnas entre Queibramonte y Tenoya, etc., etc.” (4). Era su primer contacto físico con Canarias y sus problemas agrarios.

Por esos mismos años, me manifestaba por escrito su preocupación por el tema de las aguas en Canarias, por “cómo catalogar jurídicamente esta institución tan interesante y con respecto a la cual la doctrina no acaba de pronunciarse en forma definitiva” (5). Y comunicaba que volvería sobre el tema. No tardaría mucho en poder cumplir su deseo.

Como es sabido, en ese mismo año de 1953 fue elevado al Ministerio de Justicia un Proyecto de Ley para el reconocimiento de la personalidad jurídica de las Heredades de aguas de Canarias.

Ya en 1954, el Ministerio pasó el proyecto canario a la Comisión General de Codificación. Uno de los dos ponentes fue don Nicolás Pérez Serrano. Y sobre su dedicación al problema, puedo presentar mi testimonio personal.

El 24 de enero de 1955 hube de visitar —en su despacho de la calle de Génova, número 17— a don Nicolás, para informarme de la marcha del dictamen de la Comisión y mostrarle todo el interés de sus autores en la pronta y favorable resolución de lo pedido. Allí, entonces, pude comprobar toda la comprensión cuidadosa, todo el conocimiento y el entusiasmo que don Nicolás tenía por el tema. De él vinieron censuras, como la de la distinción entre heredamientos y comunidades, antiguos aquéllos y modernas éstas, que él no veía la necesidad de mantener; la de la descuidada distinción entre concesión y autorización; la cuestión de la naturaleza del derecho de subsuelo, preocupado con un problema que tenía sobre el *Metro* de Madrid; etc. Problemas pendientes, como el de la realización de actos de disposición del patrimonio propio o privativo de la agrupación, que el Código civil vedaba, salvo por unanimidad. Críticas, como la que hizo a algunos extremos de los informes recibidos en esas fechas. Dudas, como las que se planteaban en el terreno fiscal, y, concretamente, la posible tributación por el impuesto de utilidades, que así se llamaba entonces; problema fiscal planteado entonces por vez primera. Y por último, el anuncio que hizo de la redacción y circulación en Canarias de un cuestionario, que la Comisión redactaría, para un mejor conocimiento del problema y una mayor difusión de lo que se proyectaba.

(4) NICOLÁS PERÉZ SERRANO, “Los tres oficios de la Abogacía: aplicación, humanización y renovación del Derecho”, *Revista del Foro Canario*, septiembre-diciembre 1953, núm. 5, pp. 5 y siguientes.

El *Diario de Las Palmas*, por la pluma del abogado y periodista Antonio Beltrán Sierra, obtuvo una entrevista con don Nicolás, que se publicó el viernes 18 de septiembre de 1953, bajo el título “La cátedra, a la luz del catedrático; la justicia y las leyes, a la del Abogado”. En ella hay recuerdos singulares para sus compañeros Emilio Valle y Gracia, Guillermo Cabrera Felipe y, especialmente, para Gonzalo Cáceres Crosa y su obra *El refrendo ministerial* (Madrid, Tipografía de Archivos, 1934).

(5) Carta de don Nicolás al autor, de 30 de septiembre de 1953.

Lo hemos calificado reiteradamente de amplísimo y, al mismo tiempo, muy concreto, de verdadero modelo en su género. Y en verdad que ningún problema civil, hipotecario o fiscal, escapó entonces a la inquisitoria del minucioso ponente, con aquellos sus cinco epígrafes que tituló: *Generalidades, Organización, Funcionamiento, Vida negocial y Varios*.

Con los datos que se allegaron, terminó su labor la Ponencia en la primavera de 1956. Conocimos el proyecto de la Comisión de Códigos. Al menos avezado a leer y, sobre todo, a oír a PÉREZ SERRANO no se le escapará “la música” de su estilo inconfundible, tanto en sus giros y locuciones como en la sutil manera de entramar unos argumentos con otros. Su brillante exposición de motivos lo acredita por sí sola. Y conste aquí que en ella se insertan párrafos de censura a la articulación del proyecto canario, que la ponencia combate, para luego —y esto es lo asombroso, lo verdaderamente ejemplar— conceder más de lo que se pide, extendiendo los beneficios solicitados por las viejas Heredades a las modernas Comunidades de aguas; porque, dice, “no podía la Comisión mantener siempre las directrices orientadoras de las iniciativas nacidas en aquella región”. La generosidad espléndida del proyecto suyo culmina con “la posibilidad de utilizar el cuadro en él establecido, para dar entrada a situaciones similares y no infrecuentes en nuestra realidad jurídica y social, porque también en otros lugares de España puede haber agrupaciones de propietarios de aguas”, que así lo demanden. Sé que, especialmente, preocupaba a don Nicolás la realidad de las aguas existentes en distintas localidades de Murcia. Y para ello propuso una verdadera *Ley de Autorizaciones*, que da pie a la constitución de una propiamente llamada “comunidad de regiones”.

Y toda esta labor, detallista y cariñosa, fue llevada a cabo por PÉREZ SERRANO simultáneamente con su dedicación a la cátedra, cuya clase diaria confesó él que siempre se veía en la necesidad de preparar extensamente; con un bufete de volumen cuantioso en todos sentidos; con la atención a amigos y compañeros, en conversaciones de una afectuosidad y una ausencia de prisas verdaderamente excepcionales, aun dentro de la liberal manera de los hombres nacidos en el siglo XIX.

Fue don Nicolás gran admirador de la figura, de jurista y de político, de Bravo Murillo. Con motivo de su primer centenario, la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas le dedicó una sesión, celebrada el 18 de noviembre de 1952, en la que intervinieron, además, Gascón y Marín, Jordana de Pozas y Larraz. PÉREZ SERRANO desarrolló allí la faceta de “hombre político” (6). Pues bien, esta

(6) *Conmemoración del primer aniversario de don Juan Bravo Murillo. Discursos leídos en la Junta pública inaugural del curso académico de 1952-53, celebrada el día 18 de noviembre de 1952, por los académicos de número excelentes señores don NICOLÁS PÉREZ SERRANO, don LUIS JORDANA DE POZAS, don JOSÉ GASCÓN Y MARÍN y don JOSÉ LARRAZ LÓPEZ*. Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1952, pp. 7 y siguientes.

admiración del ilustre jurista por el gran gobernante y hombre también de derecho del siglo pasado, la he considerado, canario como soy de nacimiento, de residencia y de adscripción profesional, como un símbolo. Por lo que he sostenido, y me complace volver a hacerlo, que (7)

“Canarias deberá siempre guardar un recuerdo agradecido y emocionado para quien, una vez más, ha dado muestras de quererla y comprenderla como pocos; y así como la ley vital de los Puertos Francos ha pasado a la posteridad con el nombre de su autor, don Juan Bravo Murillo, esta de los Heredamientos de aguas de Canarias, de gran importancia para su economía, deberá perpetuarse con el del ilustre ponente del proyecto en la Comisión de Codificación, su esclarecido artífice don Nicolás Pérez Serrano.”

II. ANTECEDENTES DE LA LEY DE AGUAS DE 1956

¿Qué problemas tenía planteados Canarias en sus aguas hacia los años 50? ¿Qué pretendió el anteproyecto canario que dio lugar a la ley de 1956? Dos interrogantes básicos para la debida comprensión de lo que hizo —o dejó de hacer— el legislador.

Porque, en efecto, sólo sabiendo los problemas con los que se debatía la teoría y la práctica jurídicas del archipiélago; sólo esclareciendo qué quisieron las comisiones canarias que se acercaron al legislador pidiendo normas; sólo así podrá saberse si éste acertó o anduvo errado, si concedió lo que se pedía, o algo más, o algo menos.

Y la primera labor será ver qué problemas tenían un aspecto meramente teórico o doctrinal —tal y como la naturaleza jurídica de las Heredades y Comunidades—, que estaban y siguen estando entregados a las disputas de los hombres; y aquellos otros, arduos y urgentes, con los que se enfrentaban casi a diario estas entidades, como sucedió con el de la personalidad jurídica de las mismas, en su vida de relación con particulares, organismos públicos, tribunales, entidades de crédito, etc.

Aunque aluda a aquellos problemas de la teoría, me urge decir que estos últimos, los de la vida práctica, fueron los acuciantes; hasta el punto de poder afirmar categóricamente que los anteproyectos de las comisiones canarias sólo pretendían el reconocimiento de la personalidad jurídica de las Heredades o Heredamientos. Todo lo demás vino después, por añadidura.

Así, se estará en situación de juzgar críticamente a la Ley de 1956. Sin perjuicio, naturalmente, de que, antes y ahora, se sugieran nue-

(7) MARCOS GUIMERÁ PERAZA, “Heredamientos de aguas de Canarias (Notas a la Ley de 27 de diciembre de 1956)”. (*Anuario de Derecho Civil*, tomo X, fascículo II, abril-junio 1957, p. 504).

vas soluciones, se aporten nuevas ideas al siempre tan debatido como importante tema de las aguas en Canarias, ante todo, se debe de ser justo. Y muestras de injusticia son líneas como las que se leen en publicaciones de reciente aparición:

“La siempre imprecisa Ley de 27-12-1956, para Canarias” (8).

“Con razón fue criticado en su época el Decreto de 1924, y con no menos lo están siendo las recientes Leyes de 1956 y 1962...”.

“Las leyes se hacen, por así decirlo, en Madrid y por los madrileños. Y los resultados son, a veces, sencillamente grotescos... Y lo mismo puede decirse de la Ley de Heredamientos, *cuya sola lectura produce el convencimiento de que el legislador nunca supo lo que es un Heredamiento de aguas canario*” (9).

En este año de 1968, el seminario de derecho administrativo de la Universidad de La Laguna organiza su tercer curso de derecho administrativo especial de las islas Canarias. Celebra las conferencias en el mes de junio, en el salón de actos del Cabildo Insular de Tenerife, bajo el patrocinio de su “Aula de Cultura”. El viernes, día 14, pronunció su conferencia el profesor NIETO GARCÍA, sobre la “Situación jurídica de los heredamientos y comunidades al promulgarse la Ley de 27 de diciembre de 1956”. En ella, después de pasar revista a una serie de figuras jurídicas a las cuales pudo acogerse el legislador, para concluir en que eran meras asociaciones de hecho; y de decir que para obtener el reconocimiento de su personalidad la Ley no fue imprescindible, “aunque ésta no ha sido inútil”; afirma que “hay que salir de la ficción, y *se conviene en que la Ley de 1956 es inoperante y hay que solicitar una normativa más precisa*” (10). Añadiendo: “Lo que pasa es que no quiso utilizar tal posibilidad, prefiriendo conseguir por medio de una ley la deseada carta de naturaleza”. Por lo que, “al establecer un régimen especial, esquivando el común, y siendo este régimen especial muy deficiente, han quedado muchos aspectos de los heredamientos y comunidades canarios sin regular o mal regulados” (11).

Todo esto pone de manifiesto la necesidad de esclarecer, de separar, lo que era —y es— materia opinable sobre la naturaleza de Hereda-

(8) ALEJANDRO NIETO [GARCÍA], *Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico*. “Estudios de derecho administrativo especial canario (Régimen de las Aguas)”, II (Curso 1966-67), por el Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna, Cabildo Insular de Tenerife, Aula de Cultura, 1968, p. 85, nota 1.

(9) ALEJANDRO NIETO [GARCÍA], *Ideas para una reforma del régimen jurídico de las aguas canarias*, en “Estudios...”, citados, pp. 221 y 222.

(10) Reseña publicada en *El Día*, de Santa Cruz de Tenerife, el sábado 15 de junio de 1968.

(11) Reseña de *La Tarde*, del mismo día.

mientos y Comunidades, de lo que persiguió el proyecto canario: obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica independiente. Logro al que la Ley de 1956 añadió la regulación de otros puntos, muy necesitados de ella igualmente, con finalidad de dejar lo mejor posible las cosas.

Veamos si soy capaz de imponer ese orden, ese rigor mínimo en toda investigación.

1. *El proyecto canario para la obtención de personalidad*

En el mes de marzo de 1952 —nótese, hace más de dieciséis años— una comisión de abogados de Las Palmas de Gran Canaria, integrada por don NICOLÁS DÍAZ-SAAVEDRA Y NAVARRO (12), don MANUEL HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (13) y don ANTONIO DE LA NUEZ CABALLERO —hoy ausente en Caracas, pero siempre en contacto con las cosas de sus islas—, dio fin a la redacción de un proyecto de ley para el reconocimiento de la personalidad jurídica de las Heredades de aguas de Canarias. Dicha comisión, que había sido nombrada el 14 de febrero de 1952, venía a rematar la labor emprendida por otra, compuesta, además de por el propio MANUEL HERNÁNDEZ, por otros dos grandes abogados: don FELIPE DE LA NUEZ AGUJALAR —tío de DE LA NUEZ CABALLERO, que pudo así manejar su archivo— y don JOSÉ MESA Y LÓPEZ (14), difuntos ya a la sazón. Según ANTONIO DE LA NUEZ, la primera reunión para el estudio de una ley en pro de las Heredades tuvo lugar en *El Gabimete Literario*, de Las Palmas, en 1945. De allí salió el proyecto “Unión de Heredades de aguas en Gran Canaria”, de 6 de agosto de 1952.

(12) Don NICOLÁS DÍAZ-SAAVEDRA Y NAVARRO se ocupó frecuentemente de este tema del agua en Canarias. Además de las comisiones a que perteneció, debe verse su trabajo —que conocimos en copia mecanografiada y años después se publicó— titulado “La heredad de aguas de riego o régimen del inmueble móvil”, *Revista del Foro Canario*, núm. 11, septiembre-diciembre 1955, a que luego hemos de hacer referencia.

(13) Don MANUEL HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, también prestigioso abogado de Las Palmas, y, a nuestro juicio, la primera autoridad en aguas canarias, trabajó desde hace años esta parcela. Y últimamente, en febrero de 1963, como presidente del Grupo de Trabajo número 4 de la Comisión Provincial delegada de Las Palmas de la Comisión para el desarrollo económico de las islas Canarias, redactó una ponencia titulada *Régimen jurídico de las aguas y auxilios para obras hidráulicas y de abastecimiento* (Copia del Instituto Canario de Estudios Económicos, *Plan Canarias*, Las Palmas, 1963). Es, sin hipérbole alguna, la mejor obra moderna sobre aguas de Canarias. Abarca desde su estudio histórico hasta el abastecimiento de poblaciones. Su publicación sería muy de desear.

(14) Don JOSÉ MESA Y LÓPEZ ha sido, quizá, el más grande abogado de Las Palmas en el siglo xx. Político, fue jefe de un partido agrario que reunió a todas las derechas de Gran Canaria, entre 1915 y 1936, más o menos. Perteneció al principio al partido liberal-romanista. Nació en Las Palmas de Gran Canaria el 19 de septiembre de 1877. Se licenció en derecho en 15 de octubre de 1897. Comenzó su carrera política en 1915, coincidiendo con la muerte de don FERNANDO LEÓN Y CASTILLO. Son muy interesantes sus recuerdos políticos

El proyecto *canario* tiene un sabor clásico en su título: "Proyecto de ley concediendo la personalidad jurídica a las Heredades de aguas de Canarias tal como la costumbre inveterada y los antiguos textos legales se la reconocían". Y aspiraba *exclusivamente* a lo que expresa su enunciado: el reconocimiento de la personalidad jurídica de las viejas Heredades, puesta en discusión y aun negada en diferentes momentos y por distintos organismos o tribunales, a lo largo de su historia. Ello comportaba una doble limitación: ésta, de limitarse a pedir el reconocimiento de su personalidad; y el recabarla *sólo* para las Heredades seculares, mucho más importantes en Gran Canaria que en el resto de las islas del archipiélago, tanto en número como en caudal y trascendencia social (15). Las demás peticiones del proyecto eran más bien meras alusiones a otros problemas pendientes. Estoy seguro de que si el legislador se hubiera limitado a reconocer la personalidad de los heredamientos, las Canarias —o, al menos, los promotores de la ley— hubiesen quedado igualmente satisfechos.

Integraba el proyecto una exposición de motivos y cinco artículos. Suscribían la instancia, en diversos conceptos, el presidente y secretario de la Junta Provisional de Heredades de la isla de Gran Canaria. Y fue elevado al Ministerio de Justicia en abril de 1953. Como en otra parte (16) hemos publicado íntegro el proyecto *canario*, allí pueden verse su fundamentación y finalidades perseguidas. Notemos, sin embargo, que tuvo dos redacciones: una, de 1952, y la definitiva, de 1953, que difieren sólo en el texto articulado, que es más breve en la redacción final. Exigió, eso sí, que las heredades "hayan venido funcionando en las islas Canarias, desde antes de la vigencia del Código civil" (art. 1.º);

aún inéditos, que él titula "Memorias de un cacique", y que llegan hasta 1936. Fue alcalde de Las Palmas, presidente del Cabildo de Gran Canaria y diputado a Cortes. Fue decano del Colegio de Abogados de Las Palmas y subdecano de Honor desde el 9 de marzo de 1950. Falleció el 14 de marzo de 1951.

Ver la conferencia de LUIS BENÍTEZ INGLOTT, *Personalidad de don José Mesa y López*. Las Palmas de Gran Canaria, inserta en la *Revista del Foro Canario*, año 1965, núm. 40, pp. 23 y siguientes, mayo-agosto.

Fue MESA autor de la *Alegación en Derecho de los pleitos acumulados seguidos entre las heredades de aguas de la Villa de Agüimes y la Heredad del Carrisal*, suscrita por el letrado don J. M. y L. en abril de 1915. Y también de un folleto, *La Justicia en Canarias* (L. P., 1915), que no hemos llegado a conocer.

(15) Según el doctor DOMINGO DÉNIZ GRECK, *Resumen histórico-descriptivo de las islas Canarias* (Ms. inédito, compuesto de un volumen dividido en dos tomos, propiedad hoy de mi amigo, compañero y gran historiador JOSÉ MANUEL ALZOLA Y GONZÁLEZ), los heredamientos en Gran Canaria eran [hacia 1840] unos 140, mientras que los de Tenerife sólo alcanzaban a ocho, por dos La Palma y cuatro La Gomera.

Ver también en FRANCISCO MARÍA DE LEÓN Y FALCÓN, *Memoria sobre el estado de la Agricultura en la Provincia de Canarias*, 30 de marzo de 1850, publicado en el "Boletín Oficial del Ministerio de Fomento" en 1852, tomos 3.º y 4.º. Era entonces Comisionado Regio para la Agricultura en dicha provincia.

(16) Ver mi *Régimen jurídico de las Aguas en Canarias*, Instituto de Estudios Canarios, La Laguna de Tenerife, año 1960. Apéndice, doc. núm. 8, páginas 139 y siguientes.

y en caso de duda, “demostrar que consta... su existencia anterior al primero de mayo de 1889” (art. 2.º).

¿Qué pensaron los autores del proyecto *canario* qué serían estas entidades de aguas? Para ello, se trata de asociaciones civiles *sui generis*, encargadas del caudal y de los medios existentes para recogerlo, dividirlo y distribuirlo entre los coparticipes”. “Se aproximan a la teoría de GIERKE, que habla de los órganos que constituyen en las personas reales colectivas”. Y no son ni “simples comunidades de bienes, porque en ellas ningún partícipe puede hacerlas desaparecer, ni está permitido el ejercicio del derecho de retracto de comuneros”; ni tampoco se pueden asimilar a la propiedad de casas por pisos, “aunque tengan puntos frecuentes de semejanza ambas propiedades”. Y en su artículo 1.º las llama, simplemente, “agrupaciones de propietarios de aguas privadas”.

Esta fue la realidad entonces. De un lado, necesidad de obtener el reconocimiento de la personalidad jurídica de las viejas Heredades. De otro, la estimación—doctrinal o teórica—de los autores del proyecto, acerca de la naturaleza jurídica de dichas entidades. Estimación con la que se puede coincidir y discrepar—y de hecho fuimos algunos los que discrepamos de ella—, pero que en el fondo no afectaba para nada al reconocimiento pretendido. Esto era lo importante, y no las opiniones que pudiéramos tener, unos y otros, sobre su naturaleza jurídica. Por tanto, elucubrar hoy sobre si los autores del proyecto debieron sostener tal o cual teoría, diferente de la suya, es algo mucho más que bizantino. Es, sencillamente, buscarle tres pies al gato...

2. El proyecto de la Comisión General de Codificación

Recibido el proyecto *canario*, el Ministerio de Justicia, entre otros informes, recabó el del Colegio Notarial de Las Palmas, cuya junta directiva, presidida entonces por el decano, don Lorenzo Martínez Fuset, notario de Santa Cruz de Tenerife (17), lo emitió el 4 de julio de 1953, en ponencia del censor primero, don JUAN ZABALETA CORTA, notario entonces de Las Palmas, y hoy de Madrid. Es muy interesante destacar que fue éste, que sepamos, el primer informe que pidió la extensión de los beneficios solicitados de la personalidad jurídica a las comunidades de aguas modernas:

“A todas las agrupaciones de aguas privadas que, con los nombres de Heredades o Heređamientos de aguas, Comunidades de regantes, Comunidades de aguas, Dulas, Acequias,

(17) Ver MARCOS GUIMERÁ PERAZA, *Don Lorenzo Martínez Fuset* (1899-1961). *Elogio fúnebre pronunciado por el autor en la sesión necrológica organizada por la Real Sociedad Económica de Amigos del País de Tenerife, que tuvo lugar en La Laguna, en un salón de actos, el 26 de junio de 1961*. Se publicó en extracto en la “Memoria del año 1961”, *La Laguna*, 1962, pp. 59 y sigs. Se proyectó entonces publicarla por el Colegio Notarial de Las Palmas, sin que hasta la fecha se haya llevado a cabo.

o bajo otros nombres semejantes, se hallen constituidas o se constituyan de aquí en adelante en las islas Canarias.”

Y ello siempre que reunieran determinadas condiciones, entre las que destacan la necesidad de constituirse por escritura pública y poseer estatutos o reglamentos que regularen su régimen. Como veremos después, la ley recogió esa extensión, casi al pie de la letra, en la redacción definitiva que tuvo el artículo primero.

Ya en el año 1954, pasa el proyecto a la Comisión General de Codificación, sección 1.^a, que comienza a trabajar sobre él, ininterrumpidamente, manteniéndolo en el orden del día hasta su culminación. Actuaron de ponentes los catedráticos de la Universidad Central, don NICOLÁS PÉREZ SERRANO y don ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, además prestigiosos abogados en ejercicio en el Colegio de Madrid; y con ellos tomaron parte en las discusiones los restantes componentes de la sección: señores RUBIO, APALATEGUI, MONTERO, JORDÁN DE URRÍES, PRIETO-CASTRO, FUENMAYOR y PELAYO HORE. Es decir, catedráticos, abogados, letrados, notarios. De entre ellos, quiero destacar al amigo y compañero SANTIAGO PELAYO HORE, notario de Madrid, que lo había sido antes de Granadilla de Abona (Tenerife), al final de nuestra guerra, y que es autor de un trabajo en el que se ocupa de las aguas canarias (18), donde sostiene la tesis de *la comunidad social*, basada en el artículo 401 del Código civil, que fue acogida por la Ley de 1956.

En la Comisión de Códigos se debatió el tema con toda amplitud; y ante la importancia del caso, se pensó, en un primer momento, en un viaje de los dos ponentes a Canarias, para pulsar el estado de opinión y la realidad jurídica y social acerca del reconocimiento solicitado; después, se habló —a mí personalmente, al menos— de la conveniencia de incorporar a las tareas de la Comisión a algún jurista canario, que les aclarara cuantas dudas o cuestiones fueran surgiendo al compás del estudio que se realizaba (19); y, por fin, se propuso por la ponencia —y así se acordó— la redacción y envío a Canarias de un cuestionario, para que a través de él informaran cuantas personas físicas o jurídicas resultaren afectadas por el proyecto, y, muy en especial, las Heredades o Comunidades interesadas directamente, y poder así “recabar datos de realidad fehaciente sobre los cuales operar con base más segura”.

La anunciada consulta a Canarias se produjo en marzo de 1955. El ministro de Justicia remitió al presidente de la Audiencia Territorial de Las Palmas el cuestionario, expresándole la conveniencia de que, a través de dicha presidencia y de los jueces de Primera Instancia e Instrucción de las diversas islas, se circulase el mismo a los Heredamientos de aguas existentes; y que “igualmente convendría conocer el pa-

(18) SANTIAGO PELAYO HORE, “La indivisión perpetua en el Código civil”, *Revista de Derecho Privado*, 1942, pp. 458 y siguientes.

(19) Así se hizo, posteriormente, con el proyecto de compilación del Derecho civil de Cataluña, al nombrar para la ponencia al decano del Colegio de Abogados de Barcelona, designado expresamente por el ministro de Justicia.

recer sobre el particular (o sobre dichos extremos) de las autoridades y organismos profesionales de la región, a fin de recoger el mayor conjunto de datos, *reales y concretos*, para dar cima, con garantía de acierto, a la construcción jurídica que se pretende" (20). Me consta que la presidencia, además de a otros organismos, como los colegios de abogados de las dos provincias, se dirigió al Colegio Notarial de Las Palmas, para que la Junta de Gobierno de éste informara sobre los extremos que en el mismo se insertaban y expusiera cuantas razones y tesis creyese convenientes para el logro de la finalidad que se perseguía. El Colegio—del cual era por entonces decano el notario de Santa Cruz de Tenerife, don SANTIAGO PÉREZ IzQUIERDO, y el autor, secretario—emitió su informe en la ponencia, por mí suscrita, de 11 de abril de 1955, donde se refería exclusivamente a los heredamientos seculares. Algún informe, como el del Colegio de Abogados de Las Palmas, es hoy todavía fuente indispensable para el estudio del tema (21).

Así ultimó la Comisión su proyecto, que pasó de nuevo al Ministerio en la primavera de 1956. En la exposición de motivos del mismo se constata que "se han recogido antecedentes de subido valor que, aun no siendo completos, brindan material utilísimo para formar juicio acerca de la existencia y funcionamiento de esas entidades" (22).

En efecto, el *santo temor* al fisco, principalmente, hizo que hubiera ausencias notadas al acudir a la contestación del cuestionario. Pero aun limitándonos a la isla de Tenerife, vimos contestaciones muy interesantes, como la de los Nacientes de Añavingo (Arafo), que aparecen en una escritura otorgada ante el escribano Antón Vallejo el 31 de julio de 1509 (23); el Heredamiento de aguas de La Orotava, nacido en el reparto de 10 de febrero de 1501, correspondiente a los Nacientes de Aguamansa, llamado el Río de la Orotava, y que manifestó hallarse integrado con otras comunidades, constituyendo la agrupación deno-

(20) Puede verse el texto íntegro del *Cuestionario* en mi trabajo *Régimen jurídico...*, Apéndice, doc. núm. 9, pp. 149 y siguientes.

(21) Ver *Informe sobre las heredades o heredamientos de Aguas emitido en mayo de 1955 por el Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas* ("Revista del Foro Canario", núm. 12, año 1956, pp. 71 y sigs.). Fue redactado por la Comisión integrada por CARLOS RAMÍREZ SUÁREZ, MANUEL HERNÁNDEZ GONZÁLEZ y NICOLÁS DÍAZ-SAAVEDRA y NAVARRO.

Ver también "Revista del Foro Canario", núm. 15, año 1957, pp. 87-89, donde se reseña la intervención en Cortes de MATÍAS VEGA GUERRA y el homenaje que se le tributó en Las Palmas el 24 de enero de 1957 en la Real Sociedad Económica de Amigos del País, con intervenciones de su director, DIEGO CAMBRELENG MESA; del presidente de la Confederación de Heredades y de la Junta Permanente de las Heredades de Las Palmas, don MANUEL HERNÁNDEZ GUERRA; y don CARLOS RAMÍREZ SUÁREZ, diputado 1.º de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Las Palmas.

(22) Puede verse el texto del *Proyecto de la Comisión de Codificación*, en mi obra *Régimen jurídico...*, Apéndice, doc. núm. 10, pp. 153 y siguientes.

(23) ¡Con qué cariño adaptó don ANDRÉS DE OROZCO y BATISTA a las prescripciones de la entonces flamante Ley de 1956, los Estatutos por los que se venía rigiendo este antiguo heredamiento de Añavingo, en Arafo, lugar que habría de ser el de su sepultura!

minada “Federación de Regantes de Orotava” (FRO) (24); el Heredamiento de aguas de Icod, Icode o Benicodem, del que hay escrituras

Don ANDRÉS, que ya en 1926 sostuvo la tesis de la función social de la propiedad del agua en Canarias [*Los alumbramientos de aguas de Canarias. Apuntes para su estudio jurídico*. Santa Cruz de Tenerife, Imprenta de Alvarez, Plaza Patriotismo, 1, 1926], al criticar el abuso del propietario de un predio cuando se niega a permitir la investigación en él de aguas subterráneas, no ha sido un *socializante*—ni en ésta ni en ninguna otra clase de propiedad—, tal y como se le quiere presentar por cierta tendencia *progresiva* en materia de propiedad sobre el subsuelo [ALEJANDRO NIETO, *Aguas subterráneas...*, cit., pp. 85-86, nota 3.]; eso sí, calificándola de “magnífica lección de justicia y de dogmática”. Como casi todos los privatistas, parte de la propiedad del suelo y del subsuelo; y para aquellos casos, aboga por la expropiación forzosa, con la consiguiente indemnización, que él representa por el 5 por 100 de las aguas que se alumbren. ¡Lo que es exactamente lo contrario de lo que, con tenacidad, se nos quiere hacer ver!

(24) Ha estudiado exhaustivamente este importante heredamiento JOSÉ PERAZA DE AYALA Y RODRIGO-VALLABRIGA—mi maestro de “Historia del Derecho” en la Universidad de La Laguna, en el curso 1934-35—en dos trabajos, al menos: — *Las antiguas ordenanzas de la isla de Tenerife* (La Laguna, I. de E. C., 1935), pp. 42, 44 y 57.

— *El heredamiento de Aguas de Orotava*. Tercer curso de Derecho Administrativo especial de las islas Canarias. Santa Cruz de Tenerife, junio 1968. Conferencia pronunciada en el Salón de Actos del Cabildo Insular de Tenerife el miércoles 12 de junio (Reseña periodística).

Nótese cómo ante la pregunta de PÉREZ SERRANO, en el Cuestionario: “¿Está asociada la entidad con otras heredades? ¿En qué condiciones?”, el Heredamiento de la Orotava se declara integrado con otras Comunidades, formando la “Federación de Regantes de Orotava” (FRO). Un caso más a estudiar dentro de esa fenomenología, hoy en boga, de las agrupaciones de Comunidades de una misma cuenca o zona.

Pero que, también, fue propugnado en Canarias antes de ahora. No sólo está ese caso de *Federación de Heredades* que acabamos de citar, que tienen por fin la defensa del caudal de cada una de las heredades o comunidades agrupadas, sino también la sindicación de varias comunidades, propuesta por la Ponencia III del Consejo Económico Sindical de Santa Cruz de Tenerife, de marzo de 1962, que quiso configurarlas con carácter obligatorio, comprendiendo todas las que existan dentro de cada partido judicial, con el nombre de *Federación de Sindicatos* (Imprenta Sindical, 1962). La “Unión de heredades de aguas de Gran Canaria”, constituida, como dijimos, el 6 de agosto de 1952, al contestar al Cuestionario de Pérez Serrano, en este punto, expuso:

“...Otras son asociaciones yuxtapuestas de dos heredamientos, como lo es la de *Santa María y Los Parrales*. Las hay que estuvieron ligadas por la sucesión en el riego, como las procedentes de las *Madres del Agua y Rosadas* (Teror), que regaba por la mañana; *Valleseco*, que lo hacía por la tarde, y *Tenoya*, por la noche...”.

Algo ha dicho sobre ello RAFAEL MARÍN, *Consideraciones jurídicas sobre los fenómenos de absorción e interdependencia en las comunidades canarias de agua*. (Mismo curso citado, conferencia del jueves 20 de junio de 1968; reseña periodística.)

El caso más interesante de todos los que conocemos lo constituye la *Junta Permanente de Heredades de Las Palmas y Dragonal, Bucio y Briviesca*, que agrupa al Heredamiento de Vegueta o San José, la Heredad de Triana, el Heredamiento de la Fuente de los Morales o de Morales, el Heredamiento del Dragonal y Tamaraceite, la Heredad del Bucio y el Heredamiento de Briviesca, Brabiesca. Barbiesca o Bibiezca. En ella ostentan cada uno de esos hereda-

autorizadas en 1546 (25). Y en la isla de La Palma, las Haciendas de Argual y Tazacorte, que data de fines del siglo xv, situado en los términos municipales de El Paso, Los Llanos y Tazacorte, pues el segundo absorbió la antigua parroquia de Argual (26).

3. *El proyecto en las Cortes: la Ley de 27 de diciembre de 1956*

Por acuerdo del Consejo de ministros del 26 de julio de 1956, se remitió a las Cortes el proyecto de ley, que se publicó en el "Boletín Oficial" de las mismas el 2 de octubre siguiente.

Al mismo se presentó una sola enmienda, la de la Mancomunidad Provincial Interinsular de Santa Cruz de Tenerife, firmada por su presidente, don HELIODORO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, y fechada a 13 de octubre (27).

El dictamen fue leído en el Pleno de las Cortes Españolas el día 20 de diciembre siguiente, defendiéndolo don MATÍAS VEGA GUERRA, entonces presidente de la Mancomunidad Provincial Interinsular de Las Palmas y decano de su Colegio de Abogados, miembro que era de la Comisión de Justicia de las Cortes—él había sido el inspirador de la primera reunión habida en Las Palmas en 1945—. El dictamen se aprobó por unanimidad. Y en su defensa, resaltó MATÍAS VEGA que la enmienda de la Mancomunidad tinerfeña, en funciones de verdadera colaboración, había sido admitida en su totalidad, tanto por la ponencia como por la Comisión (28).

Por fin, el *Boletín Oficial del Estado* de 30 de diciembre de 1956, publica la Ley de la Jefatura del Estado de 27 del mismo mes y año

mientos la siguiente participación en los bienes comunales, que administra la Junta Permanente: Vegueta, 30 por 100; El Dragonal, 20 por 100; Fuente de Morales, 15 por 100; Triana, 15 por 100; Bucio, 12,80 por 100; Briviesca, 7,20 por 100. Estas heredades *integradas* adaptaron sus estatutos a la Ley de 1956. La ordenación escrita de las Ordenanzas por las que ha de regirse la *Junta Permanente* fueron protocolizadas ante el notario de Las Palmas de Gran Canaria don Manuel Ruifernández Rodríguez, por acta número 6.034, de 16 diciembre 1965.

(25) Conocido también por *Dula y Comunidad de Adulados*. Acordó adaptarse a la "funesta moda" de las Comunidades de regantes en 1882, pero le fueron devueltas sus Ordenanzas en 1884 por el Gobierno, "por tratarse de una entidad de derecho privado".

(26) Como tantos otros heredamientos, adoptó la vestidura de comunidad de regantes por acta autorizada por el notario de Los Llanos de Aridane don Melchor Torres, con fecha 27 de mayo de 1887. Pero últimamente se adaptó a la Ley de 1956.

A este heredamiento, y con motivo de la Ley de 1956, dedicó un sustancioso artículo mi amigo y compañero POMPEYO CREHUET [JULIÁ], notario entonces de Santa Cruz de La Palma, que tituló "Sugerencia y glosa a la Ley sobre Comunidades de Aguas de 27 de diciembre de 1956" (*Anuario de Derecho Civil*), tomo X, fasc. IV, 1957, pp. 1121-1170).

(27) La hemos publicado íntegra en nuestro *Régimen jurídico...*, Apéndice, documento n.º 11, p. 161.

(28) Puede verse la sesión de las Cortes de 20 de diciembre de 1956, en el *Boletín Oficial* de las mismas, correspondiente a dicho día, n.º 546.

sobre heredamientos de aguas del archipiélago canario. Así culminaban muchos años de labor, dentro y fuera de las islas.

Que dicha Ley era necesaria, imprescindible, se encargó de acreditarlo—si ya no lo estaba suficientemente—la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada precisamente *mientras* se estudiaba y discutía el proyecto de ley canario.

Fue la primera sentencia la de 9 de febrero de 1954, en un pleito entre la Heredad de Aguas de Arucas y Firgas, demandante, y el Ayuntamiento de Arucas, demandado, sobre suministro de agua por la Heredad—causahabiente del Heredamiento del Molino—para el abastecimiento de la ciudad de Arucas. En ella, y entre otras cosas, dijo:

“A pesar de que tal Heredamiento no tenga personalidad jurídica independiente de la de sus partícipes frente a terceros, no se puede poner en duda que constituye una comunidad de bienes...”

Y sobre todo, la sentencia de 31 de enero de 1959, que no da lugar al recurso de casación entablado contra la sentencia de la sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de 16 de julio de 1955, número 32. En dichas resoluciones se sienta la doctrina de que carecen de personalidad jurídica las Heredades de Aguas de Vegueta, Triana, Fuente de Morales, Dragonal, Bucio y Briviesca, y la entidad que las agrupa, llamada Junta Permanente de las Heredades de Las Palmas y Dragonal. El Supremo se basa ya en la Ley de 1956, como dato que le permite afirmar la carencia de personalidad, y en la conocida sentencia del propio alto Tribunal de 5 de julio de 1913, que negó personalidad jurídica al Heredamiento de San Bartolomé de Tirajana. En la Audiencia fue ponente don Pedro de Benito y Blasco; en el Supremo, don Pablo Murga y Castro.

Anotemos que la sentencia de 1913, que sirve de fundamento a la tesis del Supremo, fue básica en esta materia para Canarias. Negó la personalidad “por carecer de estatutos en legal forma que regulen su existencia”. Y, cosa notable—sobre la que luego volveremos—, la considera como “asociación de interés particular”.

* * *

Estudiemos seguidamente cuáles soluciones se ofrecían al legislador para elegir la fórmula donde se plasmara la personalidad jurídica, cuál era el estado de la cuestión en la doctrina que se había ocupado del particular.

Por supuesto, no nos exime de este estudio la afirmación del profesor NIETO GARCÍA (29) de que la naturaleza y régimen de los Heredamientos y Comunidades de Derecho privado “es increíblemente confuso tal como se desprende de los estudios que constituyen el tercer volumen de esta serie”.

(29) ALEJANDRO NIETO [GARCÍA], “Ideas para una reforma...”, en *Estudios...*, citados, pág. 249.

III. LA CUESTION DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LOS HEREDAMIENTOS Y COMUNIDADES DE AGUAS DE CANARIAS

1. Doctrina

Han sido diversas las explicaciones que se han dado a la naturaleza jurídica de las entidades de aguas de Canarias. Seguidamente iremos enumerándolas, siquiera sea sucintamente.

A) Tesis de la institución

En este grupo figuran autores como BENÍTEZ INGLOTT (30), que en un principio ya afirmó que “la Heredad no tiene más misión que la de conservar la cosa, cuya obligación no es divisible entre los herederos... Son un órgano, según la teoría magistralmente expuestas por Gierke... Se trata de una verdadera corporación...”. Posteriormente (31) insistió sobre esta teoría y puso de manifiesto cómo la Dirección General de lo Contencioso había recogido su argumentación fundamental en el dictamen de 12 de mayo de 1945. Por cierto, que este punto de vista fue recogido por la Dirección General de Obras Hidráulicas, que en su resolución de 5 de julio de 1945 afirma: “Las Heredades, consideradas como titulares de esas obligaciones indivisibles entre los herederos, son un órgano, según la teoría de Gierke, y constituyen una persona real colectiva, una corporación”.

DÍAZ-SAAVEDRA, en su interesante aportación sobre el tema (32), sostiene que la Heredad es “una institución encargada de mantener dividida en el tiempo una propiedad móvil, como el agua... No es una comunidad de bienes, ni es tampoco una sociedad...”. Y la compara con la “propiedad horizontal” (pp. 30, 31, 32, 35), a la que llama “división de la propiedad en el aire”.

DE LA NUEZ CABALLERO (33) califica, igualmente, a la Heredad de “órgano según la teoría de Gierke, que constituye una persona real colectiva, una corporación”. Si bien, añade: “El patrimonio pertenece en la forma germánica de bienes *in universum ius*”.

MAZORRA VÁZQUEZ (34) se adhiere a la opinión que considera a los Heredamientos como instituciones en el sentido que Hauriou

(30) LUIS BENÍTEZ INGLOTT, “Los Heredamientos de aguas”, conferencia pronunciada en *El Museo Canario*, de Las Palmas, en 1942, durante el Curso de Enseñanzas Canarias. Luego fue reproducida en el diario *La Provincia*, de la misma ciudad, 10 de junio de 1953 y sigs.

(31) LUIS BENÍTEZ INGLOTT, “Personalidad de los heredamientos de aguas”, *Revista del Foro Canario*, n.º 1, 1952, p. 21.

(32) NICOLÁS DÍAZ-SAAVEDRA Y NAVARRO, “La heredad de aguas de riego o régimen del inmueble móvil”, *Revista del Foro Canario*, núm. 11, septiembre-diciembre, 1955, p. 31. Este trabajo, como hemos dicho, se mantuvo durante bastantes años inédito y lo conocí en su texto mecanografiado.

(33) ANTONIO DE LA NUEZ CABALLERO, en diversas notas y artículos periódicos.

(34) JOSÉ JOAQUÍN MAZORRA VÁZQUEZ, “Heredades canarias de aguas”,

da este concepto, con el que coincide también Ruiz del Castillo. Sin embargo, luego se inclina por la tesis de la comunidad, que analizaremos seguidamente.

B) *Tesis de la comunidad*

Frente a la postura anteriormente reseñada, otro grupo de autores, entre los que veremos está alguno de los citados, sostienen que basta con acudir al vasto campo de las comunidades de bienes y derechos.

Una de las tesis más originales, a la que ya aludimos más atrás, es la de PELAYO HORE (35): "En el caso de las comunidades de aguas canarias se trata de verdaderas comunidades regidas por los preceptos del Código civil, de tipo romano o por cuotas, las que son negociables, pero caracterizadas por no existir la acción de la división, ya que recaen sobre cosa indivisible". A este tipo de comunidad debe aplicarse, en su sentir, el artículo 401 del Código civil, reservando el artículo 404 para las comunidades ordinarias. Esta comunidad, que él denomina *social*, equidistante de la comunidad típica y la sociedad civil, está caracterizada por los tres siguientes datos: 1. Origen contractual. 2. Fin colectivo. 3. Accesoriedad. Posteriormente, el propio PELAYO (36) reitera: "Hay que complementar la institución con la admisibilidad de las comunidades romanas sin acción de división... En todo caso, me gusta más mi vieja teoría de que hay comunidades y comunidades. Unas con acción de división y otras sin ella, pero todas encuadradas en el viejo molde de la comunidad por cuotas..."

VALLET (37) sostiene que las comunidades modernas, en su momento inicial o de constitución, guardan gran similitud con las sociedades. Esta sociedad concluye su objeto social una vez alumbrada el agua y repartida o adulada entre los interesados. Verificado este adulamiento, desaparece el carácter dinámico de las sociedades, dando paso al estatismo de las comunidades.

Por su parte, GONZÁLEZ DE ALEDO (38) al referirse a los Heredamientos afirma que "los bienes de éstos son propiedad colectiva,

Revista financiera del Banco de Vizcaya, año 1950, n.º 76, pp. 46 y sigs. Ver también su dictamen, inédito, de 22 mayo 1961, sobre *Los Heredamientos y Comunidades de Aguas de Canarias y el impuesto de derechos reales*.

(35) SANTIAGO PELAYO HORE, "La indivisión perpetua...", *Revista de Derecho Privado*, 1942, pp. 458 y sigs.

(36) SANTIAGO PELAYO HORE, notas inéditas sobre la comunidad hereditaria.

(37) JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, notas cambiadas sobre estos temas. VALLET, que fue notario de Arucas (Gran Canaria), hace más de veinte años, conoció perfectamente la realidad jurídica de los heredamientos y comunidades de aguas en Canarias y ha dedicado a sus supuestos algunas líneas en trabajos más generales.

(38) MANUEL GONZÁLEZ DE ALEDO Y RODRÍGUEZ DE LA SIERRA en su tesis doctoral "Las Comunidades de aguas en Canarias. Estudio sobre su naturaleza jurídica". Fue profesor mío de Derecho civil, en los años 1939/40, en la Universidad de La Laguna. Y recientemente tomó parte, muy destacada por cierto, en el seminario sobre derecho de subsuelo, en la cátedra de Derecho administrativo de La Laguna, sosteniendo en él tesis contraria a la ponencia

de la comunidad; que el agua pertenece en dominio a la comunidad, y niega que esta comunidad pueda ser romana". Y al hablar de las comunidades, donde desarrolla su tesis con amplitud de argumentos, sostiene, en síntesis: "Inicialmente, existe una comunidad sobre el subsuelo; alumbrada el agua, esa comunidad no se extingue, sino que le yuxtapone una organización; es una comunidad de división forzosa; es de tipo germánico o en mano común, que pertenece a los condóminos en conjunto, colectivamente; que participa de los caracteres de la romana o por cuotas, ya que la cuota surge exclusivamente con relación a terceros, sin ningún efecto, nunca, en la interna relación comunitaria; que la comunidad germánica se puede encajar en la propiedad horizontal con más perfección que la romana, y que es una comunidad de tipo asociativo, que pertenece al género de *las asociaciones no reconocidas*" (el subrayado es nuestro), de que hablan Ennecerus, Rubino y Barassi.

MAZORRA (39) reconoce que "es indudable que los Heredamientos no pueden confundirse con la copropiedad, pero tienen cierta semejanza con la llamaba comunidad germánica". Y al hablar de las comunidades, ya concreta: "He encontrado grandes semejanzas entre dichas comunidades y la comunidad de casas por pisos reglamentada por el artículo 396 de dicho Cuerpo legal (el Código civil)".

Para CREHUET (40) se trata de "comunidades de bienes por cuotas ideales, sometidas a los principios del Código civil y reguladas convencionalmente sobre patrimonios privados y separados que producen agua, y que distribuida ésta en función de aquellas cuotas..., etc., etc."

Por mi parte, he intentado la construcción de una tesis comunitaria, de analogía con la propiedad horizontal o de casas por pisos (41). Así, dije que en los Heredamientos y en las Comunidades modernas, con agua alumbrada y adulada, se está frente a un caso de "comunidad sobre la gruesa del caudal y sobre los elementos comunes de la explotación, y de propiedad separada sobre cada una de las porciones de agua que privativamente pertenecen a los herederos o partícipes. En la porción privativa no hay comunidad alguna, sino propiedad singular y exclusiva del heredero o comunero, un pleno y absoluto dominio sobre su porción de agua; pero sobre la gruesa en junto, y sobre los elementos comunes de la explotación (v. g., estanques, tuberías, acueductos, fincas, derechos de subsuelo, servidumbres

del señor NIETO GARCÍA, la que combatió con gran lujo de razones y fundamentos dialécticos y jurisprudenciales, que —a nuestro juicio— demostraron lo falso de la postura de la ponencia. Inexplicablemente, su colaboración y su tesis han sido totalmente silenciadas, al dar cuenta pública de los trabajos.

(39) MAZORRA VÁZQUEZ, loc. cit.

(40) CREHUET, *Sugercencia...*, cit., pp. 1127 y sigs.

(41) MARCOS GUIMERÁ PERAZA, "Algunos aspectos de los Heredamientos y Comunidades de aguas". *Revista del Foro Canario*, septiembre-diciembre 1952, núm. 2, Las Palmas de Gran Canaria, pp. 16 y sigs. Ver también mi primer trabajo, "Heredamientos y Comunidades de aguas en Canarias (Notas para un estudio de sus diversos problemas jurídico-prácticos)", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VII (Madrid, Reus, 1953), pp. 505 y 515.

de paso, etc.), sobre ellos sí que sigue existiendo una comunidad". Luego me planteaba el problema de cuál fuera esa clase de comunidad y partía de la base del derecho privado estricto, sin necesidad de acudir a soluciones de derecho público (como las de la institución, asociación o corporación). Y, francamente, me inclinaba por una comunidad romana sin acción de división, la cual reputaba viable en nuestro derecho, muy especialmente por los cauces o principios de la propiedad horizontal. Todo ello dentro de un mero criterio de analogía, que no debía entenderse como identidad absoluta. En efecto, añadía, la porción de agua —como el piso— puede ser objeto de venta, arrendamiento, hipoteca, y aun de segregaciones y agrupaciones en el Registro de la Propiedad. Ambos han ingresado en el tráfico jurídico con igual aptitud. Sin que hubiera temor por mi parte de que —entonces— pudiera aplicarse a las comunidades de aguas el tanteo y retracto de la propiedad horizontal, declarado por la sentencia de 6 de abril de 1946, porque no había comunidad ni sobre la porción de agua ni sobre los pisos. Al tiempo de que el carácter de indivisión forzosa también lo creía reconocido y resuelto por la sentencia de 9 de julio de 1951, alusiva a "algunas conducciones de agua, medianerías y aprovechamientos parecidos". Por último, su equiparación —anológica— con la propiedad horizontal, me permitía, ya entonces, sostener la posibilidad de conseguir el reconocimiento explícito del ordenamiento jurídico, de la personalidad jurídica de Heredamientos y Comunidades. El caso del teatro "La Fenice", de Venecia, citado y estudiado por Ferrara, me parecía de una diafanidad absoluta: *una comunidad a la que se atribuye por la ley personalidad jurídica independiente, de la de los comuneros*. Hasta la inscripción en el Registro de la Propiedad abonaba su semejanza con las normas de la propiedad horizontal. Precedente muy importante para ello lo constituía la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de marzo de 1922, fundamental durante muchos años para Canarias.

Pero, en fin, aquello era una mera opinión, todo lo discutible que se quiera, que hoy, vigente la Ley de 1956, ha encontrado en parte su confirmación; mientras que en otra, como la de la naturaleza jurídica de Heredamientos y Comunidades, fue por distintos derroteros. De más abolengo y no menos defendibles en la doctrina y en la jurisprudencia.

C) *Tesis de la asociación civil de interés particular*

Que sepamos, fue LÓPEZ DE HARO (42) el primero que defendió la tesis asociacional aplicada a las entidades canarias. Decía: "Esta

(42) CARLOS LÓPEZ DE HARO [Y MOYA], "Comunidades de regantes", separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Reus, 1912, p. 21. LÓPEZ DE HARO nació el 12 enero 1873 y murió en 1938. Fue Aspirante desde 1898 y Registrador al año siguiente. Publicista de nota, dedicó muchos trabajos a las aguas en Canarias, por lo que nuestra gratitud debe

[la comunidad] se ha convertido en administradora con facultades dominicales en cuanto al derecho de aprovechamiento particular, creándose un régimen especial que ni es el de las Asociaciones ni el de la Comunidad de bienes". Y años más adelante, habiendo profundizado en el estudio de las aguas de Canarias —fue registrador de la propiedad de Guía de Gran Canaria de 1908 a 1918—, LÓPEZ DE HARO sostuvo (43): "Son unas asociaciones civiles de interés particular, o mejor, unas asociaciones particulares de propietarios de aguas, que en el orden civil forman sociedad".

Habría de declarar esta doctrina asociativa la aludida importante sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1913, relativa al Heredamiento de San Bartolomé de Tirajana, en Gran Canaria, en tesis propugnada por LEOPOLDO MATOS (44) y siendo ponente don Julián González Tamayo. Lo considera como asociación de interés particular, que "si bien deben y pueden ser estimadas como personas jurídicas, ha de ser siempre con la condición de que la ley las otorgue y reconozca tal carácter, debiendo registrarse por sus estatutos especiales o reglas de constitución, a las cuales han de acomodar el ejercicio de los derechos civiles; de donde se deduce que, declarándose por el Tribunal *a quo* ... "que el llamado Heredamiento de San Bartolomé de Tirajana carece de estatutos en legal forma que regulen su existencia, no puede reconocérsele personalidad propia e independiente de la de los individuos o personas naturales que lo integran a fin de promover las acciones ejercitadas en este juicio", calificando la admisión de su personalidad como "una viciosa práctica contraria a los preceptos legales".

hacerse siempre presente. En 1919 publicó su *Tratado de legislación hipotecaria* (Madrid, Hijos de Reus, p. 953), donde elogió al extremo el españolismo de Canarias; él, hijo de Castilla.

(43) LÓPEZ DE HARO, "Heredamientos de aguas", *Revista de Derecho Privado*, 15 noviembre de 1922, pp. 321 y sigs., año X, núm. 110, escrito con motivo de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 marzo 1922.

(44) El pleito lo interpusieron don ANTONIO NAVARRO MACÍAS y otros, en nombre del Heredamiento de San Bartolomé de Tirajana, contra don ANTONIO YÁNEZ MELIÁN [Vid. CARLOS RAMÍREZ SUÁREZ, *Estudio histórico, legal y jurisprudencial de las aguas de regadío en Canarias (Problemas que se plantean y sus soluciones)*. Las Palmas de Gran Canaria, diciembre de 1962, p. 46]. En el Juzgado de primera instancia de Telde se absolvió de la demanda al señor Yáñez. La Sala revocó esa sentencia y él interpuso recurso de casación. La tesis contraria fue patrocinada por el también abogado y político don JUAN ALVARADO Y SAZ: Nació en Agüimes (Gran Canaria) en 1856 y murió en Madrid en 1935. Fue primero republicano posibilista, de Castelar, y luego del partido liberal demócrata, de García Prieto. Fue ministro de Marina —en 1906, con López Domínguez— y de Hacienda —en 1909, con Moret—. De Gracia y Justicia, en 1916, con Romanones, y en 1917 fue nombrado, aunque no juró, de Estado, con García Prieto. En 1922 presidió la Comisión parlamentaria encargada del expediente PICASSO, a raíz del desastre de Annual. Pueden verse las *Acotaciones de un oyente*, de WENCESLAO FERNÁNDEZ FLÓREZ (Madrid, Editorial Prensa Española, 1962, tomo I, 1916-1921), *Acotación XIV*, p. 87, y *Acotación XXXI*, p. 129.

El proyecto *canario* de 1952 ya hemos visto que las definía como “asociaciones civiles *sui generis*”, y reconoce su aproximación a la teoría de Gierke.

2. La Ley de 1956

Hecho este repaso de las distintas teorías que por los tiempos del proyecto de ley canario se barajaban por la doctrina y la jurisprudencia, veamos ahora qué fórmula eligió la Comisión de Códigos y se reflejó en la Ley de 1956.

Lo primero que destaca es que PÉREZ SERRANO y sus compañeros de trabajo no quisieron contraerse al reconocimiento de la personalidad jurídica que se solicitaba. La exposición de motivos de la ley ya afirma:

“No sería lícito limitarse simplemente a decir que las heredades gozan de personalidad jurídica, sino que parece necesario indicar en qué sector del amplio campo de la persona social deben quedar incluidas; porque nunca resultaría adecuado aumentar el número de las figuras jurídicas en este orden existentes, añadiendo sin fundamento bastantes, y como un tipo nuevo y menudo, el relativo a las entidades canarias de raíces remotas.”

Igualmente, que mostraron su respeto a la voluntad individual, en el caso de que se hubieran constituido dichas entidades adoptando otra forma específica, distinta de la que el legislador decidió elegir:

“Si no se han acogido a otro marco, como el de la Sociedad en lo privado, o el Sindicato en lo público...”

Es decir, preveían la posibilidad de constitución en forma de *sociedad*.—Yo no he conocido ninguna del tipo de sociedad civil; sólo conozco una, constituida en forma de sociedad anónima: la entidad “Explotaciones Hidráulicas en la Cumbre, S. A.”, mediante escritura otorgada ante el notario, que fue de Las Palmas, don Agustín Millares Cubas, el 14 de junio de 1920.—Y en el terreno del derecho público, el *sindicato*, que, como es sabido, tienen la consideración legal de corporaciones de derecho privado (Fuero del Trabajo, declaración XIII, punto 3, aprobado por Decreto de 9 de marzo de 1938, y Ley de la Organización Sindical de 6 diciembre 1940, artículo 9), y que gozan de personalidad jurídica tan pronto figuren aprobados sus estatutos por la Delegación Nacional de Sindicatos y aparezcan inscritos en el Registro que ella establezca (art. 5, pfo. 2.º, de la ley citada; ver también el Decreto de 17 julio 1943).

Una vez acotado así el campo, el legislador se decidió por la *asociación de interés particular*,

“cuyas posibilidades de normación autonómica brindan generoso cauce para recoger todas las peculiaridades típicas de cada entidad”, según reza la exposición de motivos.

La ponencia de la Comisión de Codificación había entendido, más ampliamente, que

“acaso era incluso propicia la ocasión para dar vida más rica a alguna figura jurídica abocetada en nuestro Código civil y cuyo desarrollo permitiría provechosas soluciones que viene reclamando la realidad nacional”.

La parte dispositiva de la ley, dijo (art. 2.º, pfo. 2.º):

“Las [agrupaciones] que ya vinieran establecidas y las que no adopten forma específica de organización se considerarán como asociaciones de interés particular, de las definidas en el artículo 35, número 2.º del Código civil.”

Se trata de las que algunos autores han calificado de “corporaciones de derecho privado”, que no son sociedades mercantiles ni siquiera civiles (de las del art. 1.665 y siguientes del Código civil), ya que existen asociaciones de interés particular que no se proponen obtener lucro, lo que para nuestras entidades canarias recuerda la repetida sentencia de 5 de julio de 1913. El Código civil (del año 1889), queriendo dar una norma que regulase la vida de esas asociaciones, no comprendidas ni en el Código de comercio (de 1885) ni en la Ley de Asociaciones (de 1887), remite a las normas dictadas por él mismo para las sociedades civiles (art. 36).

Sin embargo, y en confirmación de lo que llevamos dicho, acerca del criterio liberal con que PÉREZ SERRANO y sus compañeros de la Comisión de Códigos llevaron adelante la resolución del problema de la personalidad jurídica de las entidades canarias, previene el propio artículo 2.º, en su pfo. 1.º, para las agrupaciones por constituir o futuras:

“Las agrupaciones que desde ahora se constituyan y quieran gozar de personalidad jurídica se organizarán con arreglo a alguna de las figuras legales existentes en nuestro Derecho.”

Entendí desde un principio que, pese a tan buen deseo, todo conducía a la figura de *la asociación civil de interés particular*, como lo ordenado para las agrupaciones constituidas o ya existentes. No cabía ni la Comunidad de regantes *oficial* (por el carácter público de las aguas que son el objeto de ellas), ni la comunidad de bienes ordinaria del Código civil (por su carencia de personalidad jurídica),

ni la sociedad mercantil en cualquiera de sus formas (por la ausencia de espíritu de lucro en las entidades de aguas canarias), ni siquiera la sociedad civil, ya excluida anteriormente por la misma razón. Mas hice una salvedad expresa: la de que los particulares quisieran seguir constituyéndose —como hasta entonces— en forma de comunidad de aguas, de tipo ordinario. En cuyo supuesto carecerían de personalidad jurídica —como ya sucedía—. Y concluía —y me interesa mucho resaltarlo—:

“Quizá pueda encuadrarse esta figura en las llamadas *asociaciones no reconocidas o sin capacidad*” (subrayamos ahora).

“Las instituciones canarias son, en síntesis, una forma especial de propiedad privada de aguas” (45).

3. *Crítica*

¿Cabe que ahora, en 1968, con justicia, se diga que no se vieron los problemas pendientes, que se estuvo desafortunado en su solución, que no se eligió otra fórmula que al opinante de turno le parece mejor? Francamente, nos sorprende. No sólo por lo que tiene de injusto con el esfuerzo —y el acierto— de los que hace años trabajaron y resolvieron la cuestión, sino, sobre todo, porque se trata de una mera cuestión de gustos. En efecto, a los contraopinantes de hoy les gustan más las soluciones de derecho público, de intervención estatal, de fiscalización administrativa. Y hacen ver, como nuevas, fórmulas que ya fueron vistas y desechadas por los que tuvieron a su cargo aquella labor.

Decimos todo esto con letra impresa a la vista. Se han propuesto:

La comunidad de regantes, que cae por su base —tenemos que repetirlo una vez más— en cuanto el agua objeto común sea privada y no pública, como pasa en la inmensa mayoría de las comunidades de aguas canarias.

La asociación de hecho, que, como tal asociación no reconocida, fue estudiada por González de Aledo y por mí entonces, y declarada sólo aplicable precisamente al caso de que los interesados no quisieran constituirse en la forma prevista por la ley; pues se trata de una asociación sin capacidad y sin personalidad, que nada resolvería a las comunidades canarias y sí les dejarían en pie todos sus principales problemas.

(45) MARCOS GUIMERÁ PERAZA, “Heredamientos de aguas de Canarias. (Notas a la Ley de 27 de diciembre de 1956)”. *Anuario de Derecho civil*, tomo X, fasc. II, abril-junio, 1967, p. 486.

Allí remita a la obra fundamental de DOMENICO RUBINO, *Las Asociaciones no reconocidas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s. a. Traducción de Manuel Gitrama y González.

Los sindicatos agrícolas de la Ley de 1906, a los que cabe hacer la misma objeción que a las comunidades de regantes. Nosotros hemos visto en la práctica un sindicato agrícola, constituido a tenor de la Ley de 28 de enero de 1906 y Reglamento de 16 enero 1908, de agua pública, por tanto, aprobado por el Ministerio de Agricultura en 1935; pues bien, este sindicato, al disolverse en 1944, hubo de constituirse en comunidad de regantes para seguir subsistiendo, y, embarazado por la rígida adscripción del agua a la tierra, acabó por adaptarse a las normas privadas de la Ley de 1956. También es de citar el Sindicato Agrícola de Regantes de Gran Canaria, con sede en Guía y constituido el 24 agosto 1930.

Las cooperativas, fórmula existente en nuestra práctica —Cooperativa del Campo “Unión de Propietarios de Aguas” (U. P. A.), de La Victoria (Tenerife), constituida el 1.º diciembre 1957— y que, sin embargo, no ha tenido hasta ahora el ambiente favorable a su proliferación.

Los grupos sindicales de colonización, que existen en algunas islas del archipiélago, pero que son, también, de marcado carácter público y no gozan, al menos por ahora, de gran predicamento.

Las formas societarias, civiles y mercantiles, estudiadas y descartadas por el espíritu de lucro que las informa.

Las asociaciones, que son las que la Ley de 1956 recogió, pero diferenciándolas de las regidas entonces por la Ley de 1887 (46).

La comunidad de bienes, que era la fórmula en la que vivían las comunidades “modernas” en Canarias, y que, por definición, carecía de personalidad jurídica.

La comunidad germánica, patrocinada especialmente por GONZÁLEZ DE ALEDO en su tesis doctoral, ya citada...

Que la Ley de 1956 sea perfectible, eso no lo duda nadie, ni ahora ni al tiempo de su promulgación. Que puede y debe completarse con un reglamento que desarrolle los principios en ella esbozados y dé solución a otros problemas que con posterioridad a su fecha se han presentado o desarrollado en forma visible, eso lo pedimos todos. Pero no se diga, porque no se ajusta a la verdad histórica, que entonces, antes de 1956, se sostenía, por la mayoría y aun la unanimidad, que las entidades canarias no se podían encajar en alguna de las figuras jurídicas conocidas. Lo que se dijo entonces es que no gozaban, en todo caso y sin discusión o contradicción, de personalidad jurídica, indispensable para actuar en la vida pública. Y que a conseguir esa personalidad se debían encaminar todos los esfuerzos.

Muy al contrario de lo que parece querer decirse ahora, había opiniones para todos los gustos acerca de cuál fuera la verdadera naturaleza jurídica de esas entidades canarias; su muestrario he pro-

(46) Hoy es la Ley 191/1964, de 24 de diciembre (B. O. E. n.º 28, dic. 1964, p. 17334) y disposiciones complementarias; como el Decreto 1.440 del Ministerio de la Gobernación, de 20 mayo 65 (B. O. E. del 7 junio).

curado sintetizarlo y exponerlo páginas atrás, para refrescar la memoria de quienes parecen haberlo olvidado. Por tanto, ni *limbos jurídicos* ni *imposibilidad de encaje*. Opiniones, algunas muy meditadas, contra las cuales se pudo y se puede estar; pero que no son reflejo, en modo alguno, de cordedad de visión o de un afán de singularizarse.

El legislador, inserto en una de las corrientes —y, por cierto, de las de más solera en la materia—, quiso adscribirse a ella, a la de la asociación civil de interés particular, prevista en el Código civil. No podrá decirse que esto no es reconducir los heredamientos y comunidades canarios a una figura de carácter general admitida en el Derecho español. Se utilizaron, y bien a sabiendas, normas de derecho positivo español vigente, pero no se transformó nada. Eso se deja para la etapa, ahora resucitada, de conversión de comunidades canarias, de agua privada, en comunidades de regantes, de agua pública.

La naturaleza jurídica de las entidades canarias, su verdadero sustrato, no hay inconveniente en seguirlo discutiendo hoy, ni ello lo impide la Ley de 1956. Esta vino a recoger la aspiración de obtener personalidad jurídica y arbitró la fórmula que mejor le gustó. Otros podrán decir que les hubiera gustado diferente. Bueno... Pero ello no justifica las acusaciones que ahora se hacen a la repetida ley, como la que hemos transcrito al principio.

En fin, que los heredamientos y comunidades de aguas canarias son algo especial en el derecho español, fuera obcecación negarlo. Y lo especial ha requerido, de siempre, un tratamiento, un régimen, también especial. Lo sentimos por los partidarios del “café p’a tós”. Y las deficiencias, que se corrijan. No creo que se hayan secado las fuentes del legislar...

IV. EL AMBITO DE LA LEY DE 1956

A dos puntos quiero aludir en este aspecto de extensión de la ley *Pérez Serrano*, para concluir el estudio que me había propuesto al principio. Uno es el de su posible extensión a otras figuras jurídicas distintas de las comunidades de aguas. Otro, el de su extensión a figuras jurídicas similares, situadas fuera del archipiélago canario.

1. Su posible extensión a otras figuras

Me refiero, concretamente, a la propiedad horizontal o de casas por pisos. La ponencia de la Comisión de Codificación parecía pensar en ello cuando, excusando una mayor extensión, dijo haber

“temido incurrir en viciosa extralimitación si desarrollaba esa materia, por lo que se ha limitado a insinuar la posibilidad de ampliar la aplicación de la Ley a esos interesantes supuestos”.

Al cotejar su texto articulado con el de la ley se observa que el de la Comisión de Codificación era bastante más amplio, ya que, además de las instituciones *acuáticas*, comprendía

“otras formas de propiedad sobre cosa común, en que no proceda mantener los principios de unanimidad, acción divisoria y retracto”.

En la propiedad horizontal o de casas por pisos se dan análogos supuestos de hecho que en las comunidades de aguas canarias: propiedad común sobre diferentes elementos y privativa sobre cada piso. En ella habría de exigirse el principio de unanimidad para realizar actos de disposición sobre los elementos comunes en su totalidad. La acción divisoria sería la desaparición de la comunidad, que tiene que subsistir. Y el derecho de retracto, en caso de enajenación del piso —que en un tiempo fue reconocido, por sentencia de 6 de abril de 1946— no es de esencia a la institución, ya que sobre el piso —como sobre el agua privativa— no hay comunidad ninguna. El propio Supremo se encargó de rectificar este criterio equivocado, en sus sentencias de 7 julio 1955, 23 abril 1956 y 12 y 14 de marzo de 1956.

Evidentemente, a la propiedad horizontal le hubiera convenido extremadamente la concesión o reconocimiento de su personalidad jurídica. Ya vimos antes que así ocurre con el teatro “La Fenice”, de Venecia, en supuesto estudiado por el maestro FERRARA, quien, como otros ilustres autores, había reclamado para ella hace tiempo la concesión de personalidad jurídica. Que este parece fue el pensamiento de la Comisión de Códigos lo confirmó más tarde XAVIER ROCHA (47), aunque él estima que “realmente no era preciso en nuestro sistema”.

La ley 49, de 21 de julio de 1960, de propiedad horizontal, no quiso llegar al reconocimiento de la personalidad jurídica de esa clase de dominio. Se limitó a resolver el problema de la representación de la comunidad con la figura del presidente (art. 12) (47 bis).

Quede aquí constancia pública del intento de PÉREZ SERRANO, aprovechando el tener que regular las instituciones canarias de agua, para resolver este importante problema de la propiedad horizontal.

2. *Extensión a figuras jurídicas similares*

El artículo 1.º de la Ley de 1956 contrae sus efectos a las agrupaciones de aguas constituidas o que se constituyan en el archipiélago canario. Pero, dando muestras una vez más de un criterio generoso e integral, de orden nacional, atento a las realidades patrias allí donde

(47) XAVIER ROCHA, “Problemas jurídicos de la propiedad horizontal”, *Revista de Derecho Español y Americano*, julio-agosto-septiembre 1959, año IV, n.º 19, p. 963.

(47 bis) Ver, sin embargo, la sentencia de 19 junio 1965 —ponente Beltrán de Heredia—, que considera al Presidente no como un representante, sino como un *órgano* de la Comunidad, a través del cual actúa ésta.

se presenten, previó la extensión de la ley a otros puntos del país. La exposición de motivos dice:

“Finalmente, parece aconsejable la posibilidad de utilizar el cuadro establecido en la ley para dar entrada a situaciones similares y no infrecuentes en nuestra realidad jurídica y social, porque también en otros lugares de España puede haber agrupaciones de propietarios de aguas que carecen de agilidad *ad intra* por la necesidad de respetar el principio de unanimidad la acción divisoria o el retracto de comuneros, y a aquéllas cabría ampliar la normación ahora establecida una vez contrastada con la realidad”.

Y ordena su disposición adicional primera:

“Queda autorizado el Gobierno para extender la aplicación de la presente ley a figuras jurídicas de tipo similar que hayan de desenvolver su actividad en cualquier otra parte del territorio nacional, siempre que se trate de agrupaciones en materia de aguas.”

“Para ello se requerirá petición de parte interesada y decreto ministerial que fije las condiciones concretas de aplicación.”

En efecto, preséntanse peculiaridades en el dominio y aprovechamiento de las aguas en ciertas regiones de la Península, procedentes de dominación árabe, donde fueron concedidas, por los reyes, aguas de riego, como una de las llamadas regalías menores (48). Así, en Alicante, donde hay aguas de libre disposición, privada, y agua adscrita inseparablemente a la tierra que riega, de carácter público. Proceden las primeras de repartos hechos por el luego rey Alfonso X el Sabio, a mediados del siglo XIII, y se la llama *agua vieja*; a la dula se la llama *martava*; y a las masas de aguas, que son dos, *hilas* o *dulas*. En Lorca (Murcia), donde hay *agua antigua*, que, separada de la tierra, constituye propiedad particular, en reparto hecho por Alfonso X, al incorporar el reino de Murcia a la Corona de Castilla (1266). A las zonas de riego se las llama *heredamientos*, y a la unidad de venta, *hila*. Y, sobre todo, en Moratalla (Murcia) existen aún hoy dos auténticos heredamientos, que allí se llaman *riegos* o *rios*, denominados *Alarabe*, *Alharave* o *Alarave*, el uno, y *Benamor*, el otro; los que, pese a sus dilatados esfuerzos, aún no han conseguido se les extienda la ley canaria, concediéndoles el reconocimiento de su personalidad jurídica. Tuvieron su origen en la distribución hecha

(48) Puede verse nuestro trabajo “Particularidades del agua en regiones de la Península”. *Revista General de Derecho*, diciembre 1961, Valencia, pp. 1039 y sigs.

también por don Alfonso; es agua privada, independiente de la tierra y se halla inscrita en el Registro de la Propiedad (49).

También aludió a esta posibilidad de extensión el preámbulo del Decreto de 17 de marzo de 1959, por el que se reforma el Reglamento hipotecario.

Pero de esta verdadera "comunidad de regiones", como nos hemos permitido calificarla, sólo se ha beneficiado hasta la fecha, que sepamos, un solo heredamiento: el *Heredamiento de Aguas de Bogarra*, existente en la villa de Caudete, provincia de Albacete, al que le fue concedida la personalidad por Decreto 3.177/1963, de 28 de noviembre (B. O. de 30 de noviembre 1963, n.º 287) (50). Y, por cierto, con unas limitaciones y condicionamientos que bueno sería estudiar por lo extenso algún día.

(49) Ver JOSÉ LUIS PASCUAL ESTEBAN, "Heredamientos de aguas del archipiélago canario y aplicación de su Ley a otras regiones españolas". *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núms. 412/413, septiembre-octubre, año 1962, p. 629 y separata. En su pág. 35, nota 69, pone de relieve el dictamen favorable de la Comisión de Códigos y el contrario del Ministerio de Obras Públicas.

(50) Ya había aludido al Heredamiento de Bogarra PASCUAL ESTEBAN en su citado trabajo, p. 28 de la separata, nota 59.

El ejercicio de acciones por las compañías aseguradoras de accidentes de trabajo

ANTONIO CANO MATA
Juez de Primera Instancia e Instrucción
Doctor en Derecho

I) INTRODUCCIÓN

Las lesiones o muerte de una persona que se producen con ocasión de su trabajo, y cuyo hecho obliga a su compañía aseguradora al inmediato desembolso de determinadas sumas de dinero dan origen a la incoación por los Juzgados de Instrucción y —en su caso— Municipales o Comarcales, del oportuno Sumario, Diligencias Previas o Juicio de Faltas, para depurar posibles responsabilidades de terceras personas causantes del accidente (1).

Con frecuencia estas diligencias judiciales concluyen por sentencia penal condenatoria para el autor o autores del hecho perseguido, sentencia en la que, a más de imponer una pena al reo, se le condena al pago de indemnizaciones en concepto de daños y perjuicios, que —en caso de insolvencia— serán hechas efectivas por el responsable civil subsidiario.

Si las actuaciones criminales concluyen en archivo, sobreseimiento o absolución, los presuntos perjudicados tienen abierta la vía civil, en la que ejercitarán su acción fundada en la culpa Extracontractual o Aquiliana recogida en los artículos 1.902 y siguientes de nuestro Código civil.

La existencia de estos procedimientos criminales o civiles originan un enorme interés por parte del asegurador de la víctima, que desea participar activamente en los mismos con el fin de reintegrarse de los daños y perjuicios que el hecho les ha producido en su esfera patrimonial.

(1) Para el tipo de procedimiento criminal a aplicar en cada caso, véanse las claves de J. TOMÉ PAULE, *Sinopsis práctica de los procedimientos aplicables a los delitos comunes del Código penal español* (Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1968).

II) INTERVENCIÓN DEL ASEGURADOR DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

Las normas contenidas en la Ley de Accidentes de Trabajo, Reglamento para su aplicación y Textos Articulados de la Ley de Bases de la Seguridad Social (2), han producido abundante literatura jurídica, tanto doctrinal como jurisprudencial, en orden a la posible intervención de la compañía aseguradora del trabajador en las actuaciones penales (3).

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, o mejor dogmático, la solución es clara; pues si bien es indudable que el asegurador puede ejercitar la acción popular que recoge el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siempre que lo haga en la forma establecida por el artículo 270 de la misma Ley y cumplidos los demás requisitos exigidos por el legislador, no lo es menos que técnicamente no pueden ser consideradas estas entidades como perjudicadas, puesto que *sus desembolsos no derivan directamente del delito, sino del contrato*, y por tanto, para poder hablar de un perjuicio efectivo tendría el asegurador de la víctima que empezar demostrando que el cálculo de las primas se ha hecho sobre la base de la atribución misma de la acción, prueba absurda en un proceso penal y que además es irrealizable (4).

Tras muchas vacilaciones, este criterio es mantenido por la moderna jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo al declarar reiteradamente que el asegurador de accidentes de trabajo viene obligado a la indemnización, no en razón directa del delito, sino del contrato, sin que se oponga a esta afirmación lo dispuesto en los artículos 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo y 189 del Reglamento, puesto que estos textos legales no pueden obligar a los Tribunales de lo penal a realizar en sus fallos operaciones de abono o subrogación impropias y ajenas a su específico contenido (5).

La consecuencia de la anterior tesis es clara: las sentencias penales no fijarán ninguna indemnización a favor de la entidad aseguradora de la víctima, sino que lo harán en pro del trabajador perjudicado o sus herederos, limitándose a reservar al asegurador —caso de que haya ejercitado la acción civil en el proceso— las acciones que le correspondan, para su ejercicio ante la jurisdicción competente.

(2) Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación de accidentes del trabajo y reglamento para su aplicación. Texto articulado I de la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963 (Ley 193).

(3) J. TOMÉ PAULÉ: *La intervención del asegurador en el proceso penal* (Revista de Derecho Procesal, 1.ª época, continuación, IV, octubre-diciembre 1964; págs. 79 a 110).

(4) Emilio GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (tomo II, volumen I, pág. 398; Editorial Boch, 1951).

(5) Sentencias de 30 enero, 2 y 10 marzo y 16 diciembre 1961; 23 septiembre 1963, 24 enero y 11 marzo 1964, etc.

Sin embargo, esta posición, que, volvemos a reiterar, es desde un punto de vista técnico-jurídico perfecta, nos parece hoy insostenible, y tiene que ser sujeta a revisión por obra y gracia de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 97 del Texto articulado I de la Ley de Bases de la Seguridad Social, que, continuando con ese criterio, tan pintoresco como absurdo, de otros textos laborales, inserta en sus normas principios extraños a su propio ordenamiento jurídico, como es, en el caso que nos ocupa, considerar como terceros perjudicados a los efectos del artículo 104 del Código penal al Instituto Nacional de Previsión, Mutualidades Laborales, Mutuas Patronales y empresarios (6).

Este precepto legal, a más de exigir a los Tribunales encargados de la justicia penal que reconozcan el carácter de tercero a la entidad aseguradora del obrero perjudicado por un presunto delito o falta (7), da entrada en nuestro ordenamiento jurídico a que el tercero responsable esté sujeto a una doble acción y a una doble indemnización: acción del asegurado por su daño personal con su correlativa indemnización y acción del asegurador para resarcirse de los perjuicios causados por ese tercero, presunto responsable criminal.

III) CONCLUSIONES DE LAS ACTUACIONES CRIMINALES

Las diligencias penales tramitadas pueden dar, como resultado, alguno de los supuestos siguientes:

A) Sentencia penal condenatoria para el tercero responsable del delito o falta, en la que se fije, además de la indemnización a pagar al perjudicado o sus herederos, la que debe ser abonada a la entidad aseguradora del trabajador.

B) Sentencia penal condenatoria para el responsable del delito o falta y fijación de indemnización a favor del lesionado o sus herederos, con reserva al asegurador de las acciones que le correspondan, para su ejercicio ante la jurisdicción competente.

C) Sentencia penal condenatoria para el responsable de la infracción penal y fijación de indemnización a favor del perjudicado o herederos y sin contener pronunciamiento alguno respecto a posibles indemnizaciones a favor de la sociedad aseguradora del obrero.

D) Sentencia absolutoria para el presunto responsable criminal, sobreseimiento de las diligencias sumariales o archivo de las mismas,

(6) El último párrafo del n.º 3, artículo 97 del Texto articulado I de la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963, dice textualmente así: "Para ejercitar el derecho de resarcimiento a que se refiere el párrafo anterior, el Instituto Nacional de Previsión, las Mutualidades Laborales y, en su caso, las Mutuas Patronales o empresarios tendrán plena facultad para personarse directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente; considerándose como terceros perjudicados, al efecto del artículo 104 del Código penal".

(7) Criterio mantenido entre otras Sentencias de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo en las de 28 de diciembre de 1952 y 26 de enero de 1960

por estimar que el hecho que motivó el accidente no es constitutivo de delito ni falta.

A estos supuestos podrían añadirse otros en los que, existiendo sentencia condenatoria, no se fije indemnización alguna en concepto de responsabilidad civil, ya por renuncia de los perjudicados, por reserva expresa de la acción para ejercitarla en el oportuno procedimiento civil, etc.; pero éstos, o bien no plantean problema alguno, o sus soluciones son análogas a las que estudiaremos en relación con los supuestos anteriores.

Pues bien, a partir de aquí, y con base en los casos expuestos en los apartados anteriores, vamos a estudiar los posibles caminos que puede seguir el asegurador para intentar reintegrarse de los perjuicios económicos que el accidente laboral del trabajador asegurado le produjo.

IV) SENTENCIA PENAL CONDENATORIA PARA EL TERCERO RESPONSABLE DEL DELITO O FALTA, EN LA QUE SE HA FIJADO LA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL PERJUDICADO O SUS HEREDEROS Y DE LA ENTIDAD ASEGURADORA DEL TRABAJADOR

Este supuesto que—volvemos a reiterar—*debe convertirse en regla de inexcusable cumplimiento para el juez penal*, dado el contexto del artículo 97 de la Ley Articulada I de Seguridad Social, da además solución a los problemas que, en caso contrario, se van a plantear, después, ante jurisdicciones distintas de la penal.

Una vez que la sentencia sea dictada el asegurador ya sabe el alcance de la indemnización concedida. Si no está de acuerdo con su fijación tiene abierta la segunda instancia, ya sea llamada apelación o casación, que en su momento decidirá de forma definitiva, confirmando o revocando la resolución dictada en primera instancia.

Esta acción civil reparatoria en favor de la compañía aseguradora, como las demás que resulten del hecho perseguido, se entablará conjuntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular (art. 108 L. E. Crim.); y en todo caso ejercitada sólo la acción penal se entenderá utilizada también la civil (art. 112 de la misma Ley), salvo los supuestos de renuncia a la reparación (causa de extinción) o cuando el dañado o perjudicado reservase la acción civil mediante su renuncia expresa, que no podrá ser ejercitada por la compañía titular del derecho mientras dure la Causa criminal (8).

Sobre el alcance de la indemnización que debe concederse al asegurador del accidentado, nos remitimos a las normas que daremos en el apartado siguiente.

(8) Emilio GÓMEZ ORBANEJA y Vicente HERCE QUEMADA: *Derecho Procesal Penal* (5.ª ed., pág. 95, Madrid, 1959).

V) SENTENCIA PENAL CONDENATORIA PARA EL RESPONSABLE DEL DELITO O FALTA Y FIJACIÓN DE INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL LESIONADO O SUS HEREDEROS, CON RESERVA AL ASEGURADOR DE LAS ACCIONES QUE LE CORRESPONDAN PARA SU EJERCICIO ANTE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE

Como esa jurisdicción competente ante la que se ha reservado al asegurador del perjudicado las acciones que le correspondan, no puede ser más que la civil, la entidad aseguradora puede—siempre en vía civil—seguir dos caminos:

A) *Dirigirse contra el perjudicado o sus herederos a quienes la sentencia penal concedió la indemnización.*

Lo hará ya acudiendo al juicio declarativo ordinario que corresponda según la cuantía, ya compareciendo en período de ejecución de la sentencia penal interponiendo tercería de mejor derecho sobre la parte—o totalidad—de la indemnización concedida, suficiente para cubrir todos los desembolsos que la entidad aseguradora ha realizado, con inclusión del capital depositado para pago de rentas (9), alegando su mejor derecho sobre el perjudicado o sus derechohabientes respecto a dichas sumas.

Que las tercerías son cuestiones incidentales dentro de un proceso de ejecución; que tienen que sustanciarse y decidirse con arreglo a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que por obra del principio de conexión—artículo 55 de dicha Ley—la competencia funcional para conocer de la demanda corresponde al juzgado que actúa en el proceso de ejecución donde aquélla se suscita, salvo que por el valor del objeto de la tercería dicho juzgado careciere de competencia objetiva; que la demanda deberá interponerse antes de realizarse el pago al perjudicado o sus herederos, y que deberá ir acompañada del título en que se funde..., etc., son una serie de requisitos procesales que, cumplidos por la entidad actora, hará que dicha demanda sea admitida a trámite, o en su día se dé como correctamente planteada (10).

Creemos, sin embargo, que caso de que el asegurador haya sido parte en la causa criminal, es más correcto que ejercite su acción en el procedimiento ordinario, que el acudir a una tercería de mejor derecho; pues al haber sido parte la entidad aseguradora—en calidad de actor civil—en el proceso penal donde se concedió la indemnización, este asegurador no es extraño ni tercero, al no haber estado fuera del proceso penal. Siendo esencia de la tercería—según dis-

(9) El Convenio Internacional de Trabajo de 1925 transformó la indemnización en metálico al trabajador en concesión de una renta periódica en función del salario. España inició este cambio, que ha continuado hasta hoy, en el apartado c) del artículo 41 de Decreto de 8 de octubre de 1932.

(10) Vicente HERCE QUEMADA: *Las demandas de tercería: competencia, procedimiento a seguir y recurso procedente contra la sentencia recaída en el correspondiente juicio* (Revista de Derecho Procesal, 1.ª época, continuación, IV, octubre-diciembre 1964; págs. 113 a 117).

pone el artículo 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—el enfrentamiento de un tercero, que por ser tercero no ha sido parte en el proceso de donde dimana la ejecución, podría ser perfectamente aceptada la tesis de que el procedimiento de tercería es inadmisibile entre dos personas que han sido parte en la causa criminal, en cuya ejecución de sentencia se plantea el procedimiento.

Ahora bien, salvando este problema de planteamiento, e independientemente de que el asegurador plantee su demanda en uno u otro proceso... ¿Serán estimados los pedimentos de la demanda?

El actor-asegurador basa sus pretensiones en una serie de razones jurídicas diversas, que pueden concretarse en las siguientes:

1.º) Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 104 del Código Penal, según el cual "La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también los que se hubiesen irrogado, por razón del delito, a sus familiares o un tercero".

Es indudable—afirma el demandante—que desde el momento en que existe una sentencia penal condenatoria para terceras personas causantes del accidente de trabajo, y puesto que la entidad actora ha satisfecho como asegurador de la víctima diversas cantidades en concepto de asistencia médica, gastos de sepelio, capitales costes de renta..., etc., nadie puede negar a ésta su carácter de terceros perjudicados del artículo 104 del Código Penal; puesto que la sentencia condenatoria confirma que un tercero—responsable penal—causó el perjuicio de referencia, que de otra forma no se hubiese producido; e indemnizada que ha sido la víctima por el cumplimiento de las disposiciones laborales, la entidad tiene mejor derecho que el perjudicado o sus herederos sobre la indemnización penal concedida, hasta el límite de todos los desembolsos de la sociedad aseguradora.

Y es el carácter de tercero perjudicado de nuestra entidad—siguen diciendo los actores—tan claro, que sería innecesaria que tal cualidad, con su subsiguiente y preferente derecho, nos venga dada además por el artículo 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo, 189 del Reglamento y 97 de la Ley de Bases Articulada I de Seguridad Social.

2.º) Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 del texto refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, que taxativamente dice: "La calificación de accidente de trabajo de un hecho no obsta para que puedan ejercitarse por el perjudicado las oportunas acciones civiles o criminales por negligencia o dolo. El asegurador tendrá derecho preferente a recuperar del responsable civil por pleito o causa criminal el importe de las prestaciones satisfechas".

La anterior disposición se encuentra ratificada y perfilada por el artículo 189 del Reglamento, al decir: "Cuando con ocasión o por consecuencia del trabajo se produzca un accidente por culpa o negligencia exigibles civilmente, o constitutiva del delito o falta, la entidad

aseguradora o el patrono, en su caso, cumplirán sin demora las obligaciones relativas a la asistencia médico-farmacéutica y al abono de las indemnizaciones procedentes, que serán exigibles inmediatamente por el trabajador o sus derechohabientes, sin perjuicio de las acciones simultáneas que procedan contra los responsables civil o criminalmente. Si éstos fuesen condenados, la indemnización se aplicará, en primer término, a reintegrar a la entidad aseguradora o al patrono del coste de la asistencia o indemnizaciones que hubiere satisfecho, entregando el exceso, si lo hubiere, a la víctima del accidente o sus derechohabientes. Para ejercitar este derecho preferente a la recuperación por parte de las entidades aseguradoras se reconoce a éstas la plena facultad para que puedan personarse directamente en los procedimientos con todos los derechos que las Leyes de Enjuiciamiento vigentes conceden a los perjudicados”.

El sentido y alcance de estos preceptos, que—siempre según los demandantes—vienen a sentar de forma clara el principio de la única percepción por el trabajador o sus herederos, es claro y terminante.

No obstante esta claridad—continúan arguyendo—, algunas resoluciones jurisprudenciales iniciaron erróneas interpretaciones de los preceptos citados, declarando que las cantidades depositadas en la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo del Instituto Nacional de Previsión, necesarias para capitalizar la renta que corresponde a los beneficiarios del seguro, no podían ser reclamadas al perjudicado o sus herederos, ni consecuentemente descontadas de la indemnización que penalmente se les había concedido; interpretación ésta tan contraria a la letra y espíritu de los preceptos citados, que obligó al Ministerio de Trabajo a dictar la Orden Ministerial de 7 de agosto de 1961, donde se fijaba el concepto de indemnizaciones sobre cuyo reintegro tenía preferencia el asegurador sobre la víctima, y que se extiende a los siguientes conceptos que taxativamente sienta dicha Orden:

Al coste de la asistencia médico-farmacéutica.

A las entregas de capitales señalados en los baremos para indemnizar las lesiones, mutilaciones o deformidades definitivas que no constituyan deformidad permanente.

A las cantidades que se satisfagan en caso de incapacidad temporal.

A los capitales coste de rentas.

3.º) Porque si se indemnizase al perjudicado o sus herederos en virtud de disposiciones laborales con el pago de una renta periódica, y además recibiese toda la indemnización que fija la sentencia, equivaldría a satisfacer una doble indemnización, por un mismo hecho, en perjuicio de un tercero, lo que supondría un enriquecimiento injusto y sin causa del asegurado en perjuicio del asegurador, y demuestra que ambas indemnizaciones son incompatibles.

4.º) Porque el asegurador del accidente no tiene que asumir otro riesgo que el propio del trabajo normalmente realizado, saliendo

de su ámbito la acción ilícita civil o penal de un tercero, sin la cual el accidente no se hubiera producido.

En nuestra opinión estas acciones civiles entabladas por el asegurador contra su asegurado, con base en los argumentos que acabamos de exponer, dista mucho de ser convincente. Creemos que no debe prosperar por las siguientes razones, que expondremos correlativamente a las alegadas de contrario (11).

1.º) Aunque estimamos que constituye una incorrección jurídica dar a la entidad aseguradora del trabajador el concepto de tercero perjudicado a los efectos del artículo 104 del Código Penal (véase lo expuesto en el apartado II de nuestro trabajo); como los preceptos anteriormente citados de la Ley de Accidentes de Trabajo, Reglamento y Ley de Bases Articulada I de Seguridad Social le conceden este carácter, hemos de partir del principio de que la Compañía aseguradora del trabajador es legalmente tercera perjudicada, pero naturalmente con el sentido y alcance del citado artículo 104 del Código Penal.

Tanto si examinamos aisladamente el artículo 104 de nuestro primer texto penal, como si lo relacionamos —como debe hacerse— con otros preceptos del mismo cuerpo legal como los artículos 101 y 103, llegaremos a una conclusión: que tal disposición sienta un orden de prelación a efectos de resarcimiento por actos ilícitos penales, y este orden de prelación es: agraviado, familia y terceros.

Consecuentemente, si el asegurador dirige su acción contra el asegurado, a quien penalmente se le ha concedido la indemnización, fundado única y exclusivamente en el artículo 104 del Código Penal, las peticiones de la demanda serán rechazadas de plano, pues de no hacerlo así el juez civil violaría el ordenamiento criminal y convertiría la indemnización penal concedida al demandado en *indemnización a la compañía aseguradora a costa del demandado*.

En conclusión: la prelación del tantas veces repetido artículo 104 del Código Penal conducirá a la desestimación de la demanda, por ir dirigida contra una persona que penalmente tiene un derecho preferente al del asegurador sobre la indemnización concedida.

Tampoco serviría decir —en caso de fallecimiento del trabajador lesionado— que la compañía actora tiene un mejor derecho o derecho preferente sobre la herencia del difunto, puesto que —a más de la preferencia de la familia sobre los terceros— por aplicación de lo dispuesto en los artículos 657 y 661 del Código Civil, los herederos ocupan el lugar del causante, sucediéndole por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, salvo los de carácter personalísimo (12).

Por tanto, hasta aquí, el asegurador sólo ha demostrado que le-

(11) En contra de nuestra tesis, la sustentada —entre otras— por la Sala de lo Civil de la Excm. Audiencia Territorial de Zaragoza.

(12) Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1947 y 17 de abril de 1959.

galmente es tercero perjudicado, pero sin que este carácter le permita dirigirse contra su asegurador, o sus herederos, pues la preferencia de éstos sobre aquél es indudable, a la luz del mismo artículo 104 que el actor del procedimiento invoca.

2.º) Basada la demanda en las disposiciones de los artículos 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo, 189 del Reglamento y Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de agosto de 1961, es innegable que dichos artículos conceden a la entidad aseguradora ciertos derechos de recuperación:

El artículo 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo sienta un derecho preferente del asegurador —como tercero perjudicado— para recuperar del responsable civil, por pleito o causa criminal, el importe de las prestaciones satisfechas.

El artículo 189 del Reglamento perfila y desarrolla al precepto anteriormente citado de la Ley señalando que si los responsables civil y criminalmente de los hechos fuesen condenados, la indemnización se aplicará en primer término a reintegrar a la entidad aseguradora o al patrono el coste de asistencia e indemnizaciones que hubiese satisfecho, entregando el resto, si lo hubiere, a la víctima del accidente o sus derechohabientes.

Estos preceptos sientan, indudablemente, unos principios que los tribunales no podían desconocer:

a) Un derecho de preferencia del asegurador contra el responsable civil, en detrimento del perjudicado o sus herederos.

b) Una limitación de este derecho a los “costes de asistencia” e “indemnizaciones satisfechas”.

Como el término “costes de asistencia” no ofrecía problema alguno de fijación, todo se redujo a precisar qué debía entenderse por “indemnizaciones satisfechas, y los tribunales lo interpretaron en el sentido restrictivo que posteriormente señalaremos.

Contra esta doctrina restrictiva se alzó la Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de agosto de 1961, verdadero y triste anacronismo, que constituyó un borrón en la moderna legislación social española, defensora del trabajador por razones no éticas ni jurídicas, sino de simple justicia social. Dicha Orden pretendió extender el alcance de “indemnización satisfecha” a todo aquello que las compañías aseguradoras del trabajador pretendía, incluyendo hasta el depósito constituido por la entidad aseguradora para garantizar y capitalizar la pensión de los beneficios del Seguro de Accidentes de Trabajo.

Sin embargo, por aplicación de los principios de jerarquía de las normas fijados en el artículo 5 del Código Civil, tal Orden no fue aceptada, ni generalmente aplicada, pues los conceptos 2.º y 4.º de tal Orden se encontraban en oposición con el artículo 111 del Código Penal.

La oposición estriba en que el depósito constituido por la entidad actora no cumple la exigencia del artículo 111 del Código Penal, que exige la entrega al perjudicado, o sus herederos, del importe de la

indemnización, entrega que nada tiene que ver con la constitución de un depósito para pago de rentas constituido por exigencias del Derecho Laboral.

Por eso, tras afirmar la Sala Segunda del Tribunal Supremo que el resarcimiento de la entidad aseguradora no puede alcanzar al depósito constituido por ésta como capitalización de rentas, puesto que dicho depósito no se ha hecho para responder de las consecuencias civiles del hecho delictivo, sino por imperativo de las normas del Derecho del Trabajo, concluye sentando *que los artículos y disposiciones citadas han de interpretarse en el sentido de que, el reintegro sólo puede alcanzar a las prestaciones efectivamente satisfechas* (13).

No olvidemos, además, que la cantidad que el asegurador desembolsó no es para los familiares de la víctima, sino para la Caja Nacional de Accidentes de Trabajo, de cuya suma los beneficios no reciben más que una pequeña cantidad, pues sobre el capital o renta devengada, indefinidamente, ningún derecho tiene una viuda o unos hijos (ni mucho menos los herederos de unos y otros) que pierden su calidad de beneficiarios ya al contraer matrimonio, ya al ser mayores de dieciocho años de edad sin estar incapacitados para el trabajo.

Por tanto, y por imperativo legal de lo dispuesto en la Ley de Accidentes de Trabajo, Reglamento y Orden Ministerial citada—en cuanto sea aplicable—, la entidad aseguradora del trabajador, como tercero perjudicado, tiene acción civil contra la víctima del accidente o sus herederos para reintegrarse con cargo a la indemnización concedida por la Jurisdicción penal a estos últimos, única y exclusivamente de las cantidades que deriven de los siguientes conceptos:

De gastos de asistencia (médico, farmacia, sepelio..., etc.).

De indemnizaciones efectivamente satisfechas, con exclusión de las cantidades depositadas para capitalización de rentas o cualesquiera otras que no hayan sido *efectivamente satisfechas* (14).

Sin embargo, este sistema de detracciones parciales que—nos atrevemos a decir—ordenaban cumplir con repugnancia los tribunales penales y civiles, por constituir un triunfo del poderoso contra el débil (y a su costa), y del abuso contra la equidad, no rige ya en nuestro derecho vigente desde la entrada en vigor del Texto Articulado I de la Ley de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963 (15), que establece principios distintos a los de la Ley y Reglamento de Accidentes de Trabajo, al sentar en el apartado 3 de su artículo 97:

a) Que cuando una prestación haya tenido su origen en supuestos

(13) Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de enero 1960, 16 diciembre 1961, 5 noviembre y 28 diciembre 1962.

(14) Integrarán el concepto de indemnizaciones efectivamente satisfechas—como señala Tomé Paule en su trabajo citado en la nota 3—, ad exemplum, las mensualidades adelantadas al perjudicado o sus familiares.

(15) A efectos de Derecho transitorio, véase la Disposición transitoria primera.

de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil para terceras personas, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminales o civiles.

b) Que, con independencia de las acciones ejercitadas por el trabajador o sus causahabientes, el asegurador de aquel tendrá derecho a reclamar del tercero responsable, o subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiese satisfecho.

El cambio introducido por estas normas, derogatorias de la Ley y Reglamento de Accidentes de Trabajo—en cuanto que exista oposición entre ambas—, tanto por su carácter cronológicamente posterior, como por su mayor rango (artículo 5.º del Código Civil), es radical. De una parte, ya no existe en nuestro Derecho norma legal alguna que sienta el derecho preferente del asegurador de accidentes de trabajo contra las indemnizaciones concedidas a la víctima del hecho contra la que la entidad actora, en consecuencia, jamás dirigirá la acción, y si la dirigiera, sus peticiones serían radicalmente rechazadas en la sentencia, pues según sienta el citado artículo 97, las acciones que procedan se dirigirán contra quienes desde un principio debieron haberse dirigido: *los responsables civiles*; y responsables civiles lo son las personas que taxativamente señalan los artículos 19 al 22 del Código Penal, entre los cuales—¡por supuesto!— no figuran ni el agraviado ni sus herederos, cuyo carácter es el de perjudicados.

3.º) Tampoco sirve el impugnar la doble indemnización, laboral, penal o civil, por constituir una duplicidad en perjuicio de tercero con su derivado enriquecimiento injusto y sin causa del asegurado que demuestra la incompatibilidad de ambas indemnizaciones, porque:

a) Ambas indemnizaciones son compatibles, y esta compatibilidad dimana:

- Del propio ordenamiento laboral, que no sólo no restringió el ámbito de aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, sino que explícitamente reconoce su vigencia en los artículos 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo, 189 del Reglamento y 97 de la Ley de Seguridad Social, que admiten que pudiera derivarse del hecho calificado de accidente de trabajo otras acciones civiles o penales.
- Porque el fundamento de la responsabilidad laboral, actualmente vinculado a las teorías del riesgo profesional y seguridad social, derivadas del cumplimiento de los contratos de trabajo no guarda conexión alguna con la imputabilidad en que haya podido incurrir su agente productor, con la subsiguiente diferencia de “causa petendi”, en una y otra acción.
- Por las diferencias cuantitativas y cualitativas de una y otra indemnización (16).

(16) Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 noviembre 1960, 3 octubre 1961, 20 mayo 1966 y 24 noviembre 1967.

Sentada la compatibilidad de indemnizaciones, tampoco es exacto, necesariamente, hablar de una doble indemnización en favor de la misma persona, puesto que una cosa son los beneficiarios del accidente de trabajo, a los que las normas laborales protegen (viuda e hijos menores de dieciocho años o incapacitados para el trabajo), y otra los herederos del perjudicado a los que la sentencia indemniza, y que pueden ser —al menor en parte— personas distintas de los beneficiarios, según exista o no disposición testamentaria, haya o no descendientes, o estén los conyuges sujetos a derecho común o al foral de algunas regiones, como Aragón o Cataluña.

Por lo demás, aunque beneficiarios y herederos fueran una misma persona, jamás cabrá hablar de enriquecimiento injusto en favor de la víctima o sus herederos y beneficiarios, dada la diferencia cualitativa —y, por supuesto, cuantitativa— entre una indemnización laboral, productora de una pensión, y otra civil o penal que origina un capital; o, con otras palabras, entre una pensión laboral derivada de unas primas y un capital derivado de un hecho ilícito civil o penal.

Jamás se podría hablar, tampoco, de un enriquecimiento injusto a favor del trabajador. Por el contrario, sí que puede defenderse la existencia de un enriquecimiento injusto de contrario, es decir, a favor de la compañía de seguros, puesto que lo que pretende el asegurador es recuperar una indemnización, al propio tiempo que retiene unas primas pagadas por el asegurado. Esta última actuación sí que constituye enriquecimiento injusto o sin causa (artículos 1.274 y concordantes del Código Civil).

4.º) Finalmente, será igualmente infructuoso el que el asegurador del accidente alegue que no tiene que asumir otro riesgo que el propio del trabajo normalmente realizado, con exclusión de los que deriven de acción ilícita de terceras personas.

Contrariamente a esta alegación, y glosando al malogrado profesor Quintano Ripollés, podemos decir que la afirmación anterior carece de apoyo dogmático, incluso si se pretende apoyan en normas laborales, donde es doctrina que “es accidente de trabajo toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena”, sin que se excluyan jamás las concomitancias con actos delictivos extraños, expresamente comprendidos en la noción de accidente por la misma jurisprudencia laboral, reiteradísima en este punto, ya que lo que cuenta a efectos de calificación laboral del accidente es la ocasionalidad del trabajo y —eventualmente— la conducta propia, no las ajenas. No se nos alegue lo dispuesto en el artículo 1.791 del Código Civil, porque el delito culposo, y hasta el doloso no dejan por ello de constituir un “aleas” fortuito para la víctima (17).

(17) ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS: *Responsabilidades civiles ex delicto y ex lege* (Anuario de Derecho Civil, tomo XVI, fascículo III, julio-septiembre 1963; págs. 631 a 640).

B) *Dirigirse contra el tercero responsable del delito o falta, o contra el subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones.*

La segunda posibilidad que tiene el asegurador del perjudicado penalmente es ejercitar en el procedimiento ordinario declarativo que corresponda, según la cuantía, la acción recogida en los artículos 1.902 y concordantes del Código Civil en relación con el artículo 97 de la Ley de Bases Articuladas I de Seguridad Social y fundado en la reserva de acciones que a su favor ha hecho el tribunal penal. Naturalmente, el demandado de este procedimiento será única y exclusivamente el responsable del delito o falta o el subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones.

Para el éxito de esta acción fundada en la culpa extracontractual o Aquiliana, promulgada en el antiguo principio jurídico “alterum non laedere”, y recogida en los citados artículos 1.902 y siguientes de nuestro Código Civil, será necesario que concurran una serie de requisitos objetivos, subjetivos y causales. Objetivo, la existencia de una acción u omisión ilícita por parte de una persona, de la que derive un daño material o moral, siempre que sea real y demostrado. Subjetivo, la culpabilidad del agente, derivada —como señala el artículo 1.089 del Código Civil— de cualquier género de culpa o negligencia, apreciables por el órgano juzgador a la luz de las circunstancias del caso concreto. Finalmente, la relación de causalidad entre daño y falta y el planteamiento de la acción durante el plazo de un año, a contar desde el sobreseimiento de la causa, conforme preceptúa el número 2 del artículo 1.968 del precitado cuerpo legal.

La entidad aseguradora, como cualquier actor de este tipo de procedimiento, gozará de esa excelente y moderna jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en orden a la culpabilidad, ya exigiendo a la contraparte una exquisita prudencia en el ejercicio de acciones legítimas para evitar daños a terceros, ya estableciendo una presunción de culpa con la subsiguiente inversión de la carga de la prueba, ya sentando el principio de que cuando las garantías adoptadas para precaver y evitar un daño previsible y evitable no han ofrecido resultados positivos, esto revela la insuficiencia de las mismas, y por tanto la falta de “algo que prevenir”, sin lo cual la diligencia no se considera completa (18), ya incluso acercándose al principio de responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa (19).

En cuanto a la cuantía de la indemnización a reclamar por la entidad aseguradora a los terceros responsables de la infracción penal

(18) Esto supone una aplicación a la culpa extracontractual de las normas relativas a la culpa contractual previstas en el artículo 1.104 del Código civil, donde no se exige la simple diligencia, sino la que deriva de la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

(19) Sentencias de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo de 14 febrero 1944; 10 junio 1943, 23 diciembre 1952 y 24 marzo 1953; 25 marzo 1954, 30 junio 1959; 14 octubre 1961, y 9 abril 1963.

o civil, ésta se limitará o bien al coste de las prestaciones sanitarias que hubiese satisfecho el asegurador (párrafo segundo del número 3 del artículo 97 de la Ley de Bases Articulada I de Seguridad Social), o bien a esto y a las indemnizaciones “efectivamente satisfechas” (párrafo tercero del mismo número y artículo), concepto este segundo que es factible que no prospere en la sentencia que se dicte. Los capitales depositados para garantizar las pensiones de los beneficiarios no pueden ser reclamados por la entidad demandante, puesto que estos desembolsos son exigencias de la jurisdicción laboral que para nada entran en los campos penal o civil y simple consecuencia —como ya hemos expuesto más extensamente con anterioridad—, por tanto, del contrato que vinculaba a asegurador y asegurado. Bastante es ya que el tercero responsable esté sujeto pasivamente a una doble acción e indemnización, como para tener que pechar con nuevas cargas de las que ni técnica ni legalmente es responsable.

VI) SENTENCIA PENAL CONDENATORIA PARA EL RESPONSABLE DE LA INFRACCIÓN PENAL Y FIJACIÓN DE INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL PERJUDICADO O HEREDEROS SIN PRONUNCIAMIENTO ALGUNO EN CUANTO A INDEMNIZACIÓN EN FAVOR NI EN CONTRA DEL ASEGURADOR DEL OBRERO

Lo mismo que en el supuesto anterior, el asegurador, si pretende resarcirse de los presuntos perjuicios que el hecho le ha causado, puede seguir dos caminos:

A) *Dirigirse contra el perjudicado o los herederos de la víctima del delito o falta.*

Necesariamente fundará su demanda en los argumentos que hemos dado en el epígrafe anterior. Por las mismas razones allí estudiadas, si por aplicación de la disposición transitoria primera del Texto Articulado I de la Ley de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963, no es de aplicar esta Ley, el asegurador —con cargo a la indemnización concedida al perjudicado o herederos— será reintegrado de los gastos de asistencia e indemnizaciones “efectivamente satisfechas”, con exclusión de cualquiera otros conceptos. Si, por el contrario al caso debatido, es de aplicar el Texto Articulado ahora citado, la demanda será rechazada de plano.

B) *Dirigirse contra los terceros responsables del delito o falta o contra el subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones.*

En este caso volvemos a reiterar que si es de aplicación el tan citado Texto Articulado I de la Ley de Bases de Seguridad Social, la demanda prosperará y alcanzará a resarcirse con seguridad del coste de las prestaciones sanitarias, y a lo más de las “indemnizaciones efectivamente satisfechas”. Si no es de aplicación dicho texto legal, las peticiones de la demanda dirigida contra el tercero serán rechazadas por aplicación de los artículos 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo y 189 del Reglamento, ya estudiados con anterioridad.

Finalmente conviene señalar para el caso de que la entidad aseguradora se hubiera personado en el proceso penal, pese a lo cual la Sentencia condenatoria no contenga pronunciamiento alguno respecto a la misma, que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha estimado en algunas ocasiones que, habida cuenta esta personación de la entidad actora, es la jurisdicción penal la que debió acceder al reintegro que ahora civilmente se solicita, vistas las disposiciones laborales vigentes, sin que sea lícito a la jurisdicción civil suplir las supuestas deficiencias, ni rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a otra jurisdicción, con facultades que les son propias (20).

No obstante este criterio, estimamos que la dificultad de planteamiento de la demanda no es insuperable, sobre todo en los supuestos en que la compañía perjudicada no ha tenido intervención alguna en la causa.

VII) SENTENCIA ABSOLUTORIA PARA EL PROCESADO O PRESUNTO INCULPADO, SOBRESEIMIENTO DE DILIGENCIAS O ARCHIVO

En este último supuesto la compañía de seguros tiene abierta la vía civil, con el subsiguiente ejercicio de demanda con base en el artículo 1.902 del Código Civil, que recoge la culpa Extracontractual.

A) *Si dirige su acción contra el asegurado*, nos limitamos a repetir lo que ya hemos expuesto con anterioridad en nuestro trabajo, con un aditamento más: que es presupuesto indispensable que previamente el asegurado-perjudicado haya ejercitado contra el tercero responsable análoga acción y haya prosperado la demanda.

B) *Si la dirige contra el tercero responsable civil o el subrogado en sus obligaciones*, volvemos a reproducir las teorías de nuestro trabajo, con la única salvedad de que en los dos supuestos que comprende este apartado no hay peligro de que el tribunal civil eluda el problema que le plantea la demanda, alegando que no es de su incumbencia el suplir presuntas omisiones que la sentencia penal debió tener en cuenta, dada la absolución criminal del presunto culpable, que jamás impedirá el ejercicio civil de una acción fundada en la Culpa Aquiliana.

(20) Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1964 y 25 de marzo de 1967.

Algunas consideraciones sobre el protesto en relación con la ley de 22 de julio de 1967

FRANCISCO CASTRO LUCINI
Doctor en Derecho
Notario

El protesto de la letra de cambio.—Especial referencia a los protestos de letras avaladas, domiciliadas, intervenidas, perjudicadas y con cláusula «sin gastos».—La notificación del protesto.

SUMARIO.—EL PROTESTO DE LA LETRA DE CAMBIO.—I. *Consideraciones generales*.—1. Planteamiento del tema.—2. Concepto del protesto: A) Concepto unitario. B) Concepto dualista. a) Concepto estricto. a') Concepto estricto material. b') Concepto estricto formal. b) Concepto amplio.—3. Naturaleza jurídica del protesto: A) En el aspecto sustantivo. B) En el aspecto formal.—II. *Derecho positivo español*.—1. Fuentes legales.—2. Requisitos: A) Requisitos del protesto propiamente dicho: su estudio. B) Requisitos de la notificación: remisión a otro lugar. C) Constancia documental de la notificación: remisión.—3. Clases de protestos: A) Protesto necesario. B) Protesto voluntario: sus especies. C) Protestos total y parcial.—4. Efectos del protesto idóneo: A) En general. B) En especial.—5. Efectos del protesto inidóneo o extemporáneo.—6. Efectos de la falta de protesto.—PROTESTOS DE LETRAS AVALADAS.—PROTESTOS DE LETRAS DOMICILIADAS: A) Principio general. B) Reglas especiales. a) Domicilio único. b) Domicilio múltiple. a') Notificación del protesto por falta de aceptación. b') Notificación del protesto por otra causa. c) Inexistencia de persona hábil en los domicilios anteriores. d) Falta de constancia del domicilio o imposibilidad de hallar al librado.—PROTESTOS DE LETRAS INTERVENIDAS: A) Protesto de letras con indicaciones. a) Si los indicatarios residen en la misma plaza que el librado. b) Si los indicatarios residen en plazas diferentes. c) Si uno o varios residen en la misma plaza y otro u otros en plazas diferentes. B) Protesto de letras intervenidas. a) Intervención en la aceptación. b) Intervención en el pago. a') Si ha habido intervención en la aceptación. b') Si no ha habido intervención en la aceptación.—PROTESTOS DE LETRAS PERJUDICADAS.—PROTESTOS DE LETRAS CON CLÁUSULA "SIN GASTOS".—I. *Concepto*.—II. *Posibilidad*.—III. *Naturaleza jurídica*.—IV. *Personas que pueden consignarla*.—V. *Posiciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a su validez y eficacia*.—1. Tesis de la invalidez plena.—2. Tesis de la ineficacia total.—3. Tesis de la producción de determinados efectos.—LA NOTIFICACIÓN DEL PROTESTO.—I. *La notificación al librado*: A) Requisitos.—1. Por quién se hace: notificante.—2. A quién debe

hacerse: notificado.—3. Cuándo debe hacerse: plazo.—4. Dónde debe hacerse: lugar.—5. Medio y modo de hacerse: forma. B) Constancia de la notificación y su posible resultado en el acta de protesto. a) Constancia de la notificación. b) Constancia del posible resultado de la notificación. c) La cancelación del protesto. C) Devolución de la letra protestada. a) Devolución a petición del tenedor. b) Devolución sin previa petición del tenedor.—II. *La comunicación del protesto al librador*.—III. *La notificación del protesto al ejercitar la acción cambiaria*.—1. Notificante.—2. Notificados.—3. Objeto de la notificación.—4. Forma de realizar la notificación.—5. Plazo para practicarla.—6. Cómputo del plazo.—7. Sanción por su falta.—EPÍLOGO: PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN ACTUAL Y ANTERIOR.—BIBLIOGRAFÍA.

EL PROTESTO DE LA LETRA DE CAMBIO

I. Consideraciones generales

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—Dada la extensión del tema, nos limitamos fundamentalmente a exponer la nueva regulación en la materia conforme a la nueva redacción de los artículos 504 a 507 y 521 del Código de Comercio, la cual puede llevar consigo un cambio de interpretación en otros preceptos del Código.

2. CONCEPTO DEL PROTESTO.—A) *Concepto unitario*.—Los autores suelen dar un concepto unitario del protesto, que definen como “el acta notarial acreditativa de la falta de aceptación o pago de una cambial” (GUIMERÁ PERAZA) o como “un acto notarial que acredita frente a todos el exacto cumplimiento de la obligación de diligencia impuesta por la ley al tenedor de la letra” (GARRIGUES).

B) *Concepto dualista*.—A mi modo de ver, el concepto unitario es insatisfactorio, porque:

1) *Es demasiado lato*, ya que la falta de aceptación o pago de la letra puede acreditarse, además de por un acta especial y típica, por un acta notarial ordinaria dirigida a este fin; lo cual nos lleva a la segunda razón de la insuficiencia, consistente en que

2) *No destaca*, frente a la práctica de “protestar” toda clase de letras e incluso otros documentos de giro que no lo son, cualquiera que sea su estado (v. gr.: letras perjudicadas), *el típico efecto que es consustancias al verdadero y propio protesto*; esto es, la conservación de la acción cambiaria ejecutiva (frente a todos los obligados cambiarios) y ordinaria (frente a los obligados cambiarios en vía regresiva).

Por ello, creemos preferible puntualizar y distinguir:

a) *Concepto estricto de protesto* (“*protesto propio*”).—a) *Concepto material estricto*.—El protesto es el acto insustituible, salvo fuerza mayor, autorizado por Notario en tiempo hábil y conforme a los requisitos legales, en cuya virtud el tenedor de la letra conserva las acciones que de la misma se derivan contra los en ella obligados; esto es, la acción cambiaria ejecutiva contra el aceptante, y las acciones cambiarias (ejecutiva y ordinaria) contra los responsables en vía de regreso, mediante la constatación fehaciente de haberse practicado las diligen-

cias necesarias para la aceptación o el pago, sin conseguirlo, del librado y personas a él equiparadas.

b') *Concepto formal estricto*.—A este concepto material estricto corresponde otro desde el punto de vista formal, cuya diferencia con el primero es la misma que existe entre contenido y continente.

Desde el punto de vista formal estricto, el protesto es un acta notarial de presencia en que se recogen los hechos que la ley considera como presupuesto ineludible (especie de “*conditio iuris*”) para el ejercicio de las acciones cambiarias. Tal documento público notarial (o propiamente su copia) es uno de los elementos que, en unión de la cambial, integra el título ejecutivo.

En efecto, la *finalidad principal del protesto* es la de conservar el tenedor de la cambial las acciones cambiarias correspondientes, como puso de relieve la reciente discusión en las Cortes cuando el señor CAPETA AULET y otros procuradores abogaron por la fijación de plazos máximos para la devolución de los efectos protestados, a fin de evitar que las maniobras del librado de mala fe puedan hacer totalmente ineficaz la acción ejecutiva. Que esta finalidad se actúe o consiga mediante la constatación de la falta de aceptación o de pago, no quiere decir que el acreditar esta falta sea el fin del protesto, pues igualmente se acreditaría por escrito del librado reconocido judicialmente y, sin embargo, a nadie se le ha ocurrido que ello pueda sustituir al protesto.

En este sentido, no creo quepa la menor duda de que la constancia de la falta de aceptación o de pago de la letra no es, en sí misma, el fin del protesto, sino sólo un medio para que cuando esa constancia se ha hecho con todos los requisitos legales puedan ejercitarse las acciones cambiarias, especialmente la acción cambiaria ejecutiva. Esto es lo que verdaderamente interesa al tenedor de la cambial. Un protesto que no permita conservar “*ab initio*” la acción cambiaria ejecutiva no es, en realidad, tal protesto, pues implica una “*contradictio in terminis*”. De protesto sólo tiene el nombre, y mal puesto. Será sólo un acta notarial de presencia, esto es, nos encontraremos ante el concepto formal amplio al que no corresponde ningún concepto sustancial, lo que precisamente nos indica no ser protesto propio.

b) *Concepto amplio de protesto* (“*protesto impropio*”).—Este concepto amplio sólo existe, como mucho conceder, desde el punto de vista formal. La razón es que la ley sustantiva (Código de comercio) reserva el concepto de protesto para el acto que cumple todos los requisitos prevenidos en el mismo.

Ahora bien, desde el punto de vista formal podemos emplear el término *protesto* para referirnos a un acta de presencia especial o “*sui generis*”, la cual ya sabemos desde el principio que no producirá el efecto típico del protesto: la conservación de la acción cambiaria ejecutiva.

La diferencia con el concepto formal estricto se ve claramente, entre otros extremos, en el siguiente: mientras que el acta notarial de protesto se rige principalmente por el Código de comercio y sólo

complementaria y supletoriamente por el Reglamento Notarial, nada impide que éste se aplique en primer lugar cuando se trata de un acta que no sea de propio protesto.

Al objeto de nuestro estudio interesa el concepto estricto de protesto (material y formal), cuya naturaleza jurídica pasamos a estudiar.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROTESTO.—Deriva o guarda estrecha relación con los fines que cumple.

A) *En el aspecto sustantivo o desde el punto de vista material.*

1.º Es requisito legal (“conditio iuris”) para ejercitar la acción cambiaria ejecutiva, sea contra el aceptante, sea contra los obligados en vía de regreso (GARRIGUES). Viene a ser un presupuesto sustantivo y procesal, para el nacimiento y ejercicio de esa acción. (Cfr. artículos 509, 516, 521 C. de c.).

2.º Desde el punto de vista del tenedor de la letra, constituye una *carga* impuesta al mismo si quiere obtener la especial tutela que concede el ordenamiento jurídico. No hay precepto alguno que obligue al tenedor de la cambial a protestarla; pero el incumplimiento de la “carga” que el protesto representa para él determina que no pueda dirigir las acciones cambiarias contra los obligados en vía de regreso ni la acción cambiaria ejecutiva contra el aceptante.

La razón de imponer esta carga al tenedor de la letra puede consistir en la conveniencia de acreditar por un medio imparcial, objetivo y fehaciente el estado de la letra en ese momento, determinando, consiguientemente, las personas obligadas cambiariamente (Cfr.: 504, n.º 3.º C. de c.). evitando posibles maniobras dolosas del propio tenedor (v. gr.: impedir un aval cambiario posterior al vencimiento de la cambial dado como si fuera anterior).

3.º Desde un punto de vista más general, el protesto es un medio de conservación de los derechos subjetivos encuadrable en el grupo de las protestas y reservas; esto es, una manifestación de voluntad dirigida a conservar los derechos y prevenir el posible efecto desfavorable que para ellos pudieran tener ciertos hechos o situaciones. Viene a ser así una especie de los llamados por la doctrina alemana “actos reales”, mediante el cual se reproduce en forma fehaciente la invitación a aceptar o a pagar la cambial, al propio tiempo que se acredita (medio de prueba) la actitud del librado, aceptante u otros obligados cambiarios y puede servir de indicio para fijar su posible insolvencia. (Cfr.: arts. 481, párr. 2.º; 483 y 502 del C. de c.).

B) *En el aspecto formal o desde el punto de vista notarial.*—

Se trata de un documento público notarial protocolizado, más concretamente, de un acta de presencia “sui generis”, que puede llamarse “mixta”, pues contiene elementos de diversas especies, como son:

— Un testimonio literal por exhibición de la letra, que GONZÁLEZ PALOMINO denomina “quasi actas de presencia”.

— Un requerimiento de aceptación o pago (acta de requerimiento) implícitamente.

— Una advertencia legal especial, consistente en la conminación de gastos y perjuicios.

— Una manifestación o relato de hechos, los ocurridos a través de la actuación notarial (acta de referencia normalmente).

— Una notificación mediante cédula y la subsiguiente posible contestación del interesado.

— Un posible depósito constatado implícitamente si el aceptante paga la letra al Notario.

— La nota de expedición de copia, que GONZÁLEZ PALOMINO considera como verdadera acta.

En suma, el acta de protesto contiene elementos de los dos tipos de actas que distingue GONZÁLEZ PALOMINO: las que documentan una actividad pasiva del Notario, una percepción (actas de presencia) y las que documentan una actividad activa del Notario (actas de notificación, requerimiento y protocolización).

¿Cuál será el número de protocolo que corresponda al acta de protesto? La solución depende de la opinión que se mantenga sobre cuándo se entiende completo el protesto y sobre la aplicabilidad o no del artículo 210 del Reglamento notarial por analogía. Así, puede estimarse que:

1.º El protesto es un acto unitario, no obstante la diligencia de notificación y su ulterior constatación, siquiera no resulte tan claro su carácter de acto simple como antes de la reforma, cuando se formalizaba protesto y notificación “uno actu”. En apoyo de esta solución, el artículo 504, apartado 2 del C. de c., al decir “el protesto *realizado* se notificará...”, da a entender que antes de la notificación el protesto ya existe. Por ello, deberá dársele el número de protocolo correspondiente al momento de efectuarse la declaración de quedar protestada la letra.

2.º El protesto es un acto complejo, de formación sucesiva, integrado por: 1) la declaración de quedar protestada la letra; 2) la notificación de la anterior declaración, y 3) la constatación documental fehaciente de esa notificación, las cuales, si bien pueden coincidir en una fracción inapreciable de tiempo haciéndose inmediatamente una a continuación de otra sin solución de continuidad, no es preciso que coincidan y normalmente estarán separadas por un lapso de tiempo que entre la primera y la segunda puede llegar hasta las veinte horas del día hábil siguiente y entre la segunda y la tercera hasta los cinco días hábiles siguientes cuando haya de entregarse copia, pues si no hay limitación alguna para extender la diligencia de haberse efectuado la notificación (arts. 504, apartado 2 y 506, apartado 4 del C. de c.).

En apoyo de esta solución pudiera citarse el artículo 521 del C. de c., pues si la notificación se equipara al levantamiento del protesto en cuanto la falta de cualquiera de ellas implica la pérdida de la acción ejecutiva, quiere decirse que el protesto no notificado en tiempo y forma no es, en realidad, tal, pues no puede darse ese cali-

nicativo al acto que carece del más típico efecto del protesto: la conservación de la acción cambiaria ejecutiva.

En este supuesto cabe, a su vez, entender:

— Que debe aplicarse el artículo 210 del R. N. por analogía y consiguientemente el número del acta de protesto será el correspondiente al momento de su terminación, coincidente con el momento de la notificación.

— Que no debe aplicarse tal norma y, en consecuencia, dicha acta tendrá el número de protocolo correspondiente al momento de levantarse el protesto por el Notario, porque:

— La notificación presupone un protesto ya realizado; si no, ¿qué es lo que se notifica?

— No es preceptivo que la notificación se realice por el Notario, sino que puede —y así se hará ordinariamente— realizarse por un empleado del mismo, que no participa de la fe pública independiente o propia. Y de mantener la solución anterior se daría el contrasentido de que el número vendría determinado por la actuación de una persona carente de propia fe pública cuando la notificación no se hiciera personalmente por el mismo Notario, a menos que distinguiéramos ambos supuestos para concederles distintas soluciones, lo que sería poco serio y ocasionado a conflictos.

— No debe olvidarse el tercer momento, consistente en la constatación documental por el Notario de la diligencia de notificación. Y así, parece lógico que el número de protocolo fuese el correspondiente a esa constatación documental, que es la que vale y se va a reproducir en las copias. Pero nos encontramos con el inconveniente de que la Ley no establece que en esta diligencia deba hacerse constar la fecha en que se extiende.

Por todo ello, estimo que la fecha del levantamiento del acta de protesto determina el número de protocolo del acta correspondiente.

Esta solución resulta corroborada por la Ley 47/67, de 22 de julio, al destacar la distinción entre el protesto propiamente dicho y su comunicación al librado, distinción que, aunque latente en el sistema hasta hoy en vigor, había perdido su primitiva nitidez.

II. Derecho positivo español

Nos referimos al régimen del protesto en nuestro Derecho conforme a la legislación mercantil principalmente.

1. *Fuentes legales.*—Teniendo la letra de cambio siempre carácter mercantil y siendo el protesto accesorio de ella, será un acto mercantil objetivo asimismo, por lo que estará sujeto a la prelación de fuentes que señala el artículo 2.º del C. de c., a saber:

1) La sección (8.ª del título X del libro II) que el C. de c. dedica a los protestos, comprensiva de los artículos 502 a 510, debiendo tenerse asimismo en cuenta otros preceptos, como los artículos 517

y 521, de los cuales los artículos 504 a 507 y 521 han sido modificados por Ley 47/67, de 22 de julio ("B. O. del E." n.º 175, del 24), que empezó a regir el 14 de agosto siguiente y cuya reforma se orienta, como veremos, en una triple dirección general, destacada por su preámbulo, consistente en facilitar la realización del protesto, reforzar la posición del tenedor de la letra y conceder al librado de buena fe unas posibilidades de defensa legítima hasta ahora más bien teóricas.

2) Los usos de comercio observados generalmente en cada plaza, dentro de los cuales se encuentran los derivados de la práctica notarial y bancaria.

3) El Derecho común, dentro del cual hay que considerar comprendido el Reglamento notarial, teniendo siempre en cuenta su carácter complementario y subsidiario de la legislación mercantil (v. gr.: al disponer el artículo 504, apartado 2 que la notificación se hará por cédula, no es ya potestivo para el Notario optar entre ésta y la copia, por lo que resulta inaplicable el artículo 202 del Reglamento notarial).

2. REQUISITOS.—Los requisitos se corresponden a los tres momentos o fases siguientes, de los que sólo el primero es el protesto propiamente dicho:

A) *Requisitos del protesto propiamente dicho que levanta el Notario*, conforme a los artículos 504, apartado 1 y 508 del C. de c.

B) *Requisitos de la notificación del protesto ya realizado* efectuada por el Notario o por quien éste designe para ello, conforme a los artículos 504, apartado 2, 505 y 507 del C. de c.

C) *Constancia de haberse realizado esa notificación en el acta de protesto* o, más propiamente, a continuación de la misma mediante diligencia extendida por el Notario, conforme a los artículos 504, apartado 3 y 506, apartado 1 del C. de c.

A continuación nos referimos a los requisitos del protesto propiamente dicho, dejando para el final los restantes requisitos.

Tratamos de los requisitos en su aspecto predominantemente sustantivo, dejando un poco en la penumbra lo relativo al aspecto notarial regido por esta legislación, por cuanto no constituye objeto directo del tema (v. gr.: en cuanto al requerimiento del tenedor legítimo de la letra exteriorizado por la entrega de ésta al Notario o a la oficina de reparto, arts. 131-133 Regl. not.).

Manifiesta el artículo 504, apartado 1.º del C. de c.:

"El protesto quedará válida y eficazmente formalizado si reúne los siguientes requisitos:

1.º Hacerse antes de las veinte horas del día siguiente al en que se hubiese negado la aceptación o el pago, y si aquél fuese feriado o festivo, del primer día hábil.

2.º Autorizarse por Notario.

3.º Contener copia literal de la letra, de la aceptación, si la tuviere, y de todos los endosos, avales e indicaciones comprendidos en la misma.

4.º Declarar protestada la letra, expresando la conminación de ser los gastos y perjuicios a cargo de quien hubiere dado lugar a ellos.”

Este precepto nos suscita las siguientes observaciones, encaminadas principalmente a destacar las diferencias con la situación o régimen jurídico precedente.

1.ª Amalgama validez y eficacia, cerrando así la posibilidad de un protesto válido, pero ineficaz, a diferencia del artículo 504 precedente, que sólo se refería a la eficacia.

2.ª Destaca el carácter solemne y formal del protesto, puesto de relieve con el término “formalizado”, que es nuevo.

3.ª Sustituye la expresión “condiciones” por la más apropiada de “requisitos”.

4.ª Omite la expresión “necesariamente”, que hubiera resultado redundante.

5.ª Distingue entre día “festivo” y día “feriado”, con lo que se desvanecen posibles dudas interpretativas derivadas del empleo de sólo este último término en la redacción anterior, a pesar de la Orden comunicada del Ministerio de Justicia de 4 de marzo de 1966 (“B. O.” n.º 59) determinando los días inhábiles para protestos.

6.ª Destaca la distinción entre el protesto propiamente dicho y su notificación, sin que las diligencias del primero deban entenderse con persona alguna ni en lugar especialmente determinado, sino que tales diligencias y lugar (domicilio), que antes se referían al protesto, vienen ahora referidas a la notificación.

7.ª Preceptúa expresamente que el acta de protesto debe contener copia literal, no sólo de la letra, de la aceptación, si la tuviere, de los endosos e indicaciones, sino también de los *avales* comprendidos en la misma, terminando así con las dudas que la omisión del aval planteaba en el régimen anterior, resueltas por la mayoría en el sentido que ahora se establece.

8.ª En consecuencia, con lo dicho en la observación 6.ª, no hay requerimiento a practicar ni, naturalmente, posible contestación ni firma del requerido, sustituyéndose por la posible actividad del notificado.

9.ª No se exige expresar la hora en que se ha practicado el protesto, siendo suficiente con que en el acta se manifieste que se practicó en hora hábil o antes de las veintenas horas del día correspondiente.

10.ª Se exige que el acta contenga expresa declaración de quedar protestada la letra, la cual se sobreentendía bajo el régimen anterior.

3. CLASES DE PROTESTOS.—Aunque la clasificación sea, como todas, de valor relativo, podemos distinguir las siguientes clases de protestos.

A) *Protesto necesario*, que es el supuesto general, para letras vencidas y no perjudicadas, al que se refiere el artículo 502 del C. de c., que dice así:

“La falta de aceptación o pago de las letras de cambio deberá acreditarse por medio de protesto, sin que el haber sacado el primero exiba al portador de sacar el segundo, y sin que, ni por fallecimiento de la persona a cuyo cargo se gira, ni por su estado de quiebra, pueda dispensarse al portador de verificar el protesto.”

Pero este precepto hay que interpretarlo en relación con el artículo 483, párrafo 2.º, conforme al cual:

“El poseedor —de la letra— no perderá su derecho al reintegro, si por fuerza mayor no hubiera sido posible presentar la letra o sacar en tiempo el protesto.”

La doctrina interpreta restrictivamente este último precepto, en el sentido de que sólo excusa la fuerza mayor objetiva, es decir, cuando la presentación o el protesto en el plazo legal ha sido impedida por obstáculo insuperable e imprevisible extraño al tenedor de la cambial. (Vid. GARRIGUES, “Tratado”, p. 523.)

B) *Protesto voluntario*, que es el supuesto excepcional, para letras aún no vencidas o vencidas y perjudicadas, como:

a) *El protesto en caso de falta de aceptación de letras giradas a un plazo contado desde la fecha*, conforme al artículo 476 C. de c.

b) *El protesto de mejor seguridad*, al que se refiere el artículo 481 del C. de c.

c) *El protesto por causa de quiebra*, recogido en el artículo 510 del C. de c.

d) *El protesto de garantía*, al que se refieren los artículos 496, 498 y 522 del C. de c.

e) *El protesto de letra perjudicada*, que veremos más adelante. (Cfr.: GUIMERÁ PERAZA “El acta de protesto...”, pp. 392-397.)

C) Protesto por el total importe no aceptado o impagado de la cambial y protesto en caso de aceptación o de pago parcial de la letra, distinción cuya base se encuentra en los artículos 479 y 494 del C. de c. (Cfr.: GUIMERÁ PERAZA, M.: “El acta de protesto de letras de cambio”, Publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado, Estudios de Derecho Notarial, vol. II, pp. 401-2.)

4. LOS EFECTOS DEL PROTESTO IDÓNEO.

A) *En general*.—Los efectos del protesto necesario sacado en tiempo y forma hábiles son:

— GASTOS.—“Todo protesto por falta de aceptación o de pago impone a la persona que hubiere dado lugar a él la responsabilidad de gastos, daños y perjuicios” (art. 503 C. de c.).

— RETENCIÓN.—“Sea cual fuere la hora en que se hubiere hecho la notificación, el Notario *retendrá* en su poder la letra, sin entregar ésta ni testimonio alguno del protesto al tenedor hasta las catorce horas del primer día hábil siguiente al término señalado para la notificación” (art. 506, apartado 1, párr. 1.º).

— MANIFESTACIONES.—“Durante ese tiempo y en horas de despacho, podrán los interesados examinar la letra en la Notaría y hacer manifestaciones congruentes con el protesto” (art. 506, 1, 2.º).

— CANCELACIÓN.—“Si ésta fuere por falta de pago y el pagador se presentare en dicho plazo a satisfacer el importe de la letra y los gastos del protesto, el Notario admitirá el pago, haciéndole entrega de la letra con diligencia en la misma y *en el acta* de haberse pagado y cancelado al protesto”.

“De análoga manera, si el protesto fuere por falta de aceptación, la cancelación se anotará en el acta, si la letra fuere aceptada” (art. 506, apartados 2 y 3).

— ENTREGA.—“Transcurrido el plazo establecido en el párrafo uno, el tenedor tendrá derecho a obtener inmediatamente la letra y copia del protesto.

En otro caso, el Notario procederá a dicha devolución dentro de los cinco días hábiles siguientes” (art. 506, apartado 4).

— COMUNICACIÓN AL LIBRADOR.—“Las entidades dedicadas habitualmente a operaciones de descuento o cobro de letras de cambio quedan obligadas a comunicar al librador la existencia del protesto por falta de pago, dentro de los cinco días hábiles a aquel en que reciban del Notario la letra y copia del protesto.

La omisión de lo dispuesto anteriormente en ningún caso afectará a los derechos y acciones que, reconocidos en este Código, se deriven de la letra de cambio” (art. 506, apartado 5).

Se trata de evitar que por esa falta de notificación el librador siga concediendo crédito al librado cuando, como sucede con frecuencia, la cambial no signifique una momentánea relación entre el librador y el librado, sino eslabón de una cadena continuada de operaciones mercantiles entre unas mismas personas. Y como el domicilio del librador no consta al Notario cuando no es el propio librador quien presenta la letra al protesto, esa notificación sólo puede hacerla el tenedor, que generalmente es un Banco.

— Es MEDIO DE PRUEBA inexcusable, salvo fuerza mayor, de la negativa del librado o del aceptante a aceptar o pagar, respectivamente, la letra (arts. 483, 502, 509 C. de c.).

— El portador CONSERVA LAS ACCIONES CAMBIARIAS contra los obligados en la letra a resultas de la misma, a saber:

— las acciones cambiarias —ordinaria y ejecutivas— contra el librador y endosantes;

— la acción cambiaria ejecutiva contra el aceptante.

Así resulta de los artículos 483, 509, 516 y 521 del C. de c., de los que nos referiremos ahora a este último, que establece:

Art. 521.—1. “La acción que nace de las letras de cambio para exigir en sus casos respectivos, del librador, aceptante, avalista y endosantes, el pago o el reembolso, será ejecutiva, debiendo despacharse la ejecución, en vista de la letra y del protesto, levantado y notificado con arreglo a este Código, sin otro requisito que el reconocimiento que de su firma hagan ante el juez el librador, avalista o endosantes demandados. Igual acción corresponderá al librador contra el aceptante para compelerle al pago.

2. Las prescripciones del artículo 517 serán también de aplicación a los avalistas de las letras de cambio.

3. No será necesario el reconocimiento de firma para despachar la ejecución contra el aceptante que, en el plazo prevenido en el artículo 506 de este Código, no hubiese puesto tacha de falsedad, negando categóricamente la autenticidad de la firma.

4. Tampoco será necesario el reconocimiento de firma para despachar la ejecución contra el librador, aceptante, avalista y endosantes, ni aun en el caso de haberse puesto tacha de falsedad en la aceptación cuando el libramiento, la aceptación, el aval o el endoso hayan sido intervenidos, con expresión de la fecha por agente de cambio y bolsa o corredor de comercio colegiado, o las respectivas firmas estén legitimadas por notario."

En relación con la anterior redacción de este precepto se hace notar que:

— Se exige para conservar la acción a que se refiere el precepto (la cambiaria ejecutiva) que el protesto haya sido no sólo levantado, sino también notificado con arreglo a los artículos 504, apartados 2 y 3, 505 y 507 del C. de c., quedando fuera de esta exigencia la comunicación al librador (art. 506, párr. final).

La duda que puede surgir es la de que si esta exigencia se refiere sólo a la acción cambiaria ejecutiva contra los obligados en vía de regreso o debe entenderse que comprende también la acción cambiaria ordinaria contra los mismos.

A favor de la primera solución está la redacción literal del precepto y su interpretación en el sentido que menos perjuicio cause a la letra y que cuando se ha querido decir otra cosa se ha dicho expresamente (v. gr.: aplicación del art. 517 a los avalistas).

En favor de la segunda solución, la consideración unitaria del protesto comprensiva de este acto en sentido estricto y de la notificación.

— Se incluye al avalista a los efectos de la notificación que el tenedor de la letra debe de hacer cuando ejercite la acción directa o la regresiva (art. 517).

— La oposición de posible tacha de falsedad de la aceptación se limita y flexibiliza al mismo tiempo.

Se limita, en cuanto se exige que la negativa de autenticidad de la firma sea hecha en forma categórica y rotunda.

Se flexibiliza, en cuanto puede alegarse durante todo el plazo del artículo 506, esto es, hasta las catorce horas del primer día hábil siguiente al término señalado para la notificación, mientras que en el régimen anterior sólo se podía alegar en el mismo acto del protesto, por lo que se hacía muy difícil esa alegación, ya que suponía que el aceptante pretendido se encontraba en el domicilio de la letra en el momento del protesto.

— CONSTITUYE EN MORA al obligado, quien debe pagar intereses (art. 526 C. de c.).

B) *En especial*.—En caso de protestos voluntarios, el principal efecto del protesto es el de interrumpir la prescripción cuando la letra ya ha vencido y el protesto se practicó extemporáneamente (art. 1.973 C. de c.).

Además produce el protesto los efectos relativos a cada supuesto en particular, según la especialidad que lo motiva y que ya han sido mencionadas.

5. EFECTOS DEL PROTESTO INIDÓNEO O EXTEMPORÁNEO.—El protesto que no se ha sacado en tiempo y forma hábiles no produce los efectos típicos del protesto, como es obvio, pero ello no implica que sea totalmente ineficaz, pues puede servir como medio probatorio, con el valor general del documento público notarial (acta) en que se formaliza, en el bien entendido que aquí no estamos ante una propia acta de protesto, por lo que parece pueden seguirse las normas del Reglamento notarial relativas a las actas, sin que sobre las mismas tenga necesaria prelación el Código de comercio. Por lo dicho, sirve también como medio interruptivo de la prescripción.

6. EFECTOS DE LA FALTA DE PROTESTO.—El protesto inidóneo implica la decadencia de las acciones cambiarias, lo mismo que la falta de protesto, en el sentido que vamos a ver. Pero la falta de protesto es claro que comporta además la carencia de los efectos que puede producir el protesto inidóneo o extemporáneo.

La omisión del protesto implica que el tenedor de la letra pierde la acción cambiaria ejecutiva contra todos los obligados, y, además, las acciones cambiarias ordinarias contra los obligados en vía regresiva, entre ellos el librador que prueba hizo provisión de fondos; conservando la acción cambiaria ordinaria contra el aceptante, ejercitable en juicio ordinario sin tener que probar la relación causal subyacente (artículos 502, 509, 516, 521, 483 del C. de c.). Es decir, que la letra queda “perjudicada”, y, consiguientemente, su endoso no tiene otra fuerza que la de una simple cesión (a. 466).

PROTESTOS DE LETRAS AVALADAS

Prescindiendo de exponer las diversas opiniones doctrinales y jurisprudenciales que sobre el particular existían antes de la Ley de 16 de diciembre de 1954, recogidas por GUIMERÁ PERAZA (“El avalista y la ejecución —A propósito de la L. de 16 dic. 1954—”, en A. D. C., VIII-3, 1955, pp. 831-844) y por CASALS COLLDECARRERA (“Estudios de oposición cambiaria”, II, pp. 469-477), a partir de dicha Ley parece estar claro que no se exige el protesto al avalista, aunque sí el reconocimiento judicial de su firma, a menos que el aval hubiera sido intervenido o la firma legitimada, y cuando la acción se ejercitaba contra el avalista era preciso notificar notarialmente el protesto realizado por falta de pago al librador, aceptante y endosante (aa. 517, 521 C. de c., 1.429, núm. 4.º, L. E. C.).

Pero subsistía la duda de si el acta de protesto debía contener co-

pia literal del aval—pues no mencionaba expresamente el aval el artículo 504, regla 4.^ª—y de si era precisa la notificación al avalista cuando la acción se dirigía contra el librador o alguno de los endosantes, dudas que la generalidad de la doctrina resolvía en sentido afirmativo, por existir idéntico fundamento que para transcribir las indicaciones (y a fin de evitar el fraude imposibilitando avales “a posteriori”) y que para notificar a los demás interesados en la suerte de la cambial.

Ambas dudas han sido resueltas por la Ley de 1967, que consagra este mismo criterio afirmativo (arts. 504, apartado 1, núm. 3.º, y 521, apartado 2.º). En consecuencia, el régimen actual creemos que es el siguiente:

1.º No se exige que se proteste la letra al avalista, bastando que se haya protestado al aceptante.

2.º Es preciso el reconocimiento judicial de la firma del avalista para despachar la ejecución, a menos que el aval haya sido intervenido o la firma legitimada.

3.º En todo caso, y a pesar de despacharse la ejecución, caso de existir dicha legitimación o intervención, el avalista puede alegar en juicio la excepción de falsedad.

4.º Si la acción se dirige primeramente contra el avalista, es preciso notificar notarialmente el protesto realizado por falta de pago, dentro de los plazos señalados para recoger la aceptación—arts. 470 y ss—al librador, aceptante y endosantes.

5.º Si la acción se dirige contra el librador, aceptante o endosantes se precisa idéntica notificación al avalista.

6.º El avalista, como interesado en la cambial, podrá comparecer ante el notario hasta las catorce horas del día hábil siguiente al término señalado para la notificación, a fin de examinar la letra y hacer manifestaciones congruentes con el protesto, si se ha enterado de éste.

7.º El acta de protesto debe contener copia literal del aval.

PROTESTOS DE LETRAS DOMICILIADAS

Dando por supuesto el concepto de domiciliación cambiaria, la discusión sobre los requisitos de la “*distinctio hominis et loci*”, las clases de domiciliación, personas que válidamente pueden efectuarla, etcétera, nos limitaremos a señalar las innovaciones de la Ley de 1967, de entre las cuales las fundamentales son: 1) la domiciliación ya no viene referida al protesto en sí, sino a la notificación del protesto; y 2) en caso de “notificación personal” se rompe la subordinación de la misma al domicilio; 3) el domicilio resulta siempre de la misma letra (supresión de los domicilios indicados en el antiguo art. 505 números 2.º y 3.º); 4) distinción expresada entre el protesto por falta de aceptación y por falta de pago, antes implícita, y 5) en ocasiones habrá que intentar la notificación en varios domicilios antes de acudir al vecino.

Como dice el preámbulo de la Ley, se ha dotado a la notificación del protesto de la agilidad que la situación actual demanda, y se han

esclarecido algunos extremos referentes al domicilio para la notificación, eliminando las dudas que provocaban en la práctica la aplicación de las normas vigentes al presente.

Se refieren a la domiciliación los artículos 446, 478, 504, 505 y 507 del Código de comercio, de los cuales resulta el siguiente régimen.

A) *Principio general*.—Es el del valor absoluto de la notificación personal, con independencia de la domiciliación:

“En todo caso, la notificación del protesto será válida y eficaz en cualquier sitio en que la hiciere el notario a la persona que deba ser notificada, si se prestase a ello y fuere conocida o identificada por el notario” (a. 505, apartado 3 del C. de c.).

B) *Reglas especiales*.—a) *Domicilio único*.—En caso de coincidencia de domicilio para la aceptación y el pago, se establece que:

“El domicilio legal para practicar la notificación del protesto será el designado en la letra, si no hubiere más que uno, para toda clase de protestos” (a. 505, apartado 1, párrafo 1.º).

b) *Pluralidad de domicilios*.—a) *Notificación del protesto por falta de aceptación*. “Si fueren varios los domicilios designados, se notificarán los protestos por falta de aceptación en el señalado como domicilio o dirección del librado, o en el primero si son varios los fijados; y a falta de tal domicilio, en el que figure señalado para su pago” (a. 505, apartado 1, párrafo 2.º).

b) *Notificación del protesto por otra causa*.—“Los protestos por falta de pago o por otra causa distinta de la aceptación se notificarán en el domicilio señalado en el cuerpo de la letra para el pago; si éste no figurase en ella, se notificarán en el designado en la aceptación; si tampoco en éste figurase, en el señalado en cualquier otro lugar de la letra, amparado con la firma del librado; y si no hubiere domicilio designado para el pago, en el que figure en la letra como domicilio o dirección del librado” (a. 505, apartado 1, párrafo 3.º) (1).

(1) De aquí resulta el siguiente orden para efectuar la notificación:

1.º En el lugar y domicilio señalado en el cuerpo de la letra para el pago; esto es, en el indicado en la cambial a continuación de la frase “Se servirá usted pagar en...”.

2.º Si ese espacio de la letra va en blanco, la notificación se hará en el domicilio que se indica al margen izquierdo de la letra, en el lugar destinado a la aceptación, siempre que ésta sea completa, pues no serviría para fijar este domicilio la socorrida fórmula “acepto, cantidad, vencimiento y domicilio”, sino que el domicilio debe señalarse expresamente (v. gr.: “Acepto a pagar en...”, seguido de la fecha y firma o, al menos, la firma).

3.º Si tampoco contiene indicación del domicilio en el margen izquierdo de la letra o la designación es incorrecta, la notificación del protesto por falta de pago se hará en el lugar señalado para el pago en cualquier otro espacio de la cambial, SIEMPRE QUE TAL DESIGNACION VAYA FIRMADA POR EL LIBRADO.

4.º Si tampoco figura ese domicilio, la notificación se hará en el que resulte ser domicilio del librado, expresado al pie de la cambial bajo la rúbrica: “A don...”.

Este orden es susceptible de ciertas alteraciones, cuya exposición alargaría considerablemente esta nota. Baste decir que la cláusula “Se servirá usted pa-

c) *Inexistencia de persona hábil en los domicilios anteriores.*—“Si en cualquiera de los domicilios mencionados en los párrafos anteriores no se encontrare a persona hábil a quien efectuar la notificación, ésta se practicará en otro domicilio de los designados en la letra, por el orden de preferencia señalado anteriormente” (a. 505, apartado 1.º, párrafo 4.º).

d) *Falta de constancia del domicilio del librado o imposibilidad de hallarlo.*—“No constando el domicilio del librado en ninguno de los sitios anteriormente señalados o no siendo posible hallarlo por cualquier causa, se acudirá a un vecino con casa abierta de la población donde hubiere de tener efecto la aceptación o el pago, con quien se entenderá la notificación y a quien se entregará la cédula” (a. 505, apartado 2) (2).

gar en el domicilio ABAJO INDICADO”, contenida en el cuerpo de la letra, determina que, en virtud de esta referencia el domicilio señalado en el número 4.º goce de preferencia respecto a los anteriores.

Sin embargo, tal solución puede estimarse un tanto artificiosa, pues el protesto y sus formalidades han de interpretarse estrictamente; por ello, si admitimos el valor de la remisión, parece que sólo debe ser a los efectos que tiene la jerarquía del domicilio señalado al pie de la letra, sin atribuirle, empero, otra jerarquía mayor.

Tampoco está tan claro la justificación de que el domicilio del cuerpo de la letra deba prevalecer en todo caso sobre el señalado en la aceptación, pues cabe estimar que al ser ésta posterior a la emisión de la letra ha habido novación y, por lo mismo, debe prevalecer el domicilio señalado en la aceptación. A mi entender, al decir la Ley “se notificará en el señalado en la aceptación”, se refiere a la cláusula en que figure un domicilio en la aceptación, pero sin especificar a qué efectos (v. gr.: “Acepto. Madrid, 28 de octubre de 1967. Firma”). Mas si se determina expresamente el lugar de pago, estimo que habrá habido una novación y que debe prevalecer este domicilio sobre el indicado en el cuerpo de la letra (v. gr.: “Acepto a pagar en Madrid, calle de..., número ... Fecha y firma”). Y ello porque el domicilio se establece en interés del aceptante, y si en todo caso prevaleciera el indicado en el cuerpo de la letra le sería imposible al aceptante cambiarlo ni siquiera en el supuesto de haber trasladado su residencia a otra localidad en el espacio de tiempo comprendido entre la emisión, la aceptación de la letra y el pago.

En la duda, lo aconsejable parece ser abstenerse de indicar domicilio en el cuerpo de la letra, solución preferible a la de llenar ese espacio con la mención “en el domicilio indicado”, expuesta a confusiones. Y si se desea mayor seguridad, especificar “... en el domicilio indicado al margen” o “... el domicilio indicado en la aceptación”, casos en que tales cláusulas actuarán de “recordatorio” en el momento de la aceptación.

En suma, una consideración práctica y plenamente jurídica (el que se obliga lo hace a lo menos posible) impone que el aceptante pueda determinar en el momento de su aceptación dónde ha de pagar, por lo mismo que es libre de aceptar o no.

Téngase en cuenta además que al librar muchos efectos se pueden producir errores o equivocaciones. Imponer a rajatabla la sumisión al domicilio “indicado” en el cuerpo de la letra es ir contra la realidad de las cosas. Al mismo sólo deberá atenderse cuando no conste clara, explícita y manifiestamente en la cambial la voluntad contraria del obligado al pago por excelencia: el aceptante.

(2) La contradicción entre los artículos 504, apartado 2, 2.ª—conforme al cual basta con no encontrar a persona hábil en el domicilio pertinente para poder hacer la notificación al vecino con casa abierta—, y 505, número uno, párrafo final—conforme al cual no se puede acudir al vecino con casa abierta sin haber

Conforme a lo expuesto, vemos que se facilita extraordinariamente la notificación del protesto, si bien para que ésta surta efectos con absoluta independencia del domicilio se requiere:

— Que la notificación se haga personalmente por el notario, no por su empleado.

— Que la notificación se haga a la persona que deba ser notificada, expresión que debe entenderse circunscrita al directamente interesado (librado, aceptante), con exclusión de sus dependientes, criados, parientes y vecino, pues en otro caso no tendría sentido la exigencia de este requisito.

— Que esta notificación se haga con la conformidad del notificado, lo cual supone una previa advertencia por el notario del derecho que le asiste y la expresa constancia de esa conformidad.

— Que el notario conozca personalmente o identifique al notificado por alguno de los medios que admite la legislación notarial.

Cumplidos estos requisitos, la notificación será válida y eficaz cualquiera que sea el sitio en que se haga, siempre que, naturalmente, esté dentro de la competencia territorial del notario.

PROTESTOS DE LETRAS INTERVENIDAS

Dando igualmente por supuestos el concepto de intervención, cuya acepción referimos, a la incorporación de un tercero en forma espontánea —intervención propia— o provocada —intervención impropia, indicación— al círculo de los obligados cambiarios por medio de la aceptación o del pago de la letra (y no la referimos a la actividad de agente de cambio y bolsa o corredor de comercio, de la que ya hemos hablado), sus clases, efectos, etc., exponemos el régimen jurídico del protesto de letras intervenidas, que atañe directamente al tema, distinguiendo:

A) *Protesto de letras con indicaciones.*—a) *Si los indicadores residen en la misma plaza que el librado.*—“Si la letra protestada contuviera indicaciones o fuesen varios los librados, *se enviará cédula de notificación* a todos los que residieren en la misma plaza, en la forma y con los efectos señalados en el artículo 504” (a. 507, apartado 1.º).

b) *Si los indicadores residen en plazas diferentes.*—“Si residieren en plaza diferente, *podrá reproducirse* de nuevo el protesto en la localidad de que se trate dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha del protesto precedente” (a. 507, apartado 2.º C. de c.).

c) *Si uno o varios residieren en la misma plaza y otro u otros en plazas diferentes.*—Habrà que aplicar la combinación de los dos criterios expuestos: enviar necesariamente cédula de notificación a los residentes en la misma plaza y reproducir potestativamente el protesto de forma sucesiva con los residentes en plazas distintas.

agotado previamente la posibilidad de encontrar alguna persona hábil en los demás domicilios indicados en la letra—, parece que debe resolverse favorablemente a este último, como norma más especial.

La Ley de 1967 ha consagrado la práctica ya existente con anterioridad, si bien referida no al protesto en sí, sino a la notificación, consistente en que si se trata de una indicación para la misma plaza no se requiere nueva acta, sino que basta la diligencia de notificación pertinente, que se consignará a continuación del protesto levantado al librado y su notificación. Y si la indicación es para plaza diferente, se cierra el protesto contra el librado y podrá levantarse otro diferente por el notario competente para hacerlo en el lugar de la residencia del indicatario, en cuya acta deberá insertarse literalmente el protesto levantado con anterioridad, computándose el plazo, caso de ser varios indicatarios independiente y sucesivamente (es decir, ocho días por cada indicatario residente en distinta localidad).

En este último caso la reproducción del protesto parece que será facultativa (protesto voluntario), pues se utiliza el término "podrá".

B) *Protesto de letras intervenidas.*—a) *Protesto por falta de aceptación.*—No hay particularidad alguna en cuanto al protesto mismo, pues la intervención es necesariamente posterior a él.

El artículo 511 establece que se hará constar la intervención a continuación del protesto —en forma de "contraprotesto" que enerva los efectos normales del protesto, dice GARRIGUES— por diligencia en la misma acta, expresando el nombre de la persona por quien se ha intervenido, diligencia que firmará el interventor y el notario.

Aunque el Código de comercio no dice que debe hacerse constar la intervención en la letra, la doctrina se inclina por esta exigencia en el caso de la intervención en la aceptación. Así, GARRIGUES expresa que "si la intervención es para la aceptación, parece que deberá constar, además, la firma del interventor en la letra misma", siendo lógico —añadimos nosotros— que se ponga una antefirma que indique los términos de la intervención; y GAY DE MONTELLA afirma que la aceptación por honor debe ser escrita sobre la letra, como toda aceptación cambiaría.

b) *Protesto por falta de pago.*—a') *Si ha habido intervención en la aceptación.*—En el momento de levantar el protesto por falta de pago de la letra que ya se protestó por falta de aceptación, momento en que se intervino, ya constará esta intervención en el acta de protesto por falta de aceptación mediante diligencias, e incluso en la misma letra, aunque el Código no lo exija expresamente.

El problema consiste en determinar si deberá protestarse la letra por falta de pago al librado —que no la aceptó—, al interventor o a ambos.

Parece no haber duda que debe levantarse protesto por falta de pago contra *el librado* a quien ya se protestó la letra por falta de aceptación (art. 502 C. de c.).

En cuanto al *interventor*, caben, en principio, las siguientes soluciones:

- 1.^a *Considerarle como un indicatario*, y entonces deberá notificár-

sele el protesto o podrá serle levantado, conforme a los términos del artículo 507, ya expuesto.

2.^a *Considerarle como un avalista* de la persona por quien ha intervenido, caso en que, por virtud de esta asimilación, se le aplicará el régimen del artículo 521 y concordantes, expuestos con anterioridad, sin que deba levantarse protesto contra él. Tal es, como veremos, la opinión de GARRIGUES.

3.^a *Considerarle como un aceptante*, dados los términos del artículo 512, con la consecuencia de que debe levantarse protesto contra él.

GARRIGUES considera descartada la declaración del artículo 512, "porque el interventor no es verdadero aceptante, sino más bien avalista del aceptante: su posición jurídica participa de la del aceptante y de la del responsable en vía regresiva, asimilándose más bien a éste. Que no es el interventor un verdadero aceptante se demuestra: 1.º Porque mientras el pago hecho por el aceptante extingue toda obligación cambiaria, el aceptante por intervención que paga se subroga en el lugar del portador de la letra como un avalista. 2.º Porque mientras el aceptante contrae la obligación de pago frente a todos, el aceptante por intervención sólo contrae esa obligación frente a los que siguen en la letra a la persona por la cual ha aceptado." (Tratado, II, p. 545; Curso, I, p. 800.)

b') *Si hay intervención en el pago y no la ha habido en la aceptación.*— La letra se ha protestado, como es lógico, al librador aceptante, quien no la atiende en el momento de su pago, por lo que acude al interventor, cuya intervención debe hacerse constar a continuación del protesto por falta de pago, bajo la firma del que hubiere intervenido y del notario, expresándose en las diligencias el nombre de la persona por cuya cuenta se haya verificado la intervención (art. 511) y, añadimos nosotros, el hecho de entregársele la letra.

Como vemos, se procede análogamente al supuesto de intervención en la aceptación (caso a), con la diferencia de que aquí se entrega la letra pagada al interventor.

PROTESTOS DE LETRAS PERJUDICADAS

Se dice que la letra está perjudicada cuando el tenedor ha omitido alguno de los requisitos formales demostrativos de haber cumplido la obligación de diligencia que la ley le impone para conservar intactos sus derechos contra los responsables a las resultas de la letra. La letra se perjudica, según los casos, por:

- Falta de presentación a la aceptación.
- Falta de presentación al pago.
- No protestarse por falta de aceptación.
- No protestarse por falta de pago (art. 469).

Como expresa GUIMERÁ PERAZA, es frecuente en la práctica presentar al notario letras ya perjudicadas, con el fin de que se proceda al protesto por falta de pago, caso en que, como dice PELAYO HORE,

cabe adoptar dos soluciones: 1) *protestar la letra*, haciendo constar el notario claramente que ha sido requerido aquel mismo día y que, por consiguiente, elude toda responsabilidad en cuanto a la fecha en que el protesto se levanta, y 2) el *hacer un simple requerimiento de pago*, con arreglo al Reglamento notarial.

No vemos—añade—ningún inconveniente en aceptar la primera de las dos soluciones. La postura del notario quedará clara desde el primer momento; no se sorprende al librado con protesto subrepticio alguno, pues que se le hace saber su condición de fuera de plazo; y el acta que se levante, si no puede valer como protesto hecho en tiempo y forma, valdrá, al menos, como requerimiento notarial, pues contendrá todos los requisitos necesarios para ello. Además, como observa CÁRDENAS, el protesto de letra perjudicada puede tener cierta trascendencia cambiaria, a los efectos, v. gr.: del artículo 460, que impone el reembolso al librador que no pruebe hizo provisión de fondos *aunque el protesto se hubiera sacado fuera de tiempo*, mientras la letra no haya prescrito; sirviendo también para interrumpir el plazo de prescripción.

SANCHO-TELLO cita la sentencia de 8 de mayo de 1913, declaratoria de que el protesto sacado fuera de tiempo puede surtir efectos, tales como los previstos en el artículo 454 del C. de c., relativo al vencimiento de letras contados por meses (quizá fuera más apropiada la cita del a. 452).

LOS PROTESTOS DE LETRAS CON CLAUSULA "SIN GASTOS"

I. CONCEPTO.—Se llama cláusula *sin gastos* la mención puesta generalmente por el librador al pie de la letra, por la que se dispensa al tenedor de la misma de la obligación legal de protestarla, comprometiéndose los responsables a responder del pago de la cambial sin el cumplimiento previo de la aludida formalidad, no respondiendo, en contrapartida, de los gastos que el protesto origine si, no obstante, éste se saca.

II. POSIBILIDAD.—A diferencia de la cláusula prohibitiva del protesto, que la doctrina rechazada para nuestro Derecho, suele admitirse la posibilidad jurídica de la cláusula "sin gastos", cuya eficacia depende del usual respeto que hacia la misma impera en la práctica—sobre todo, la bancaria—, pues el carácter imperativo de los artículos 502—"deberá"—y 509—"ningún"—excluye la plena oponibilidad jurídica de dicha cláusula, cuyos efectos, sin embargo, suelen ser unánimemente respetados.

El fundamento de esta admisión pudiera encontrarse en que como el protesto no se exige en atención a un interés público, sino en atención al interés privado de los responsables al pago de la letra, parece que éstos pueden siempre renunciar a esta especial protección dispensando al tenedor de cumplir tal formalidad.

III. NATURALEZA JURÍDICA.—Sintéticamente indicadas se han mantenido las siguientes principales posiciones:

1. *Tesis de la distinción entre cláusula “sin gastos” y “dispensa del protesto”*.—La diferencia consiste en que la cláusula “sin gastos” supone la orden de no realizar el protesto, y prohíbe levantarlo (WAHL, LYON-CAEN, LESCOT), mientras que la cláusula de dispensa sólo contiene la autorización de no hacer practicar el protesto implicando no una prohibición, sino una renuncia al derecho que tiene la parte que la aceptó de oponer los efectos de la falta de protesto.

2. *Tesis de la equiparación entre cláusula “sin gastos” y dispensatoria, estimando ambas prohibitivas del protesto*.—Tal parece ser la posición de LANGLE.

3. *Tesis de la equiparación entre cláusula “sin gastos” y dispensatoria, sin estimarlas prohibitivas del protesto*.—Es la de VICENTE Y GELLA y GUIMERÁ PERAZA, que implica, a diferencia de la anterior, la distinción de la cláusula prohibitiva.

IV. PERSONAS QUE PUEDEN CONSIGNARLA.—1. El *librador* al tiempo del libramiento, surtiendo efectos contra él y contra todos los endosantes, avalistas, etc., lo mismo que cuando, consignada por otra persona idónea, la consiente el librador (WAHL), si bien, opinamos que en este caso sólo “vincula” a éste y a los endosantes posteriores a la cláusula, no a los intermedios.

2. Cualquier *endosante* en el momento de suscribir el endoso, surtiendo efectos contra él y los endosantes posteriores.

3. El *avalista*, bien en todo caso (GUIMERÁ), bien sólo si la puso el avalado (VICENTE Y GELLA), surtiendo efectos respecto al mismo, al avalado y a los endosantes posteriores.

La doctrina admite que, una vez estampada la cláusula, pueda ponerse otra de signo contrario por un endosante, quedando, por tanto, ineficaz la “sin gastos” con respecto a este endosante y los sucesivos.

Igualmente, si en la letra figura la cláusula “con gastos” no puede ser puesta posteriormente la cláusula “sin gastos” (LANGLE).

En ningún caso puede poner la cláusula “sin gastos” el aceptante, ya que no puede agravar la situación del librador ni la de cualquiera de los endosantes.

V. POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A SU VALIDEZ Y EFICACIA.—1. *Tesis de la invalidez plena*.—Afirman la nulidad total por ilicitud de la cláusula “sin gastos” DEL VISO, ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA Y MIÑANA y, actualmente, VICENTE Y GELLA —aun siendo partidario, en el terreno doctrinal o teórico, de su validez y eficacia— cara a nuestro Derecho positivo, pues el protesto es acto consustancial con la letra misma, de tal suerte que la letra no protestada pierde su naturaleza cambiaria, se perjudica, deja de ser letra de cambio; en suma, conforme se desprende de los artículos 502 y 509 del C. de c.

2. *Tesis de la ineficacia total*.—Con diversos matices, HUGUET, DÍAZ DOMÍNGUEZ, GARRIGUES, PELAYO HORE, CÁRDENAS y las senten-

cias de la Audiencia Territorial de Valencia de 10 de diciembre de 1948 y 30 de junio de 1954 (3), estiman que aun siendo válida en nuestro Derecho la cláusula "sin gastos" por no ser contraria a precepto expreso alguno del C. de c., carece de toda eficacia, siendo preciso levantar el oportuno protesto si se quieren conservar las privilegiadas acciones dimanantes de la letra de cambio.

3. *Tesis de la producción de determinados efectos.*—GUILLÉN E IGUAL, PIÑOL, GAY, SANCHO-TELLO, CRUSELLS, LANGE, GUIMERÁ PERAZA, CASALS y en cierto sentido—sin perjuicio de militar en la posición anterior por la distinción entre la esfera del "ser" y del "deber ser"—GARRIGUES y PELAYO HORE, así como las sentencias de la Audiencia Territorial de Madrid de 1945 y del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona núm. 14, de 15 de junio de 1950 (4), vienen a sostener las siguientes conclusiones, que compartimos:

1.^a Es válida la estipulación de esta cláusula, por ser el protesto un derecho renunciable por las partes, que no afecta al orden público.

2.^a Tiene el carácter de meramente *dispensatoria* del protesto, nunca prohibitiva.

3.^a Produce el efecto de poner los gastos de protesto a cargo del tenedor de la letra que hubiere solicitado su levantamiento.

(Cfr.: GUIMERÁ, "El acta de protesto...", cit. pp. 356-364; Id.: "La cláusula "sin gastos"...", cit. en R. D. M. núm. 57, pp. 7-43, y CASALS COLDECARRERA: "Estudios...", cit., pp. 477-485 del t. II).

LA NOTIFICACION DEL PROTESTO

Es éste uno de los puntos principales de la reforma de 1967, dotando de una mayor agilidad a esta práctica, a fin de acomodar su regulación a los graves problemas que plantea el continuo aumento del número de cambiales, debido al creciente ritmo de la contratación mercantil y en no pequeña parte a la difusión de los sistemas de venta a plazos. Con todo lo cual la letra de cambio ganará en seriedad y crecerá en eficacia, dejando de ser la realización del protesto una angustiosa lucha contra el tiempo y las posiciones respectivas del tenedor y del librado quedarán notablemente reforzadas.

Se pueden distinguir dos supuestos principales de notificación del protesto, bien se trate de la notificación del protesto en sí a la persona a cuyo cargo se giró la letra (arts. 504-507 del C. de c.), bien se trate de la notificación del protesto a las personas contra las que no se dirige la acción cambiaria (arts. 517 y 521, 470 y ss.), además

(3) Asimismo, sentencia de dicha Audiencia de 10-10-1958.

(4) Asimismo, sentencias de la Aud. territ. Sevilla 2-3-57, La Coruña 29-3-61, Oviedo 13-5-61 y Valencia 29-1-62, que contradice a las anteriores. Y el Proyecto de reforma del C. de c. de 1926, art. 605, con informe favorable de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en 4-5-1933 a propósito de la unificación del D. cambiario, pues se admite en la Ley Uniforme.

de la comunicación que deben efectuar al librador las entidades dedicadas habitualmente al descuento o cobro de letras (art. 506, ap. 5).

I. LA NOTIFICACIÓN AL LIBRADO (arts. 504-507)

A) REQUISITOS.

Notificante :

1. *Por quién se hace.*—El notificante propiamente dicho o notificante “mediato” es siempre el notario que protestó la letra o su sustituto, pues la cédula de notificación va firmada por el mismo.

Pero, salvo que se trate de la notificación “personal” (art. 505, ap. 3), el notificante “inmediato” o persona que entregue materialmente la cédula de notificación puede ser el propio notario o quien éste designe para ello (art. 504, ap. 2, 2.^a).

Notificado :

2. *A quién debe hacerse.*—El protesto se notificará:

— *Al librado*, o sea, a la persona a cuyo cargo estuviere girada la letra (arts. 504, 2 y 2.^a). Siempre es preciso que se haga a éste en el supuesto de la notificación “personal” (art. 505, 3).

— No encontrando al librado, la notificación se hará a sus *dependientes, criados o más próximos parientes* o a *cualquier persona que se encuentre en el mismo domicilio*; en defecto de todos ellos, al *portero* del inmueble, y si no lo hubiere, a un *vecino* con casa abierta de la población donde hubiere de tener efecto la aceptación o el pago, a quien se entregará la cédula (arts. 504, 2, 2.^a y 505, 2).

— A los *indicatarios y librados* que residan en la misma plaza (art. 507, ap. 1). Parece que, de no encontrarlos, habrá que acudir a las mismas personas acabadas de mencionar, incluso al vecino, por la remisión que el artículo 507 hace al artículo 504, el cual, a su vez, se remite al artículo 505.

Tiempo :

3. *Cuándo debe hacerse.*—En el régimen anterior el plazo para la notificación era el mismo que para efectuar el protesto, haciéndose simultáneamente o sin solución de continuidad. La nueva redacción del texto legal establece un plazo distinto para hacer la notificación, al disponer que:

“El protesto realizado se notificará al librado antes de las veinte horas del día de su autorización o entre las nueve y las veinte horas del siguiente hábil” (art. 504, ap. 2.).

Lugar :

4. *Dónde debe hacerse.*—En el domicilio que corresponda con arreglo al artículo 505, cuyo contenido ya se ha expuesto al hablar del protesto de letras domiciliadas.

El lugar coincide con el del domicilio en que ha de presentarse la letra para la aceptación o para el pago, según los casos, como reconoce el artículo-505, apartado 2, aparte del supuesto de la notificación "personal", tantas veces aludida (arts. 504, ap. 2, 2.^a y 505).

Forma :

5. *Medio y modo de hacerse.*—La notificación se practicará por medio de entrega de cédula extendida en papel común, firmada por el notario y cumpliendo las siguientes formalidades:

- 1.^a En la cédula de notificación se expresará:
 - a) Nombre, apellidos y despacho del notario.
 - b) Fechas del libramiento y del vencimiento de la letra, su importe y lugar de pago.
 - c) Nombre, razón o denominación social del tenedor, librador y librado.
 - d) Plazo para formular las manifestaciones a que se refiere el artículo 506 de este Código (art. 504, ap. 2).

B) CONSTANCIA DE LA NOTIFICACIÓN Y SU POSIBLE RESULTADO EN EL ACTA DE PROTESTO.

a) *Constancia de la notificación.*—Dispone el Código que se consignarán en el acta del protesto el lugar y la fecha de entrega de la cédula, así como la persona a quien se le haya hecho, y si ésta se hubiere negado a hacerse cargo de la misma o a dar su nombre, se hará constar así y se tendrá por hecha la notificación (art. 503, ap. 3, párr. 1.^o).

Advertimos que no se exige la constancia de quién entregó la cédula, si el notario o su empleado, la cual, empero, creemos debe hacerse para no desvirtuar la actuación notarial ni dificultar los medios de defensa del notificado, pues si el notario notificó personalmente, su actividad queda cubierta íntegramente por la fe pública, siendo sólo destruible lo que conste mediante querrela de falsedad, mientras que si entregó la cédula un empleado del notario, éste sólo da fe de que aquél dice que la entregó, por lo que las manifestaciones que consten en el acta de protesto mediante la correspondiente diligencia pueden impugnarse sin acudir a la querrela de falsedad, salvo que por reflejo la fe pública notarial cubra la actuación de esta persona quien, desde luego, no la tiene propia.

Al decir sólo la Ley que se consignará la fecha, parece que no es preciso especificar la hora, bastando decir que se hizo en hora hábil de tal día. Esta solución se confirma porque si no se exige hacer constar la hora del protesto (el art. 504, ap. 1.^o no contiene norma análoga al antiguo art. 504, regla 9.^ª), menos se exigirá que conste la hora de la notificación.

b) *Constancia del posible resultado de la notificación.*—Sea cual fuere la hora en que se hubiere hecho la notificación, el notario retendrá en su poder la letra, sin entregar ésta ni testimonio alguno del

protesto al tenedor hasta las catorce horas del primer día hábil siguiente al término señalado para la notificación. Durante ese tiempo, y en horas de despacho, podrán los interesados examinar la letra en la Notaría y hacer manifestaciones congruentes con el protesto, reproduciéndose en el acta del protesto, mediante diligencia, las manifestaciones que se hagan ante el Notario dentro del indicado plazo. Así resulta de los artículos 504, apartado 3, párrafo 2.º y 506, apartado 1.

Esta manifestación puede consistir en la aceptación o el pago de la letra, dando lugar a:

c) *La cancelación del protesto.*—Si éste fuere por falta de pago y el pagador se presentare en dicho plazo a satisfacer el importe de la letra y los gastos del protesto, el notario admitirá el pago, haciéndole entrega de la letra, con diligencia en la misma y en el acta de haberse pagado y cancelado el protesto.

De análoga manera, si el protesto fuere por falta de aceptación, la cancelación se anotará en el acta, si la letra fuere aceptada (art. 506, apartados 2 y 3).

C) DEVOLUCIÓN DE LA LETRA PROTESTADA.

a) *Devolución a petición del tenedor.*—Transcurrido el indicado plazo de retención de la letra, el tenedor tendrá derecho a obtener *inmediatamente* la letra y copia del protesto (art. 506, ap. 4, párr. 1.º).

b) *Devolución sin previa petición del tenedor.*—En otro caso, el notario procederá a dicha devolución dentro de los *cinco días hábiles* siguientes (art. 506, ap. 4.º, párr. 2.º).

II. LA COMUNICACIÓN DEL PROTESTO AL LIBRADOR (art. 506, ap. 5)

Incorporando a la normativa legal una práctica seguida por algunas entidades bancarias, establece el Código que:

“Las entidades dedicadas habitualmente a operaciones de descuento o cobro de letras de cambio quedan obligadas a comunicar al librador la existencia del protesto por falta de pago, dentro de los cinco días hábiles a aquél en que reciban del notario la letra y copia del protesto.

La omisión de lo dispuesto anteriormente en ningún caso afectará a los derechos y acciones que, reconocidos en este Código, se deriven de la letra de cambio” (art. 506, ap. 5).

Como se establece una *obligación* —cuya efectividad será dudosa al carecer de sanción específica—, a cumplir dentro de un plazo taxativo contado desde que obre en poder de la entidad la letra y *la copia* del protesto, no sólo la primera, parece que en este caso se impone preceptivamente la expedición de la copia del protesto, sin que la entidad pueda rechazarla, si bien podrá ser copia simple.

III. LA NOTIFICACIÓN DEL PROTESTO CASO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN CAMBIARIA (arts. 517, 521, 470 y ss.).

La materia a que se refieren estos preceptos puede sistematizarse, en aras de la brevedad, del modo siguiente:

1. NOTIFICANTE.—Lo es el notario a requerimiento del portador de la letra protestada que ejercite la acción cambiaria.

2. NOTIFICADOS.—Lo son aquellos obligados cambiarios contra los que no se dirija la acción, con expresa inclusión del avalista a partir de la Ley de 1967, siendo de notar que se incluye también al aceptante, siendo así que contra éste basta y sobra con el protesto.

Concretamente, si el tenedor ejercita la acción directa contra el aceptante o sus avalistas, habrá de notificar el protesto al librador, endosantes y sus avalistas, y si ejercitare la acción regresiva de reembolso por falta de pago contra el librador, endosantes o sus avalistas, deberá notificar el protesto a los demás de este grupo y también al aceptante —por exigencia, según parece, del Código, si bien injustificada—, aunque no faltan quienes afirman que nada hay que comunicar a éste, habida cuenta que ya lo sabe o debe saberlo por haberse levantado contra el mismo el oportuno protesto (GAY DE MONTELLA, GARRIGUES, VICENTE Y GELLA, L'ANGLE, GUILLÉN, HUGUET, GAYOSO, GUIMERÁ y Sentencia del T. S. de 7 de julio de 1928).

3. OBJETO DE LA NOTIFICACIÓN.—No se notifica que se va a intentar o que ya se ha ejercitado la acción, sino que se notifica el protesto de la letra de cambio en cuestión.

4. FORMA DE REALIZAR LA NOTIFICACIÓN.—Mediante acta independiente de la del protesto que se notifica, bien por acta única, bien por acta con diligencia separada, conforme a los preceptos del Reglamento not. relativos a las actas de notificación (arts. 200 y ss.).

5. PLAZO PARA PRACTICAR LA NOTIFICACIÓN.—Es el mismo que para recoger la aceptación en las letras giradas a un plazo contado desde la vista. Para Canarias, pese a la omisión de los artículos 469 y 470, el plazo será también de cuarenta días. Para las letras giradas entre la Península y Canarias, el plazo se amplía a tres meses (artículos 470 y ss.).

6. CÓMPUTO DEL PLAZO.—Frente a la opinión de que el plazo empieza contarse desde la fecha de la interposición de la demanda (Sentencia T. S. de 2-4-1925), aunque siempre dentro del plazo de tres años de prescripción de la acción cambiaria, entienden la mayoría de los autores que el plazo debe contarse desde la fecha del levantamiento del protesto, porque éste es lo que se notifica y porque es preciso evitar la incertidumbre que un plazo tan largo como el de tres años lleva al ánimo de los interesados en la cambial (Sentencia del Juzgado n.º 2 de Tenerife, de 13-1-1958).

El día del protesto o el día de interpuesta la demanda, según la solución que se adopte, no debe incluirse en el cómputo, conforme a la regla "dies a quo non computatur in termino".

7. SANCION POR LA OMISION DE NOTIFICACION.—Consiste en la caducidad con arreglo a los términos del artículo 525, debiendo tenerse en cuenta asimismo el artículo 517, párrafo 2.º, de los que resulta que el librador que pruebe haber hecho oportunamente provisión de fondos y los endosantes quedan exentos de responsabilidad, aun cuando el demandado resulte insolvente, a menos que después de transcurridos dichos plazos se hubieren saldado del valor de la letra en sus cuentas con el deudor o reembolsado con valores o efectos de su pertenencia.

Como EPÍLOGO de nuestro estudio, resumimos las PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN ACTUAL Y EL ANTERIOR, QUE SON:

1.ª No es preciso entender las diligencias del protesto con persona alguna, sino que ésta se tiene en cuenta sólo a efectos de notificación del protesto ya realizado.

2.ª Cuando la letra haya sido entregada por entidad bancaria o asimilada es preceptiva la entrega de copia del protesto, y la entidad tenedora no puede negarse a recibirla y abonarla.

3.ª Se distingue claramente entre el protesto y las diligencias posteriores, la notificación principalmente.

4.ª Se aumentan las garantías: a) para el librado, en cuanto se amplía el plazo para que pueda pagar la letra o alegar lo que tenga por conveniente, incluso la falsedad de la firma; b) para el librador, en cuanto se establece el medio para que tenga pronto conocimiento del fracaso de la letra; c) para el tenedor, en cuanto se exige que la tacha de falsedad sea categórica y rotunda para que pueda enervar la acción ejecutiva, rechazando fórmulas ambiguas o vacilantes.

5.ª La domiciliación del protesto se sustituye por la domiciliación de la notificación, que incluso cede ante la notificación "personal".

6.ª Resuelve antiguas dudas sobre la domiciliación y otros extremos (v. gr.: aplicabilidad al avalista del art. 517).

A fin de que la reforma logre sus propósitos es deseable una eficaz colaboración de funcionarios y particulares, al propio tiempo que una mejor coordinación de los textos legislativos. Así, por esa falta de coordinación con la L. E. C. —cuyo art. 1.429, núm. 4.º, párrafo 2.º, deja a salvo la posibilidad de alegar la tacha de falsedad de la aceptación en el juicio, no obstante la intervención o legitimación, la equiparación de las cuales merece censuras—, puede quedar desvirtuada la exigencia de que la afirmación de la falsedad sea terminante. (5).

(5) Ya en primeras pruebas este trabajo, que se publica como fue redactado bajo la premura de unas oposiciones inmediatas a la reforma legislativa, aparece la relevante aportación al tema de nuestro compañero ELÍAS CAMPO VILLEGAS ("La reforma del protesto", Rev. Derecho Notarial, núm. 59, páginas 245-288) de la que, por su interés, hemos querido dejar constancia.

BIBLIOGRAFIA

A) EN GENERAL.

- GUIMERÁ PERAZA, M.: "El acta de protesto de letras de cambio", Cent. Ley Not., Secc. 2.ª, vol. II, 1965, pp. 346-426.
Id.: "Alrededor del protesto de letras de cambio", R. D. N., núm. 29-30, julio-diciembre, 1960, pp. 7-41.
CASALS COLLDECARRERA, M.: "Estudios de oposición cambiaria", edit. A. H. R., Barcelona, 1957, t. II, pp. 415-521.
GARRIGUES, J.: "Tratado de Derecho mercantil", t. II, 1955, pp. 518-537.
BATTAGLINI, M.: "Il protesto", Giuffrè, Milano, 1960.
PELAYO HORE, S.: "Cambiales y protestos", en Curso de Conferencias del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, 1946, pp. 47-89.

B) PARA LETRAS AVALADAS

- GUIMERÁ PERAZA, M.: "El avalista y la ejecución" (A propósito de la ley de 16-12-1954), A. D. C., VIII-3, 1955, pp. 831-844.
BOLETIN INFORMATIVO DEL I. C. NOTARIAL DE GRANADA, septiembre 1965.

C) PARA LETRAS DOMICILIADAS

- GUIMERÁ PERAZA, M.: "Domicilio y domiciliación de las letras de cambio: cuestiones que plantean en el acto del protesto", R. D. M., núms. 47-48, 1953, pp. 197-240.
CASASÚS HOMET, E.: "Notas sobre el domicilio de las letras a efectos del protesto", R. D. N., núm. 36, 1962, pp. 343-361.
LANGLE Y RUBIO, E.: "Las letras de cambio domiciliadas y su protesto por falta de pago", R. D. N., núms. 9-10, 1955, pp. 7-60.
OTERO PEÓN, M.: "El protesto de letra de cambio con varios domicilios", R. D. M., núm. 51, mayo-junio 1954, pp. 293-370.
FERNÁNDEZ-NOVOA, C.: "Algunos aspectos de la domiciliación cambiaria en el Derecho uniforme", A. D. C., XVIII-1, 1965, pp. 175-205.

D) PARA LETRAS CON CLAUSULA "SIN GASTOS"

- GUIMERÁ PERAZA, M.: "La cláusula sin gastos en la letra de cambio", R. D. M., núm. 57, julio-septiembre, 1955, pp. 7-43.
BOLETÍN INFORMATIVO I. C. NOTARIAL DE GRANADA, septiembre 1956.

E) PARA LA NOTIFICACION DEL PROTESTO.

- GUIMERÁ PERAZA, M.: "La notificación del protesto y la acción ejecutiva", R. D. P., octubre 1958, pp. 836-846.
Valor de título ejecutivo de la copia auténtica de una letra de cambio sujeta a secuestro penal (sentencia de la "Corte di cassazione" italiana de 28-10-1959), recensión en R. D. N., 1962, núms. 37-38, pp. 307-308.

La cesión de contrato

Por ANGEL CRISTOBAL-MONTES

Profesor de las Universidades Central de
Venezuela y Católica «Andrés Bello» (Caracas).

SUMARIO: 1. Presupuestos.—2. La cesión de contrato. Necesidad y posibilidad de la figura.—3. Estructura jurídica de la cesión de contrato. Consentimiento, objeto y causa.—4. Cesión de contrato y figuras afines: A) Cesión de contrato y cesión de crédito. B) Cesión de contrato y asunción de deuda. C) Cesión de contrato y doble negocio de cesión de crédito y asunción de deuda. D) Cesión de contrato y novación subjetiva. E) Cesión de contrato y accesión en el contrato. F) Cesión de contrato y subcontrato. G) Cesión de contrato y contrato por persona a nombrar. H) Cesión de contrato y contrato a favor de tercero.

1. PRESUPUESTOS.

Según la primitiva concepción romana la obligación era un vínculo estrictamente personal, inseparable, por ende, de la persona del acreedor y del deudor. Es por ello que el Derecho romano no admitía que el acreedor pudiese disponer de su derecho a favor de otra persona, como acontecía con los derechos patrimoniales en general, a no ser que la transmisión tuviese lugar por obra de la sucesión universal, supuesto este último en el que al considerarse la personalidad del sucesor fundida o identificada con la del causante (*nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et qui in eum transmittit hereditatem*) (1), no tenía lugar propiamente una verdadera modificación subjetiva de la relación (2).

Cuando las nuevas necesidades impusieron la negociabilidad de los créditos, hubo de acudir a procedimientos que, sin derogar el principio de su intransmisibilidad a título particular, permitiesen conseguir un resultado económico similar al de la transmisión. En síntesis, tales medios fueron la novación subjetiva activa (que requiere la voluntad de colaborar del deudor) y el *mandatum* o *procuratio in rem suam*, figura esta última que, en un momento ulterior, si bien no llega a otorgar al *procurator* la condición de acreedor, sí le concede, al menos, un derecho a actuar por él, es decir, le hace adquirir un derecho independiente a ejercitar el crédito ajeno, con lo que a los efectos eco-

(1) Novela 48 de Justiniano.

(2) Cf. nuestro *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*. Caracas, 1964, pp. 733 y ss.

nómico-prácticos nos hallamos en una esfera muy cercana a la de la genuina cesión de crédito.

El Derecho alemán eliminó el artificio que suponía reconocer al cesionario un derecho independiente al ejercicio del crédito correspondiendo al cedente la titularidad del mismo, por ser extraña al sentimiento jurídico alemán la idea de la inseparabilidad del crédito a la persona. Primeramente, la transmisión de los créditos precisó de la aceptación del deudor; con posterioridad, se admite plenamente la cesión del crédito mismo con absoluta independencia del asentimiento del *debitor cessus* (3).

En la actualidad el crédito se considera un valor patrimonial ya existente susceptible de constituir objeto de tráfico jurídico. El derecho del acreedor a la prestación (derecho de crédito) entraña, como todo derecho patrimonial, el poder de disposición del mismo a favor de su titular en cuya virtud éste puede disponer libremente del crédito tal como de cualquier otro derecho valuable pecuniariamente (cesión, usufructo, prenda de créditos). Hoy, como escribe Karl Larenz, "el crédito no es sólo relación de prestaciones (en la correspondencia acreedor-deudor), sino también objeto patrimonial y en principio susceptible de disposición, que, como tal, está expuesto a las acciones judiciales de los acreedores del titular del crédito" (4). Consecuentemente, la generalidad de los modernos Códigos civiles admiten y regulan con amplio criterio la sucesión singular en los créditos, prescindiendo del consentimiento y aún del conocimiento del deudor.

El Derecho romano, igual que sucedía con los créditos, consideraba incompatible con la sustancia de la obligación la asunción de las deudas por acto *inter vivos*; por tanto, para cambiar la persona del deudor hacía falta generar una nueva obligación mediante una novación subjetiva pasiva en sus variantes de *delegatio* o *expromissio*. El Derecho germánico atisbó y admitió parcialmente la asunción de deuda con la aprobación del acreedor, si bien la figura resultó casi arrinconada al imponerse la recepción de las construcciones jurídicas romanas.

Desde mediados del siglo pasado, un poderoso sector doctrinal alemán se pronuncia en pro de la igualdad jurídica esencial entre la cesión de crédito y la asunción de deuda y, en consecuencia, al admitirse la primera debe también reconocerse la segunda. Se defiende la posibilidad de la sucesión a título particular en la deuda por acto *inter vivos*, colocándose el nuevo deudor en el lugar del antiguo y permaneciendo idéntica en lo demás la obligación; claro está que, por la importancia que dentro de la relación obligacional tienen las cualidades personales y patrimoniales del deudor, se comprende con facilidad que mientras la cesión de crédito puede operar sin la cooperación del deu-

(3) ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*, I, Barcelona, 1939, pp. 374 y ss.; VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid, 1934, pp. 285 y ss.

(4) LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, p. 445.

dor, la asunción de deuda, contrariamente, no puede funcionar sin el asentimiento del acreedor al cambio de la persona del deudor.

De acuerdo a semejante orientación, algunos Códigos civiles han recogido expresamente la figura de la asunción no novatoria de deuda; tal es lo que sucede con el alemán, el suizo de las obligaciones, el italiano (si bien con algún prejuicio y timidez), el mexicano, etc.

En nuestro ordenamiento civil no hay admisión expresa de la asunción de deuda a título particular; por tanto, en principio, el cambio del sujeto pasivo en una obligación acarrearía la destrucción del vínculo primitivo y su reemplazo por otro nuevo a través del mecanismo extintivo de la novación. Ahora bien, ¿hay inconvenientes reales para acoger el juego de la sucesión en la deuda?

Creemos haber demostrado en otro lugar (5) que no los hay; por lo que nos consideramos dispensados de mayores argumentaciones. Unicamente queremos resaltar que la doctrina avanzada de los diversos países que tropiezan con una situación legal similar a la nuestra se pronuncia, cada vez en forma más decidida y firme, en pro de la admisión de la figura, cuyas ventajas son patentes, cuya actuación, en la forma que se ha señalado, no atenta contra los intereses del acreedor ni es susceptible de procurar perjuicios, y cuya construcción dogmática no violenta ningún principio jurídico inderogable por los particulares.

Como ha señalado González Palomino, la sucesión en la deuda a título singular no es un concepto que deba necesariamente ir unido al de novación (6); por el hecho de que los Códigos contemplen la transmisión pasiva de las obligaciones tan sólo a través del recurso de la novación no puede ni debe concluirse que la sucesión jurídico-negocial en la deuda sea ilícita o imposible. La regulación legal de la novación no es en modo alguno incompatible con la asunción paccionada de deuda; sus previsiones si, ciertamente, no proporcionan gran ayuda ni estímulo no deben, empero, vincular al jurista "fuera del caso comprendido en la hipótesis legal" (7).

La sustitución de la persona del deudor en la misma relación jurídica, con aprobación del acreedor, es una construcción que está adornada de palpables ventajas teóricas y, sobre todo, prácticas (como medio simplificador y agilizador de los pagos) y que puede tener cómodo desenvolvimiento a través del principio de la autonomía de la voluntad que impronta todo el Derecho de obligaciones. La licitud de un pacto por el que se convenga que un nuevo deudor toma como suya la deuda del anterior obligado es a todas luces manifiesta, a menos que se quiera dotar a los preceptos que regulan la novación de carác-

(5) Cf. nuestro trabajo *La venta de herencia*, Caracas, 1963, pp. 95 y ss.

(6) GONZÁLEZ PALOMINO, *La adjudicación para pago de deudas*, en *Estudios jurídicos de arte menor*, I, Pamplona, 1964, p. 205.

(7) DE DIEGO, *Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912, p. 269.

ter imperativo, excluyente del negocio de asunción de deuda, cosa para la que no hay apoyo de clase alguna (8).

Como ya hace bastantes años señalara Unger a propósito del Código austriaco, la carencia de una regulación legal de la asunción de deuda a título particular no debe suponer un obstáculo para que la teoría y la práctica llenen una laguna y para reconocer en principio y organizar prácticamente *praeter legem* una institución que responde en la mayoría de los casos a la intención de las partes y satisface una necesidad real. No se olvide, finalmente, que la admisión por algunos Códigos de la asunción liberatoria de deuda en general ha sido precedida y propiciada por una valiente postura de la doctrina que, sin asidero legal y contra una tradición romanista entorpecedora, defendió la conveniencia, posibilidad y licitud de la figura. “La creación de la institución de que tratamos —nos dice en tal sentido González Palomino— ha surgido *fuera de la ley* en Alemania, como en todas partes, y el Código civil alemán no ha hecho más que reconocer un hecho que ya venía siendo tutelado y desvuelto por tantos y por expedientes indirectos” (9).

Si tal es el panorama que nos presentan la legislación y la doctrina más progresistas y no existiendo en la actualidad, como realmente no lo hay, obstáculo legal o dogmático alguno para la admisión de la sucesión en la deuda a título singular, no vemos cuál puede ser la razón para negarse en forma obstinada, como todavía lo hacen algunos, a dar beligerancia a una figura que a nadie daña, que nada entorpece y que tan sólo resultados favorables procura. Subsista en buena hora la novación subjetiva pasiva, pero a su lado, y en función de un objetivo y una problemática distintos, debe jugar en forma amplia la asunción de deuda cuando en una obligación se quiera cambiar la persona del deudor sin que ello acarree inexorablemente, con su secuela inútil de complicaciones y dilaciones, la extinción del vínculo y su reemplazo por otro de nueva factura.

La adscripción de la relación obligatoria a sus sujetos, propia del Derecho romano, construcción, como la califica Enneccerus, eminentemente artificiosa y sólo explicable por la evolución histórica y por las necesidades lógicas de la jurisprudencia romana, tuvo su razón de ser y su intrínseca justificación en otras etapas jurídicas; pero pretender mantenerla hoy pugna contra la dogmática moderna y contra la realidad de las cosas. La misión del jurista no es entorpecer el libre movimiento de las operaciones negociales ni pretender, en aras de una ortodoxia vacía y estéril, que la actividad de los particulares debe discurrir *per seculam seculorum* a través de unos cauces, todo lo añejos y respetables que se quiera, patentemente angostos para las nuevas avenidas, sino, por el contrario, multiplicar las posibilidades de actuación, flexibilizar hasta el máximo las ataduras del tráfico jurídico y

(8) COSSIO, *La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, I, Madrid, 1945, p. 195.

(9) GONZÁLEZ PALOMINO, *loc. cit.*, p. 205.

brindar a la vida de los negocios jurídicos nuevas formas de actuación que, sin desatender la tuición de los legítimos intereses, les permitan desarrollarse con fluidez, agilidad y riqueza interna. El Derecho es para la vida, no la vida para el Derecho.

El vínculo obligacional, ya se contemple activa o pasivamente, es una entidad económica susceptible de contratación. La esencialidad de la existencia de los sujetos, como en toda relación jurídica, no implica en forma indefectible la necesidad de que los mismos permanezcan inalterados. De la misma manera que se dan las modificaciones objetivas, caben las modificaciones subjetivas de la relación; al lado de la subrogación real tiene plena vivencia la subrogación personal. Pero hay más, sostener que la obligación puede subsistir idéntica aún sustituido su sujeto activo (cesión de crédito) y pretender que tal subsistencia no se da cuando se cambia el sujeto pasivo (asunción de deuda), cuando el acreedor acepte el cambio, es sencillamente una contradicción *in terminis* y un tratamiento desigual de lo que en sustancia es igual. Transmisión de crédito y transmisión de deuda son fenómenos jurídicos paralelos; se puede admitir o rechazar ambos, lo que no está justificado es admitir uno y rechazar el otro.

Claro está, y ya lo hemos señalado reiteradamente, que el acreedor tiene un poder de disposición sobre su crédito, poder que en forma obvia no puede corresponder al deudor, que es un vinculado, una persona "atada" por lazos puestos en manos de otra persona; por ello, el acreedor puede enajenar libremente su derecho sin la participación del deudor, mientras que éste no puede retirarse o apartarse por sí de la sujeción jurídica en que se encuentra so pena de consagrar un inadmisibles acto de disposición del derecho de otro. Aparte de que existe otra estimable razón jurídico-práctica consistente en que mientras al deudor le es indiferente, en línea de principio, cumplir la prestación a favor de uno u otro acreedor, al acreedor de ningún modo le puede ser intrascendente tener que dirigir su reclamo contra uno u otro deudor en atención a que aquí entra en juego la distinta garantía personal, solvencia y responsabilidad patrimonial que las personas están en condiciones de generar y brindar.

Pero semejantes disimilitudes son meramente operacionales, matizan de una u otra manera el mecanismo de actuación de la sucesión en el crédito y de la sucesión en la deuda, pero no conforman dichos fenómenos como pertenecientes a categorías jurídicas intrínsecamente diferentes. El foso se salva en forma simple exigiendo para la plena eficacia de la asunción de deuda la voluntad del acreedor de aceptar al nuevo deudor y de liberar, por ende, al antiguo, cosa que hacen los ordenamientos que expresamente han acogido el instituto.

Ya hace tiempo que Windscheid escribiera las siguientes significativas palabras: "Establecida la relación obligatoria, el acreedor tiene derecho a conservar el deudor con el que ha contraído. Si éste pone en su lugar otra persona, atenta al derecho del acreedor y el acto por esto mismo es un acto de disposición del derecho de otro. Está en la

misma situación que el que vende la cosa de otro, o, para no salir del campo de los derechos personales, en la del vendedor de un crédito ajeno. Estos actos de disposición del derecho de otro pueden ser validados retroactivamente por la adhesión o ratificación del titular del derecho, de aquí que el acto de transmisión pueda también ser convalidado con efectos retroactivos por la adhesión ulterior del acreedor" (10).

Concluyendo, pues, en este trabajo, en cuanto no contraría precepto alguno de *ius cogens* y en cuanto dogmática y prácticamente todo coadyuva a su admisión, vamos a dar por operante en nuestro ordenamiento jurídico la figura de la asunción de deuda a título singular, por más que la misma carezca de expresa sanción legal.

2. LA CESIÓN DE CONTRATO. NECESIDAD Y POSIBILIDAD DE LA FIGURA

De la misma forma que, como se vio, la doctrina moderna considera el crédito, desde el punto de vista económico, como un valor patrimonial actual, apto para constituir objeto de tráfico jurídico, en cuanto se enrumba a obtener una prestación dotada de valor patrimonial, así también se suele estimar en la actualidad que el contrato, en cuanto contiene una perspectiva de procurar en el futuro una utilidad patrimonialmente relevante, debe catalogarse como valor económico actual, idóneo para ser objeto de tráfico jurídico, hasta el punto de que de por algunos, con cierta exageración, equiparando contrato y bien comerciable, se ha hablado de venta del contrato (11).

Como casi siempre sucede la cesión de contrato obtuvo su consagración espontánea en la práctica mercantil antes de ser objeto de tratamiento teórico y de merecer la atención expresa del legislador. En efecto, la figura ha tenido amplia difusión y empleo en el ámbito del comercio de importación y exportación de géneros y mercancías, siendo frecuentes, como resalta Andreoli, los casos de adquirentes de grandes cargamentos de ultramar que, con el fin de especular, o por liberarse de las responsabilidades inherentes a su adquisición, transferían a otra persona el contrato, en los mismos términos y condiciones en que lo habían estipulado (12).

Y es que evidentemente no puede ignorarse que existe una verdadera necesidad práctica en admitir que una de las partes originarias de un contrato pueda sustituir en su lugar, íntegramente, otra persona que venga a asumir la condición de parte contratante a través de un único negocio de cesión, sin necesidad de tener que recurrir a tantos actos singulares de transmisión como elementos activos y pasivos (derechos y obligaciones) deriven del contrato.

Piénsese por un momento en la enajenación del establecimiento o

(10) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. de Fadda y Bensa, II, Turín, 1930, p. 308.

(11) Así: MOSSA, *Vendita di contratto*, en *Rivista di diritto commerciale*, II, 1928.

(12) ANDREOLI, *La cesión del contrato*, Madrid, 1956, p. 1, n. 1.

hacienda mercantil cuando se quiere que el adquirente subentre en los contratos vigentes de arrendamiento de inmuebles y en los de trabajo con el personal al servicio de la empresa; en los contratos de suministro, en los de obra, opción y tantos otros. En el contrato de compraventa, por ejemplo, la admisión de la cesión procura un estimable ahorro de gastos, diligencias, desplazamientos materiales, molestias y tiempo al evitar tener que recurrir a una serie de contratos sobre el mismo objeto en el caso de los intermediarios o revendedores; en efecto, el intermediario en lugar de comprar y recibir la mercancía para luego venderla y entregarla al subsiguiente adquirente, ve facilitada su actuación al permitirle ceder el originario contrato de compraventa concluido, esto es, colocar a otra persona (el posterior adquirente) en su condición de parte contractual o transferir la relación contractual como un todo (complejo unitario, por razón de su origen, de derechos y obligaciones).

La cesión de contrato sirve, pues, para el logro de lo que moderadamente se ha dado en denominar circulación del contrato en su integridad o como unidad orgánica, simple faceta o aspecto de un fenómeno mucho más amplio que extiende su hálito a lo largo y ancho de la vida jurídica de nuestros días: la circulación o movilización de la riqueza o el favor del tráfico (movilización de la propiedad, del dinero, de los valores, del contrato, etc.). Ahora bien, no siempre la circulación del contrato supone la movilidad del negocio contractual, sino que, por el contrario, en algunos casos la misma cumple una encomiable y necesaria función de permanencia e intangibilidad de las relaciones contractuales ya constituidas. En tales casos, la cesión de contrato coadyuva eficazmente a tal fin al permitir que un extraño sustituya en bloque y *uno ictu* al contratante originario sin solución de continuidad y sin fraccionamientos onerosos, demoradores y peligrosos; es lo que sucede, por ejemplo, en la fusión de empresas de seguro o en la cesión de cartera, en la enajenación de empresa en relación a los contratos de trabajo del personal que en ella labora, en el traspaso de empresas que desarrollan su actividad mediante contratos de suministro (electricidad, gas, servicios). En dichos casos, hace notar García-Amigo, existe una evidente necesidad económico-social de permanencia de las relaciones contractuales controladas por los titulares que enajenan; por ello, aunque algunas veces ya la propia ley se encarga de ordenar la sucesión imperativa del adquirente en la posición del contratante originario (13), siempre es posible pactar negocialmente estas cesiones (14).

Pese a la notoria utilidad práctica, como se acaba de ver, que es

(13) Dispone, en tal sentido, el artículo 25 de la Ley del Trabajo venezolana: "La sustitución de patronos no afectará los contratos existentes. El patrono sustituido será solidariamente responsable con el nuevo patrono por las obligaciones derivadas de los contratos o de la Ley, nacidas antes de la fecha de su sustitución, hasta por el término de seis meses, y concluido este plazo, subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrono".

(14) GARCÍA-AMIGO, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Madrid, 1964, p. 14.

susceptible de procurar el mecanismo de la transferencia a otro de la posición contractual que corresponda en un determinado contrato, la doctrina científica, salvo raras excepciones, contempló adversamente la figura, unas veces en base a la superada postura de considerar las deudas intransmisibles a título singular y otras en razón de estimar que no dándose en el contrato otra cosa que créditos y deudas y habiendo arbitrado el ordenamiento jurídico medios específicos para la cesión y la asunción de unos y otras, no hacía falta introducir un nuevo instrumento o negocio para la sucesión en la relación obligatoria como un todo.

Sólo en años recientes se ha producido, casi súbitamente, una verdadera "explosión" a favor de la cesión del contrato, multiplicándose los estudios en torno a la misma (15) y generándose un consenso casi general en la doctrina en pro de su admisión. A esta preocupación por el tema ha coadyuvado en forma muy eficaz el hecho de que en el III Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Londres en 1950 uno de los puntos a debatirse fuese precisamente la cesión de contratos, en el que tuvieron relevante participación los profesores Lehmann (Alemania) y Galvao Telles (Portugal).

En su faceta legal la consagración de la sucesión en el contrato a título particular y por acto *inter vivos* no ha sido, y todavía no lo es, muy promisoria. Los Códigos civiles, sistemáticamente, han desconocido la cesión del contrato en forma general y unitaria, limitándose tan sólo recoger alguna manifestación concreta de la figura. Así, por ejemplo, el Código civil alemán contempla dos casos de sucesión legal en el contrato: la enajenación de un inmueble sometido a arrendamiento de uso (parágrafo 571) y la cesión de un crédito pignoraticio (parágrafo 1251); los Códigos civiles de Francia, Italia (1865) y Venezuela acogieron en los artículos 1.717, 1.573 y 1.583, respectivamente, la cesión del contrato de arrendamiento, etc. Bien es verdad, sin embargo, que recientemente en numerosas Leyes o Proyectos de Ley los supuestos de cesión de contrato se han multiplicado en forma particularmente reveladora y sintomática.

Así, en Francia, la ley de 30 de julio de 1926 (modificada por la de 18 de abril de 1946) amplió sensiblemente la posibilidad de cesión del contrato de arrendamiento, prevista en el Código, en relación a los locales comerciales (aunque, con posterioridad, la ley de 30 de agosto de 1960 ha significado un nuevo retroceso); la ley de Seguros de 13 de agosto de 1930 permite la transmisión de la póliza, y el Código del Trabajo establece (art. 23) que en caso de enajenación de la empresa subsisten todas las relaciones contractuales de trabajo existentes al momento del cambio de empresario entre el nuevo y todos los trabajadores. En Alemania, de acuerdo al parágrafo 30 de la Ley de Protección al Arrendatario, cuando el arrendatario de una vivienda quiera cambiarla con otro arrendatario se precisa de la autorización

(15) Basta consultar en tal sentido la nutrida lista de monografías y trabajos que recoge García-Amigo en su obra recién citada, pp. 128-129, n. 19.

de la Oficina de Unificación de Inquilinato, organismo que puede, incluso, sustituir, a solicitud del inquilino, el consentimiento del arrendador necesario para el ingreso de un tercero en el contrato de arrendamiento; de lo que resulta que está admitida la transferencia de la relación contractual arrendaticia por acuerdo entre el antiguo y el nuevo arrendatario y asentimiento del arrendador. En España, el Código civil no prevé la cesión del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario, pero la ley de Arrendamientos Urbanos ha permitido la cesión trilateral (participación del arrendador, del antiguo y del nuevo arrendatario) de la relación contractual de arrendamiento de viviendas, la cesión bilateral (participación tan sólo del arrendatario predecesor y del arrendatario sucesor) del contrato de arrendamiento de viviendas cuando el nuevo inquilino, en determinantes condiciones, esté ligado al anterior por ciertas relaciones de parentesco, la cesión bilateral del contrato de arrendamiento de locales de negocio en el caso de su traspaso, y la cesión trilateral del contrato de arrendamiento de locales de negocio cuando, por la intervención del arrendador, la cesión de la relación contractual no pueda considerarse traspaso; igualmente, de acuerdo al Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, es posible la cesión por el arrendatario del contrato de arrendamiento rústico con consentimiento del arrendador; la Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 1954 permite la cesión de cartera, figura que implica la cesión o transmisión de los contratos de seguro vigentes de la sociedad cedente a la cesionaria. En Venezuela, la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1965 admite ceder la cartera relativa a una o más ramas de seguros, si bien con la previa autorización de la Superintendencia de Seguros, lo que supondrá la sucesión en las relaciones contractuales de seguro en curso, en la misma posición del cedente, por parte del cesionario; de acuerdo a los artículos 156 y 734 del Código de Comercio la carta de porte, en el contrato de transporte por tierra, lagos, canales y ríos navegables, y el conocimiento de embarque, en el contrato de transporte marítimo, pueden ser nominativos, a la orden o al portador, pues bien, en cuanto a tenor del artículo 161 del mismo Código "el endoso o la entrega del ejemplar firmado por el portador transfiere el derecho de disponer de los objetos transportados", parece puede concluirse que el endoso o la entrega de la carta de porte o conocimiento de embarque a la orden o al portador, respectivamente, provoca la cesión del contrato de transporte, en razón de que la transmisión de los señalados documentos, en que se materializa la relación contractual, da lugar a la transferencia de los derechos y obligaciones emanados de la misma; de igual forma, en virtud de que la póliza de seguro puede ser nominativa, a la orden o al portador (art. 549 C. Com.), el endoso de la póliza a la orden o la entrega de la póliza al portador podrá dar lugar a la transmisión de la posición de asegurado o cesión del contrato de seguro; en el Anteproyecto de Ley sobre los Contratos de Seguro y Reaseguro están previstos diversos casos de transmisión o subrogación legal en rela-

ciones contractuales, así: en el seguro contra daños, si el objeto del seguro cambia de propietario los derechos y las obligaciones derivados del contrato de seguro pasan al adquirente (art. 42); si el estipulante del seguro quiebra, la masa le sucederá en el contrato (art. 43); y en el seguro de personas, declarada la quiebra, hecha la cesión de bienes del estipulante o resultando infructuosa la ejecución de dichos bienes el cónyuge o descendientes del estipulante, beneficiarios de un seguro de vida, sustituirán a éste en el contrato, a menos que rehúsen expresamente esta sustitución (art. 73). Y en el mismo sentido podríamos continuar todavía, ya que expurgando con cuidado en textos legales recientes de numerosos países puede descubrirse una amplia gama de casos en que es posible la cesión del contrato a voluntad de los interesados o en que *ope legis* se realiza la sucesión en el contrato (cesión impropia), pues, como ya hemos resaltado con anterioridad, existe una verdadera necesidad económico-social de la figura.

Pues bien, todas estas admisiones parciales, todos esos reconocimientos limitados ora de la cesión negocial del contrato (cesión propia) ora de la sucesión o transmisión por virtud de la ley en la relación contractual (cesión impropia) han sido superados admirablemente por la normativa del nuevo Código civil italiano, el cual, en forma valiente y modélica, nos muestra el camino que, en un futuro más o menos cercano, han de seguir las legislaciones civiles de los demás países y nos brinda un modelo digno de imitarse o, al menos, de ser tenido cuidadosamente en cuenta.

En efecto, el Código italiano de 1942 ha superado con decisión injustificados prejuicios en que se habían atrincherado ciertos sectores doctrinales, ha derribado implacable “ídolos” y “fetiches” jurídicos que eran objeto de inconsciente, cómoda y aun cómplice adoración y nos ha dado una ejemplar lección de realismo, seriedad y rigor dogmático. “El nuevo sistema —escribe Andreoli— se ha mostrado particularmente sensible a las necesidades que emergen de la vida jurídica y a las presiones de la práctica mercantil que, entre otras cosas..., para superar de algún modo una laguna legislativa cada vez más sentida, había escogido, especialmente en el comercio de los cereales, la creación de los llamados *stabiliti* (títulos a la orden unidos al contrato de compraventa, emitidos por el vendedor que se obliga a entregar el género al portador del título que demuestre ser dueño del mismo como consecuencia de una serie de giros y endosos, y con tal que dicho poseedor realice la contraprestación correspondiente, es decir, pague el precio de la mercancía)” (16). Ante las admisiones a medias, ante reconocer la necesidad y conveniencia del nuevo negocio, pero, no obstante, darle entrada tan sólo subrepticamente, ante el imperativo de que el jurista debe adaptar los medios jurídicos a los fines prácticos más que al rigor lógico de las construcciones abstractas (Ihering), el *Codice civile* ha recogido en forma amplia, abierta y general la posibilidad de que el contrato sea transferido en su totalidad (activo y pa-

(16) ANDREOLI, *ob. cit.*, pp. 4-5.

sivo) por uno de los originarios contratantes a un tercero extraño que viene a ocupar su posición contractual.

El Código italiano ha regulado en forma general la cesión de contrato a título particular y por acto *inter vivos*, esto es, ha consagrado dicha figura jurídica como aplicable, en principio, a todos los contratos en general (aunque en la práctica la cesión de contrato opere muy preferentemente en relación a unos pocos supuestos: venta, arrendamiento y contrato de obra por empresa), sin perjuicio de que se haya preocupado también de regular por normas singulares algunos casos concretos de cesión que por sus peculiaridades lo ameritan, así: la cesión del contrato de compraventa, la del de arrendamiento por el arrendatario, la del de enfiteusis, la del de seguro, la del de consorcio y la del de fletamento y, por fin, la cesión de cartera por una sociedad de seguros, supuesto este último en que, frente a los demás, tiene lugar el traspaso de un conjunto de concretos contratos de seguro y no de un solo contrato.

Pero hay más todavía. El Código italiano declara no susceptibles de cesión algunos contratos, concretamente el de aparcería (art. 2.149) y el de colonato parciario (art. 2.169) en razón de la importancia que en los mismos tienen las características personales del aparcero y del colono; pues bien, destacados autores italianos se han encargado de señalar no sólo que semejante incesibilidad opera *ex uno latere*, o sea, a cargo exclusivamente del aparcero y del colono, pues el concedente puede ceder el contrato enajenando el fondo, sino incluso que la misma tiene siempre alcance relativo, ya que no operará, pues la norma que la sanciona no es de *ius cogens*, cuando la cesión sea consentida por la parte contratante que permanece en la relación contractual. "Que cierto contrato sea incesible —arguye atinadamente Messineo— quiere decir solamente que, sin consentimiento del otro, un contratante no puede sustituir a sí mismo por un tercero; pero no que exista una razón de orden público (y, por tanto, una norma inderogable) que prohíba la cesión de tal contrato. Por consiguiente, nada impide que, con el asentimiento de la contraparte (cedido), un contrato, aunque incesible por la ley, sea cedido". En su opinión, el legislador al sancionar el principio de la incesibilidad quiso, "más que imponer una verdadera prohibición, ejercitar sobre las partes una especie de sugestión para no efectuar la cesión, en vista de las peculiaridades de la relación de que se trata" (17).

Anteriormente hemos señalado que algún sector doctrinal se ha opuesto a dar beligerancia al mecanismo jurídico que se está considerando en base a estimar que el mismo es innecesario y aún redundante por ser posible traspasar el contrato íntegramente, sin necesidad de arbitrar un nuevo recurso, a través de los instrumentos de cesión de créditos y asunción de deudas permitidos, o permisibles, por el ordenamiento jurídico. Como fácilmente puede observarse, semejante con-

(17) MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, II, Buenos Aires, 1952, p. 243.

sideración tiene su punto de apoyo en la idea de que el contenido total del contrato viene dado por los créditos y deudas que el mismo ha generado.

Hoy tal idea es insostenible y, en consecuencia, se patentiza la necesidad de la conformación independiente de la cesión de contrato como figura netamente diferenciada de la transmisión de créditos y deudas particulares. En efecto, la dogmática moderna (sobre todo la pandectística) ha resaltado que los efectos del contrato no se circunscriben a la producción de créditos y deudas, pues al lado de éstos surgen a favor de las partes contratantes ciertos poderes (intermedios entre los derechos subjetivos y las simples facultades jurídicas) que, careciendo del elemento pretensión, permiten, no obstante, influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, mudándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas mediante propia actividad unilateral (acto real, negocio jurídico, instancia judicial o recurso administrativo) (18). Son los llamados derechos del poder jurídico, derechos potestativos, derechos de formación o derechos de modificación jurídica (tales como los derechos de impugnación, de rescisión, de resolución, de revocación, *ius eligendi* y *ius variandi* en las obligaciones alternativas, derecho de especificación o determinación, derechos de apropiación, etc.) (19).

Por tanto, aunque una de las partes contratantes de un determinado contrato transfiera a un tercero todos los créditos existentes a su favor y haga que por éste se asuman todas las deudas obrantes a su cargo no por ello habrá logrado que el contrato pase en su totalidad al extraño; es decir, éste no le sustituirá íntegramente en su posición de parte contractual, pues los derechos potestativos fundados e inherentes a dicha posición así como las facultades unidas a la misma continuarán operando todavía entre los contratantes originarios. Tendremos, pues, más que una genuina sucesión en el contrato, la accesión o adhesión de un tercero a un contrato que permanece centrado todavía en los sujetos que inicialmente lo concluyeron.

Se revela, en consecuencia, que los tradicionales y limitados medios de la cesión de créditos y la asunción de deudas no son suficientes ni aptos cuando se persigue la íntegra transmisión de una relación contractual (que un extraño al contrato subentre en la condición de parte sustituyendo o reemplazando a uno de los primigenios contratantes); la sucesión en el contrato no puede operar mediante recursos que, a fin de cuentas, no fueron diseñados pensando en ella. Se debe arbitrar otro mecanismo, un procedimiento jurídico que dote de cauce adecuado a una palpable necesidad práctica: tal es el de la cesión voluntaria o negocial del contrato.

Ahora bien, ¿puede admitirse esta figura jurídica en los ordenamientos que de manera expresa no la prevén en forma general, esto es,

(18) MESSINA, *Diritti potestativi*, en *Nuovo Digesto italiano*, IV, 1938, pp. 872.

(19) Cf. CASTÁN TOBEÑAS *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, 1963, pp. 39-44.

en cuanto aplicable, en determinadas condiciones y previos ciertos requisitos, a todas las relaciones contractuales?

En los países que legalmente está permitida la asunción de deudas a título singular (Alemania, Suiza, Austria, Méjico, etc.) la cuestión presenta menores problemas. Por el contrario, en los países que no tienen prevista dicha sucesión en la deuda (Francia, Bélgica, Portugal, España y casi todos los latinoamericanos, incluida Venezuela), la solución depende necesariamente del criterio que se sostenga en relación a este punto, que viene a configurarse, por ende, como una verdadera cuestión previa. Pues bien, ya se ha visto que en el ordenamiento venezolano no hay obstáculos legales o de otra índole para admitir pacíficamente el traspaso singular e *inter vivos* de la posición pasiva de la relación obligatoria. El inconveniente inicial queda superado entre nosotros.

Vayamos a los otros. La cesión voluntaria de contrato se sustancia en un contrato que teniendo por objeto una relación contractual se dirige a dar entrada a un nuevo contratante en sustitución de uno de los originarios, permaneciendo inalterada e idéntica dicha relación en todo lo que no sea la mutación personal perseguida, tal cual sucede en cualquier modalidad de sucesión jurídica. Es decir, toda la problemática en torno a la operabilidad de la figura se circunscribe y centra en el punto de si es posible un contrato de cesión de contrato, especie que no está dotada de una disciplina particular y expresa en el Código.

Pero así centrado el asunto, las dificultades se esfuman, las deudas se desvanecen, pues en el Derecho civil moderno uno de los principios cardinales e informadores es el de la libertad o autonomía contractual, en cuya virtud, y tomado ahora tan sólo en una de las varias acepciones o direcciones en que el mismo puede contemplarse (20), las partes pueden concluir cualesquier contratos que, aun careciendo de una particular normación jurídica, se dirijan a realizar intereses merecedores de tutela, siempre que se respeten los límites mínimos pautados por la ley para los contratos típicos. Estamos en el vasto campo de los contratos innominados, en el ámbito de la libertad jurídico-creativa que permite la adecuación del Derecho objetivo a los cambios y progresos de la vida práctica y la constante distensión de la norma en pos de una realidad siempre más rica y avanzada que cualquier previsión legal. Los nuevos contratos, los contratos no disciplinados por la ley son un fruto espontáneo de las cambiantes necesidades sociales, algo que naturalmente aflora en el tráfico para satisfacer nuevos intereses sociales; por ello, sin perjuicio de que en un ulterior momento sean recibidos por el ordenamiento jurídico, la legislación, en materia contractual, se encuentra siempre en una situación de atraso en relación a los usos practicados en la vida de los negocios. Por ello, en el Derecho moderno, la ley se limita a señalar unos requisitos o elementos mínimos necesarios en todo contrato, reglado o no, cubiertos los

(20) Cf. MESSINEO, *ob. cit.*, I, pp. 15-17; MESSINA, *Negozi fiduciarii*, Milán, 1910, p. 103.

cuales, se desentiende de la conformación y contenido que los particulares den al singular contrato concluido. Tan es así que en nuestros días, cada vez en forma más acentuada, el contrato tiende a considerarse como un esquema general que adquiere validez y es tutelado por el solo hecho de llenar los requisitos generales formales, independientemente de su coincidencia con una figura legal concreta (21).

En materia, pues, de cesión de contrato estaremos frente a un caso de contrato innominado que en cuanto reúna los requisitos o presupuestos de validez exigidos por el Código civil (art. 1.141) quedará abierto a la libre conclusión por parte de los interesados, sin que a ello obste la carencia de una específica previsión y regulación en el ordenamiento jurídico.

El argumento puede reforzarse, aunque en realidad no hace falta, si se considera que ya en el propio Código civil, en el Código de comercio y en otras normas nacionales, como antes se vió, están recogidos algunos particulares supuestos de cesión negocial del contrato y, sobre todo, de sucesión legal en el contrato. Ante un claro ejemplo de admisión como es el contemplado en el artículo 1.583 del Código civil a propósito de la cesión por el arrendatario de la relación contractual arrendaticia, cabe lícitamente preguntarse, ¿qué obstáculo o inconveniente puede haber para admitir la cesión del contrato de compraventa, de enfiteusis, de obra, de mandato, de fletamento u otro? No lo alcanzamos a ver, ya que en la locación no se dan particularidades institucionales que justificasen e hicieren apta su transmisión en relación a las otras figuras mencionadas; se trata tan sólo de un atisbo parcial del legislador, de una anticipación un tanto inconsciente que no pasa de ser otra cosa que la manifestación concerta e *in specie* de un fenómeno mucho más vasto y general. Una futura redacción del Código civil debe desembocar necesariamente, como ha sucedido en Italia con el Código de 1942, a sancionar la cesión del contrato como fórmula general aplicable a todos los contratos, en determinadas condiciones que ya se verán, que permita unificar, en lo sustancial, los aislados caso actuales, ahora cada uno a su aire, y sienta las bases estructurales mínimas para aquellos otros supuestos que, realizados en la práctica, carecen de toda previsión legal. El nuevo Código se limitará con esto a recibir como nominado un contrato hasta entonces innominado que, por virtud de las nuevas necesidades y exigencias económicas, la práctica mercantil había espontáneamente creado y consagrado. El Código se pondrá al día, se actualizará.

En aras, pues, de la autonomía de la voluntad contractual se puede y se debe defender en nuestro Derecho la factibilidad de la transmisión a un tercero de la posición contractual, la sustitución de una parte contratante por un extraño que viene a ocupar su lugar en una determinada relación contractual en virtud de un negocio de cesión. Ni siquiera se precisa echar mano al instrumento analógico (art. 4.º-2 C. c.) para extender a otros supuestos la transmisión de contrato prevista

(21) MESSINEO, *ob. cit.*, I, p. 382.

a propósito del arrendamiento, cosa perfectamente posible si se tiene en cuenta que, por ejemplo, entre el contrato de arrendamiento de cosa y el contrato de obra, a los efectos de su cesión, se da una igualdad jurídica esencial, y donde existe la misma razón, idéntica debe ser la regla aplicable (*ubi eadem ratio est ibi eadem iuris dispositio esse debet*), ni tampoco hace falta, para dar beligerancia en nuestro sistema positivo a la libre y plena mutación subjetiva de los contratos, recurrir a la sencilla consideración de que si en el momento actual la ley impone la subrogación o sucesión automática del sucesor en los derechos y obligaciones de la parte que sale de una determinada relación contractual [cesión *ipso iure* del contrato: transmisión legal de la posición de arrendador cuando se enajene la finca arrendada —art. 1.604 (*emptio non tollit locatum*)—, subrogación legal del nuevo empresario en el contrato de trabajo preexistente —art. 25 L. T.—, cesión de cartera por una compañía de seguros, etc.], antes de semejante imposición legal no debió haber obstáculo alguno para que los particulares pudiesen pactar la sucesión voluntaria en dichas relaciones contractuales (si el obstáculo dogmático, principista o institucional hubiere existido difícilmente el legislador habría impuesto como necesario lo que estaba vedado a la libre actividad negocial), más bien debió ser harto patente la conveniencia y aún la necesidad (y la difusión práctica) de la circulación de los aludidos contratos para llegar a predicarla la ley como automática e incluso requerirla imperativamente en algunos casos. Siendo esto así, ¿no cabe lícitamente sostener que es posible sustituir una persona por otra en una posición contractual cualquiera habida cuenta de que el legislador no tiene obstáculo para reconocer la posibilidad —y hasta la necesidad— del cambio de sujeto en cualquier momento? Repetimos, basta y sobra el principio de libertad de creación contractual para que pueda jugar a plenitud la cesión de los contratos por negocio.

A la admisión de la cesión del contrato no se opone ninguna norma imperativa (prohibitiva), y en Derecho civil lo que no es expresamente prohibido está permitido, mas, por ventura, ¿será contraria al orden público o a las buenas costumbres la función económico-social (causa) que a través de la misma se persigue y cumple, y, por ende, resultará contrato ilícito?

Según se entiende, generalmente, un contrato es contrario al orden público (contrato prohibido) cuando su finalidad atenta contra los principios fundamentales y los intereses generales sobre que descansa el ordenamiento jurídico de un país, y desde luego que, en forma evidente, en la transmisión de las relaciones contractuales no se da nada de esto, ya que la misma no pasa de ser otra cosa que una simple alteración subjetiva de las relaciones patrimoniales de las partes interesadas en la cesión.

Igualmente, un contrato choca contra las buenas costumbres (contrato inmoral) cuando su finalidad es contraria a los principios que en un determinado lugar y en un determinado momento constituyen la

moral social o corriente; pues bien, el contrato de cesión en sí, desde el punto de vista moral, es completamente inocuo porque su finalidad u objetivo no es, podríamos decir, autónomo sino instrumental; sirve tan sólo para hacer circular un contrato preexistente mediante la subrogación de un extraño al mismo en lugar de uno de los originarios contratantes, y ello, como es obvio, no puede repugnar a las *boni mores*. “Como tal negocio traslativo —enfatisa García-Amigo— la cesión de las relaciones obligatorias en sí no sólo no es inmoral, sino que facilita el tráfico de tal manera que lo inmoral sería prohibirlo” (22).

Ya se tiene pues, según creemos, plenamente desbrozado el campo. Nada hay que impida celebrar contratos que tengan por objeto transferir otros contratos, salvo el silencio (relativo) de la ley, silencio que, amén de que, como sabemos, no significa nada en el ámbito de la normativa civil, tiene su explicación y aun justificación en relación a la mayoría de los Códigos (aunque no en relación al nuestro) por haberse elaborado los mismos en momentos en que la dogmática jurídica construía el contenido del contrato como una simple suma o agregado de efectos jurídicos obligacionales y no como un todo unitario o unidad orgánica superior que trasciende de los particulares elementos componentes al modo de la doctrina jurídica de nuestros días (23); por ello cuando el legislador italiano de 1942 acomete la redacción del nuevo Código, participando en estas ideas, ve en el contrato un valor económico actual, apto, por ende, para circular como un todo a través del mecanismo de la cesión, cosa que desgraciadamente no hizo el legislador venezolano cuando para la misma fecha sancionó el Código civil vigente en la actualidad. Reveladoras son en tal sentido las siguientes palabras de Larenz: “Pero fuera una conclusión objetiva injusta querer derivar del silencio de la ley acerca de la asunción de un contrato el que no se permita asumir la posición contractual. El silencio de la ley se explica porque sus autores vieron en la relación obligatoria como un todo, no otra cosa que la suma de los créditos singulares pertenecientes a una u otra parte. El progreso del conocimiento científico que nos ha enseñado a ver en la relación obligatoria algo más que una *estructura* de derechos, situaciones jurídicas y obligaciones, no puede oponerse a la obtención de un resultado en forma alguna desaprobado por el legislador (24).

Aparte de que como se ha encargado de resaltar la misma doctrina tedesca, la cesión de contrato no sólo significa, respecto a la cesión de crédito, un instrumento de mayor perfección técnica y de mayores efectos en cuanto hace circular el contrato íntegro, sino que además, des-

(22) GARCÍA-AMIGO, *ob. cit.*, pp. 243-244.

(23) El carácter unitario de la relación contractual se patentiza cuando los autores hablan de que la misma es un *organismus* (SIBER, STOLL), un *Komplex* de derechos y obligaciones (ESSER), *ein Inbegrif* de derechos y obligaciones (SIMITIS), *ein Gefüge*, *ein Gebilde* de orden superior a la simple relación obligatoria (LARENZ), etc.

(24) LARENZ, *ob. cit.*, I, p. 488.

de el punto de vista práctico, presenta menos inconvenientes que aquélla, porque deja intacta la unidad de la relación contractual.

Vistas la conveniencia y utilidad (y aun necesidad económico-social), visto que no hay prohibición ni obstáculo legal o de otro tipo a la admisión de la cesión de contratos como figura de general aplicación, el fallo no puede ser otro en nuestro Derecho positivo, como en la generalidad de los ordenamientos que no la prevén, que el reconocimiento de la plena y libre operabilidad del mecanismo estudiado.

En la literatura jurídica venezolana el tema de la cesión del contrato no ha sido tratado. Por lo que hace a la jurisprudencia, nuestro más Alto Tribunal no ha abordado la figura con frecuencia, y cuando lo ha hecho, a propósito del artículo 1.583 del Código civil, sus conclusiones, desde el punto de vista dogmático, no han sido ni felices ni avanzadas; sirva de muestra la sentencia de 25 de octubre de 1954 de la extinta Corte de Casación (Sala Civil, Mercantil y del Trabajo) en la que se puede leer lo siguiente:

“El derecho que confiere al arrendatario el artículo 1.583 del Código civil, para subarrendar y ceder siempre que no exista estipulación expresa en contrario, ha de entenderse que lo autoriza para ceder cuantos derechos le correspondan en virtud del contrato, porque tal cesión no es otra cosa que la venta de un crédito, convención expresamente contemplada y reglamentada en nuestra legislación. La cesión de obligaciones, en cambio, no existe en nuestro ordenamiento jurídico como acto unilateral del deudor, pues para que éste pueda considerarse libertado de tales obligaciones es necesario que el acreedor convenga expresamente en ello (art. 1.317 C. c.). El contrato de arrendamiento, como sinalagmático que es, crea derechos y obligaciones. Quien cede, pues, un contrato de esta naturaleza, sólo puede ceder los derechos que de él se derivan para el cedente, pero no las obligaciones. No es correcto, por otra parte, hablar de cesión de obligaciones; desde luego que lo que existe es un simple cambio de deudor, la extinción de una obligación y el nacimiento de otra. Se concibe que pueda cederse un crédito, un derecho, sin la intervención del deudor, porque a éste le es indiferente pagar a uno u otro acreedor; pero no así al tratarse de obligaciones, porque en este caso el acreedor ha tenido en cuenta las condiciones de su deudor, señaladamente su solvencia. De ahí que se requiera expresamente su consentimiento para que se produzca novación, es decir, para que el primitivo deudor quede libre de sus obligaciones. Si tal consentimiento no existe, ningún efecto producirá la cesión del contrato de arrendamiento entre el dador y el primitivo arrendatario; el contrato original subsiste, conservando aquél cuantos derechos y acciones le corresponden en virtud del mismo. Al considerar, pues, la recurrida que la cesión de un contrato de arrendamiento, hecha por el arrendatario, comprende tanto los derechos como las obligaciones que de él se derivan para el cedente, y al considerar, igualmente, extinguida toda relación contractual entre el dador y el arrendatario cedente, ha infringido por mala aplicación el artículo 1.583 del Código

civil, y así se declara. También infringió la recurrida, al no aplicarlos los artículos 1.315 y 1.317 del mismo Código, infracciones que también han sido denunciadas, en razón de que la novación no se presume”.

El artículo 1.583 del Código civil (inspirado en el artículo 1.717 del Código civil francés (25) y en el 1.573 del Código civil italiano de 1865) dispone: “El arrendatario tiene derecho a subarrendar y ceder si no hay convenio expreso en contrario”. Los autores franceses al considerar las dos posibilidades que tiene el arrendatario: subarriendo y cesión del arrendamiento, estimaron que la primera implicaba un contrato de arrendamiento mientras que la segunda, al no existir en el ordenamiento galo la asunción de deuda a título singular, hacía referencia a una cesión de crédito. Todavía hoy, los hermanos Mazeaud creen que sería más correcto hablar de cesión del derecho del arrendatario que de cesión de arrendamiento, en razón de que el cedente sigue sujeto a todas las obligaciones para con el arrendador porque el crédito del arrendatario contra el arrendador es lo único cedido y no su deuda para con el arrendador, y que caso de que éste hubiera consentido liberar al cedente, la operación se traduciría entonces en una delegación perfecta y no en una cesión (26). Por el contrario, la doctrina italiana, ante un artículo del Código de 1865 similar al francés, se pronunció casi en bloque por la tesis de que se trataba de una auténtica cesión del contrato de arrendamiento.

La sentencia transcrita sigue el arcaico y defectuoso criterio francés cuando dice que el artículo 1.583 autoriza al arrendatario para ceder cuantos derechos le correspondan en virtud del contrato, porque tal cesión no es otra cosa que la venta de un crédito; es decir, no hay cesión o transmisión de la relación contractual como un todo, sino tan sólo un simple traspaso de los derechos derivados del contrato a favor del arrendatario (lado activo) y, además, a título de venta [con lo que incurre en el craso error de identificar cesión —acto abstracto de transmisión de créditos que puede descansar en variadas causas (venta, permuta, donación, etc.)— y venta, que no es sino una de las causas de la cesión o una manifestación concreta de la misma].

Semejante postura restrictiva y negadora de la posibilidad de ceder el contrato de arrendamiento es, a nuestro entender, totalmente errada en base a las siguientes consideraciones: a) El artículo 1.583 habla simplemente de que el arrendatario tiene el derecho de ceder; ahora bien, si tal cesión se refiriese a los derechos que le correspondan en virtud del contrato no habría razón para hacer mención expresa de la misma, pues todos los derechos de crédito son, en principio, transmisibles; por lo que hay que concluir que la cesión atañe a la posición contractual

(25) Según el artículo 1.717 del Código civil francés: “El arrendatario tiene derecho a subarrendar, y también el de ceder su arriendo a otro, si no se le ha prohibido esta facultad. La misma puede ser prohibida en todo o en parte. Esta cláusula es siempre de rigor”.

(26) MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, III - 4.º, Buenos Aires, 1952, p. 51.

íntegra. b) Por otra parte, si se defiende que la cesión afecta únicamente a los derechos del arrendatario, aunque desde un punto de vista teórico cabe sostener que la cesión así entendida, contrato de ejecución única, se diferencia del subarriendo, contrato de ejecución continuada o de tracto sucesivo (27), lo cierto es que desde el ángulo práctico ambas figuras se confunden por no darse entre ellas ninguna diferencia verdaderamente esencial (28). c) En fin, no se acaba de ver el porqué de tantos recelos y prejuicios para admitir la transmisión negocial del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario, cuando el propio Código, en caso de enajenación del bien arrendado, impone la subrogación legal del adquirente en la posición contractual del arrendador (art. 1.604 y ss. del Código venezolano, art. 1.743 del Código francés); si fuese jurídicamente imposible, por pugnar con un principio básico del ordenamiento, traspasar un contrato en su totalidad a un sujeto nuevo, el legislador hubiera meditado mucho antes de sancionar semejante sucesión *ope legis*. Mas si el adquirente se subroga por mandato legal en todos los derechos y obligaciones del arrendador, ¿qué puede impedir que voluntariamente un tercero reemplace al arrendatario en todos los suyos?

El pretendido obstáculo reside en ese “sacrosanto” principio, repetido una y otra vez entre nosotros un tanto irreflexivamente, de que en el Derecho venezolano no es posible la sucesión en la deuda a título singular, y del que se hace eco la sentencia que comentamos cuando dice que “la cesión de obligaciones, en cambio, no existe en nuestro ordenamiento jurídico como acto unilateral del deudor, pues para que éste pueda considerarse libertado de tales obligaciones es necesario que el acreedor convenga expresamente en ello”. Pero, señores, la asunción de deuda por acto unilateral del deudor no existe en nuestro ordenamiento ni en ningún otro (ni puede existir), porque no siendo indiferente al acreedor la concreta persona del deudor es obvio que hará falta su asentimiento para que el antiguo deudor salga de la relación y en su lugar se coloque uno nuevo; aparte de que cuando el deudor conviene con el que asume la deuda que éste ocupe su lugar en la misma relación obligatoria, está en el fondo disponiendo del derecho de crédito del acreedor (al imprimirle un cambio de dirección, ya que el acreedor habrá de dirigirse en lo futuro contra el asumente y no contra el primitivo deudor —modificación subjetiva de la obligación—), y, como sucede con todo acto de disposición de derechos ajenos, semejante actuación sólo será eficaz cuando precisamente el acreedor la ratifique, confirme o apruebe.

(27) Algunos autores hablan de que en el subarriendo hay una yuxtaposición de arrendamientos, mientras que en la cesión de arrendamiento se da una sucesión a título particular en facultades íntimamente unidas con obligaciones. O bien de que la cesión es la venta del derecho al arrendamiento, mientras el subarriendo es la locación del derecho al arrendamiento o de parte de ese derecho.

(28) Cf. los mismos MAZEAUD, *ob. cit.*, III-4.º, p. 50; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, IV, Madrid, 1956, p. 425.

Ahora bien, una cosa es decir que la asunción liberatoria de deuda no es eficaz sin el asentimiento del acreedor, afirmación absolutamente intachable, y otra muy distinta, como lo hace la aludida sentencia y la doctrina venezolana, que producido tal asentimiento al cambio de deudor se produce en forma necesaria la extinción de la obligación por novación subjetiva pasiva. Esto es lo que no resulta correcto. Lo que caracteriza y tipifica a la novación es el *animus novandi*, la intención de los interesados de extinguir una obligación y de sustituirla por otra nueva (*prioris debitum in aliam obligationem transfusio atque traslatio*), intención que debe declararse en forma clara y terminante (art. 1.315 C. c.); además, cuando adopte la forma de delegación, es necesario que el acreedor declare “expresamente su voluntad de libertad al deudor que ha hecho la delegación” (art. 1.317 C. c.).

En consecuencia, si frente a un nuevo deudor que acepta como suya la deuda de otro hay declaración de voluntad terminante por parte de los interesados de novar (*animus novandi*) y, además, el acreedor libera al originario deudor, estaremos frente a un supuesto de novación por cambio de la persona del deudor (sustitución de una relación obligatoria por otra). Por el contrario, si el acreedor acepta el nuevo deudor y libera expresamente al antiguo, pero no hay voluntad clara de novar o, incluso, lo que aparece claramente es la voluntad de no novar (es decir, se quiere que la obligación preexistente no desaparezca ni sea reemplazada por otra de nueva factura), ¿podrá afirmarse en tal caso que en el Derecho venezolano se produce la extinción novatoria de la obligación? De ninguna manera.

Ahora bien, si no hay novación, pese a que un nuevo deudor se sustituye al anterior, si tampoco se da un supuesto de delegación acumulativa (o imperfecta) de deuda o de adhesión o accesión en la deuda (29), porque el acreedor ha relevado o liberado al originario deudor, ¿qué es lo que hay realmente, pues algo tiene que haber? Quiérase o no, guste o no, tiene lugar una verdadera y propia sucesión singular y voluntaria en la deuda, es decir, una transmisión o asunción de deuda a título particular y por acto *inter vivos*: cambio jurídico-negocial de la persona del deudor en una relación obligatoria que permanece intacta en lo demás (el deudor anterior se libera, se subroga uno nuevo y la obligación sigue siendo la misma). Esto es, al menos para nosotros, absolutamente irrefutable.

Pues bien, como semejante negocio de asunción de deuda (que se puede celebrar entre el nuevo deudor y el acreedor, sin necesi-

(29) Supuesto en el que, como explica LARENZ, el anterior deudor no queda liberado, sino que el acreedor tiene un segundo deudor, pudiendo a su arbitrio dirigirse contra uno u otro; el deudor entrante debe lo mismo que el originario (al tiempo en que aquél interviene); el acreedor, por tanto, ha de recibir la prestación sólo una vez. En este caso de asunción no existe una “sucesión en la obligación”; mediante la agregación de un segundo deudor, el primero no queda liberado ni atenuada su obligación; sino que la relación de deuda ya existente se transforma, sin que cambie el contenido de la prestación debida, en una obligación solidaria (LARENZ, *ob. cit.*, I, p. 483).

dad del asentimiento del hasta entonces deudor, o entre el que asume la deuda y el antiguo deudor, requiriendo para ser eficaz la ratificación del acreedor) no se opone a ninguna norma imperativa, ni es contrario al orden público, ni atenta contra las buenas costumbres, hay que concluir que el mismo puede lícitamente concluirse en base al principio de la autonomía de la voluntad que preside todo el Derecho de obligaciones. Quede a la libre voluntad de los interesados novar o transmitir las obligaciones, pero, en todo caso, distíngase y admítase que novación subjetiva pasiva y asunción de deuda son dos fenómenos diferentes, con campos de actuación distintos y ambos con plena posibilidad de operar en forma autónoma (aparte de la estimable razón práctica, válida en Derecho como en los demás órdenes de la vida social, de que lo que abunda no daña).

Visto que en nuestro ordenamiento no hay obstáculo, antes bien está expedito el camino, para la asunción liberatoria (o privativa o traslativa) de deuda queda allanado el supuesto inconveniente para admitir que el artículo 1.583 del Código civil, como así lo hace, consagra un verdadero caso de cesión del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario (ni más ni menos como hay otros en nuestro Derecho en que legal o contractualmente se prevé la transmisión de la relación contractual), y queda demostrada lo inconsistente de la tesis sostenida por la sentencia de casación que se comenta. Si es posible en Venezuela, pese a la ausencia de una regulación general, ceder contractualmente los contratos, claro que, como ya se verá con detenimiento más adelante, en cuanto tal cesión implica asunción de deudas por el cesionario, hará falta, en principio, para su plena eficacia, la aprobación o asentimiento de la parte contractual que permanece en la relación (cedido).

Lo curioso es que este resultado parece admitirlo la sentencia del caso, si no resultara excluido por toda la argumentación anterior, cuando en uno de sus párrafos afirma que "si tal consentimiento no existe, ningún efecto producirá la cesión del contrato de arrendamiento entre el dador y el primitivo arrendatario". Quien infringió, pues, por mala aplicación, el artículo 1.583 del Código civil fue la sentencia de casación y no la sentencia de instancia recurrida, que había acogido la solución correcta al sostener que "la cesión de un contrato de arrendamiento, hecha por el arrendatario, comprende tanto los derechos como las obligaciones que de él se derivan para el cedente".

3. ESTRUCTURA JURÍDICA DE LA CESIÓN DE CONTRATO. CONSENTIMIENTO, OBJETO Y CAUSA

De lo que hasta aquí se ha expuesto se infiere que la cesión de contrato persigue la transmisión de la relación contractual como un todo; es decir, hacer subentrar un nuevo sujeto en la posición jurídica, activa y pasiva, de uno de los originarios contratantes.

La posición o situación de parte contratante viene dada por la

polarización en torno a cada uno de los centros de intereses de la relación contractual de una serie de créditos y débitos principales, de derechos potestativos y de derechos y deberes secundarios o accesorios que se conforma como un conjunto o todo unitario; o sea, la posición contractual resulta constituida por la cualidad misma de parte en el contrato. Pues bien, “es esta cualidad, con todo tipo de derechos y obligaciones dimanantes de la misma —señala Valls Taberner—, lo que interesa adquirir, de suerte que el cesionario venga a ocupar el mismo lugar del cedente y pueda en consecuencia ejecutar sus derechos, cumplir sus obligaciones o hacer valer los demás poderes o facultades, tales como las de resolver el contrato por incumplimiento, proceder a su revisión, anulación, o denuncia, etc.” (30).

De lo que resulta que en toda cesión de contrato debe distinguirse con toda nitidez entre el contrato que se transmite (contrato básico) y el negocio jurídico que provoca dicha transmisión, que no es otra cosa que un nuevo contrato (de cesión) entre el cedente y el cesionario sin el que (al menos en la cesión propia o *cessio ex voluntate*) aquélla no puede producirse. La cesión es, pues, un contrato distinto del contrato base o, en frase de Messineo, “la materia del contrato de cesión es un contrato”. Habremos de distinguir, en consecuencia, entre las partes que intervienen en el contrato de cesión, el objeto y la causa del negocio de cesión.

Por lo que hace a las partes, en cuanto la cesión de contrato tiene por finalidad hacer subentrar un extraño en la categoría de parte contractual desplazando a uno de los originarios contratantes, resultará que el negocio se desenvuelve entre tres centros de intereses autónomos: la parte que sale de la relación contractual cedida, la que entra en su lugar y la que permanece (cedente, cesionario y cedido).

El cedente busca, mediante el contrato de cesión, abandonar la posición contractual que le corresponde en el contrato básico (materia del contrato de cesión), liberarse de todos los derechos y obligaciones vinculados a dicha posición. El cesionario persigue, por el contrario, ser considerado parte contractual en un contrato ya existente en cuya conclusión no intervino, recibir en su persona todos los efectos obligatorios provenientes de la relación contractual. Al cedido, en fin, lo que le interesa es que la alteración subjetiva producida en el contrato básico no le perjudique patrimonialmente, por lo que se explica que para la plena eficacia de la cesión haga falta su asentimiento o aprobación. Y esto último es completamente natural, pues si mediante su entrada en la posición de contratante el cesionario asume las deudas del cedente debe operar el mecanismo ya visto a propósito de la sucesión en los débitos a título particular; por ello, como acertadamente señaló Puleo, “la adhesión del contratante cedido tiene por fin preservar del perjuicio que podría derivarse del cambio de la persona del deudor” (31).

(30) VALLS TABERNER, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Barcelona, 1955, p. 58.

(31) PULEO, *La cessione del contratto*, Milán, 1939, p. 76.

Los tres participantes en la cesión del contrato deben quererla o consentirla en cuanto la misma repercute patrimonialmente sobre ellos. Ahora bien, admitida como un *præius* incontestable la necesidad de que se den tres declaraciones autónomas de voluntad en el negocio de cesión, cabe preguntarse si ello determina inexcusablemente que el contrato de cesión deba ser trilateral.

Esta es la postura de la jurisprudencia italiana, según la cual: “la cesión del contrato asume la figura de un negocio jurídico plurilateral que precisa de la necesaria intervención de tres sujetos: el cedente, el cesionario y el cedido” (sent. 28 noviembre 1961); “el consentimiento del contratante cedido no tiene simplemente el valor de mera adhesión al acuerdo ya perfeccionado entre el cedente y el cesionario, sino el de elemento constitutivo de la cesión..., por tanto, sin aquel consentimiento, expreso o tácito, la cesión no es perfecta y no se opera la transferencia de la relación contractual ni de sus elementos activos y pasivos” (sent. 15 abril 1958); “mientras en la cesión de contrato el consentimiento del contratante cedido es un elemento constitutivo de la cesión, en la cesión de crédito, que importa la transmisión de un singular elemento de una relación que permanece íntegra, el consentimiento del deudor cedido es extrínseco a la convención” (sent. 12 julio 1957); “la cesión de contrato que, en la disciplina del vigente Código civil, supone la transferencia del contrato con prestaciones recíprocas, como un conjunto unitario de derechos y obligaciones, del cedente al cesionario está constituida por un complejo negocio de transmisión entre el cedente, el cesionario y el contratante cedido, cuyo fin común es la sustitución subjetiva en el contrato; por tanto, en tal negocio, a diferencia de la cesión de crédito, en la que hay transferencia de un singular elemento de la relación que permanece íntegra y en la cual el asentimiento del deudor cedido es extrínseco a la convención, el consentimiento del contratante cedido es elemento constitutivo como el consentimiento de los otros dos sujetos” (sent. 16 mayo 1955); etc.

Ella es también la posición dominante en la doctrina más reciente. A su tenor, el cedido es parte en el contrato de cesión, por lo que su declaración de voluntad es elemento integrante del consentimiento contractual. Tal consentimiento se integra por tres distintas declaraciones de voluntad (negocio trilateral); por tanto, si llega a faltar la del cedido no es que el contrato de cesión sea ineficaz respecto a él, sino que ni siquiera existe al no haberse formado el consentimiento constitutivo del contrato.

Por nuestra parte, no es que pretendamos desconocer ni aun rebajar la importancia del asentimiento del cedido, sin el cual la cesión no surte plenos efectos; tal asentimiento es siempre necesario si se quiere que la cesión de contrato opere cabal e íntegramente. Pero no creemos que de ello deba derivarse que en todo caso y sin excepción es necesaria para la perfección del contrato de cesión la concurrencia

de las tres declaraciones de voluntad antedichas; es decir, que siempre la cesión se estructure como un negocio plurilateral (trilateral).

Tampoco pensamos, como sostiene Barbero, que, por el contrario, la cesión de contrato se formule en todo supuesto como un convenio bilateral (entre cedente y cesionario), correspondiendo a la declaración de voluntad del contratante cedido únicamente el papel de un mero presupuesto de eficacia o *conditio iuris* para la eficaz operancia del negocio de cesión (32).

A nuestro entender deben distinguirse distintas hipótesis al respecto; casos en los que, sin duda, el contrato de cesión se presenta como trilateral y casos en los que, contrariamente, se nos aparece como bilateral, aparte de la necesaria complementación para su plena eficacia.

Ya sabemos que en la cesión de contrato, en cuanto implica transmisión de la relación contractual en su orgánica integridad (elementos activos y pasivos), al contratante cedido no puede serle indiferente la persona del cesionario, en razón de que éste no va a ser sólo su acreedor sino también su deudor; de aquí, como señala Messino, "el buen funcionamiento de la tesis de la necesidad del asentamiento del contratante cedido para que la cesión de contrato cumpla verdaderamente su finalidad práctica (33).

Por ello, precisamente cuando la cesión se concluye tan sólo entre cedente y cesionario, el contrato no surte efectos frente al cedido para quien dicho contrato es *res inter alios acta* (principios de la relatividad de los contratos, art. 1.166 C. c.); pero, ¿significa esto que el contrato en cuestión no exista o sea inválido? Creemos que no.

¿Cuál es la razón de que el negocio concluido sin el asentimiento del cedido sea ineficaz? Sencillamente que el cedente al pretender trasladar al cesionario el contenido contractual en toda su integridad, al mismo tiempo que está disponiendo de los créditos existentes a su favor, para lo cual no se precisa la intervención del contratante cedido, está disponiendo también de los derechos de crédito de éste al imponerles un cambio de dirección (mutación de la persona del deudor), de lo que resulta que el negocio es ineficaz por carecer uno de los contratantes del poder de disposición sobre los derechos que forman la materia del mismo (el poder de disposición, en cuanto es parte del contenido del derecho, sólo corresponde al titular del derecho subjetivo).

Ahora bien, ésto no da lugar a la invalidez del contrato de cesión; el contrato, en cuanto está provisto de todos sus elementos o requisitos constitutivos, es válido; lo que sucede es que, por la presencia de un obstáculo extrínseco (falta del poder de disponer), no es apto para producir efectos. Pero bastará que el contratante cedido dé su aprobación o asentimiento a la cesión para que, subsanado el defecto, la ineficacia quede eliminada retroactivamente, tal cual sucede en general

(32) BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, Milán, 1948, p. 226.

(33) MESSINEO, *ob. cit.*, II, p. 238.

con la disposición de derechos ajenos cuando su titular la ratifica o consiente.

Como se desprende de la *Relazione ministeriale al Codice civile* (16 de marzo de 1942), los trabajos preparatorios del Código italiano de 1942 rebajaron la importancia del asentimiento del contratante cedido, viéndose en él únicamente un presupuesto para la liberación del cedente, de manera que, si faltaba, la cesión era válida y aun eficaz entre cedente y cesionario, aunque no frente al cedido. Ahora bien, es patente que una cesión de contrato operando de esta manera escasamente puede presentar interés si lo que se persigue por su través es hacer subentrar en la relación contractual un nuevo contratante en lugar de uno de los originarios (traspasar el contrato íntegro); para tan limitados efectos no haría falta recurrir a la cesión de contrato, bastaría el mecanismo más simple y expedito de la cesión de créditos. “Una eficacia restringida a los participantes en la cesión (cedente y cesionario), pero sin que la cesión tenga efecto frente al cedido —no dice en tal sentido Messineo—, es prácticamente incompleta, puesto que ni el cedente quedaría liberado ni el cesionario podría ser legitimado a cumplir respecto del cedido, ni, lo que importa más, el cedido tendría el deber de cumplir en manos del cesionario” (34).

Pero no es esto lo que se está tratando, claro e indubitable, sino que partiendo del *prius* de que siempre y en todo caso es preciso el asentimiento del contratante cedido para que la cesión de contrato sea total y plenamente eficaz, ello no significa en forma necesaria que el contrato de cesión precise para su válida conclusión de tres partes contratantes (cedente, cesionario y cedido), es decir, que el consentimiento del mismo se deba integrar sin excepción por tres declaraciones de voluntad. Creemos que así como hay casos en que el mecanismo de cesión funciona en virtud de un contrato trilateral (sin adentrarnos aquí en la cuestión polémica de si se puede hablar o no rectamente de contratos plurilaterales) (35), hay también otros en que opera en base a un convenio bilateral, si bien en estos últimos, aun siendo válido el contrato, su plena eficacia queda subordinada al cumplimiento de un presupuesto o *conditio iuris*: el asentimiento o aprobación del contratante cedido.

Por ello, nos parece demasiado rigurosa la posición de aquellos autores que sostienen la tesis de que el contratante cedido es siempre parte en el contrato de cesión y que, por ende, su declaración de voluntad es elemento integrante inexcusable del consentimiento contractual. De acuerdo a la misma, el contrato de cesión sólo se perfecciona

(34) *Ibid.*, p. 237.

(35) MESSINEO no admite la categoría de contrato plurilateral en razón de que la idea de contrato supone el antagonismo de intereses entre las partes a cuya composición o armonía tiende precisamente el contrato; y todo antagonismo tiene como presupuesto necesario y suficiente la dualidad de partes. Estima que cuando entren varias partes a constituir un negocio jurídico habrá negocio plurilateral, pero no contrato plurilateral, pues el contrato es, por esencia, bilateral.

cuando concurren las tres declaraciones de voluntad (el cedido interviene no sólo en el instante de la eficacia sino en la conclusión misma del contrato) y se llega a hablar, con evidente impropiedad, de que si falta cualquiera de las tres, la cesión es inválida o, incluso, inexistente. Para concluir que, en todo caso y salvo especial previsión legal en contrario, la cesión de contratos es un contrato en cuya perfección intervienen tres partes: es trilateral.

Nuestra postura intermedia encuentra su mejor aval en la modélica normativa del Código civil italiano. En efecto, tras establecer en su artículo 1.406 que “cada una de las partes podrá sustituir a sí misma un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas, si éstas no hubiesen sido todavía ejecutadas, con tal que la otra parte consienta en ello”, prevé en el párrafo primero del artículo 1.407 que “si una de las partes hubiera consentido previamente que la otra sustituya a sí misma un tercero en las relaciones derivadas del contrato, la sustitución será eficaz respecto a ella desde el momento en que le haya sido notificada o en que la haya aceptado”.

Con lo cual tenemos que la cesión de contrato puede manifestarse y operar a través de alguna de las tres maneras siguientes: *a)* Mediante contrato a cuya formación coadyuven simultáneamente las declaraciones de voluntad de cedente, cesionario y cedido (convenio trilateral). *b)* Mediante contrato entre cedente y cesionario previamente consentido por el cedente (convenio bilateral). *c)* Mediante contrato entre cedente y cesionario y posterior aceptación del cedido (convenio bilateral). En todo caso, empero, debe resaltarse, una vez más, que aunque la cesión de contrato es válida por la sola participación de cedente y cesionario, para que sea eficaz respecto del cedido se precisa forzosamente de su asentimiento o aprobación, asentimiento que integrará el consentimiento contractual (pasando a ser elemento constitutivo de la cesión) cuando se dé junto a las declaraciones de voluntad de cedente y cesionario, pero que no formará parte de dicho consentimiento (ni, por ende, será preciso para la válida formación y conclusión del contrato) cuando se preste con anterioridad o posterioridad; aquí tan sólo estamos frente a un presupuesto para la plena eficacia del contrato de cesión intrínsecamente válido (por darse en él todos sus elementos constitutivos).

De todo lo antedicho se desprende la inexactitud de la posición adoptada por García-Amigo, el cual tras señalar, correctamente, que frente a la tesis que estructura bilateralmente la cesión de contratos se debe objetar que si se configura en tal forma no produce efectos para el cedido, ya que tan sólo él puede disponer de su derecho en el contrato base y que, por tanto, el cedido debe haber prestado su consentimiento para que quede vinculado por la cesión del contrato (por el efecto transmisorio que ella supone), pues, en caso contrario, la eficacia del negocio no le alcanza, afirma que “el acuerdo del cedente y cesionario puede tener ciertos efectos (una cesión cumulativa), pero

no existe la cesión verdadera y propia, por fallar una declaración de voluntad, siendo nula como tal cesión" (36).

Al no distinguir con nitidez, el autor citado, entre nulidad del contrato (carecía de algún elemento constitutivo) e ineficacia (contrato válido pero no apto para producir efectos a causa de un hecho extraño al mismo), llega a la contradictoria conclusión de que el acuerdo entre cedente y cesionario (cesión), pese a ser nulo, puede tener ciertos efectos, sin advertir que *quod nullum est nullum producit effectum*. El contrato de cesión concluido únicamente entre cedente y cesionario es un contrato válido, si bien no surte efectos respecto del cedido por estarse disponiendo, sin su participación, de los derechos que le corresponden en la relación contractual; por ello, subsanada esta situación mediante su asentimiento a la sustitución subjetiva en el contrato, la ineficacia desaparece, tal cual sucede en general con la disposición de derechos ajenos (falta de preexistencia del derecho transmitido en el patrimonio del enajenante) cuando el titular de los mismos la ratifica o confirma. Como apunta Larenz, "por regla general, la asunción de contratos es concertada entre la parte contratante saliente y la entrante, y para la eficacia de este contrato se requiere la aprobación de la parte que permanece en la relación, puesto que el contratante saliente ha dispuesto sin autorización de sus derechos contractuales" (37).

¿Cuál será el objeto del contrato de cesión? A lo largo del presente trabajo se ha dicho una y otra vez que la cesión persigue la sustitución o alteración subjetiva en el contrato básico, esto es la subrogación de un extraño al contrato en todos los derechos y obligaciones que del mismo nacieron en relación a una de las partes contratantes. Del mismo modo que tiene lugar la sucesión negocial en los créditos y en las deudas, se posible la sucesión negocial o *ex voluntad* en los contratos, considerados en su orgánica integridad.

Siendo esto así, como es consenso general, se comprende que no reviste mayor importancia ni altera en forma sustancial el funcionamiento del mecanismo trasferencial el enfocar el problema del objeto del negocio de cesión desde uno u otro ángulo y hacer énfasis, en consecuencia, sobre el particular y "agrandando" relieve que procura el peculiar objetivo manejado. Así, algunos autores hablan de que la cesión comprende la posición, situación o *status* jurídico de contratante (38), otros de que el contenido del negocio de cesión es la cualidad o categoría de parte en una relación contractual (39), otros, en fin, de

(36) GARCÍA-AMIGO, *ob. cit.*, p. 317.

(37) LARENZ, *ob. cit.*, I, p. 489.

(38) Cf., por ejemplo, BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milán, 1948, pp. 290 y ss.; FERRARA (jr.), *Per una disciplina legislativa actua cessione del contratto*, en *Rivista di diritto civile*, 1941, p. 108; VALLS TABERNER, *ob. cit.*, pp. 57 y ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, II, Milán, 1955, p. 41; LARENZ, *ob. cit.*, I, p. 488; etc.

(39) Así, MESSINEO, *ob. cit.*, II, p. 235; CARRESI, *La cessione del contratto*, Milán, 1950, p. 44; etc.

que el objeto de la cesión es la relación jurídica constitutiva del contrato base (40).

Como fácilmente se observará el adoptar una u otra expresión (pues de eso se trata) no depende de otra cosa sino del enfoque subjetivo y objetivo que se dé a la materia objeto del contrato de cesión, pero, en definitiva, tal objeto consiste siempre en la relación contractual o contrato básico que pasa íntegro o como un todo a un sujeto nuevo, lo cual produce, naturalmente, que el cedente venga a quedar extraído del contrato básico y el cesionario venga a entrar en él a todos los efectos en la posición contractual de aquél, respecto al contratante cedido y subjetivamente invariado; es decir, paso del contrato como un todo, y no transferencia aislada de los varios elementos que lo componen (41).

Y esto es en realidad de lo que se trata. El cedente quiere desentenderse por completo del contrato que concluyó, quiere que el tercero extraño al contrato (cesionario) subentre o se subrogue en el complejo unitario de derechos y obligaciones (orgánicamente interdependientes, como dice Andreoli) que del mismo derivan en relación a su persona, quiere dejar de ser parte contractual, y, como es obvio, semejante objetivo, perseguido mediante la cesión, resulta plenamente cubierto tanto cuando se dice que el contrato se ha transferido en su integridad o totalidad como cuando se habla de que lo transferido es la posición o situación jurídica de contratante (pues ésta no es sino la subjetivización de todos los efectos jurídicos derivados del contrato, esto es, el contrato mismo). Son fórmulas equivalentes, por tanto, transferencia de contrato y transferencia de la posición contractual; se enfoque objetiva o subjetivamente la materia objeto del negocio de cesión, ella es siempre una: la relación contractual entera.

En tal sentido, resulta exacta la afirmación de García-Amigo de que lo que constituye el objeto de la cesión es la relación contractual de contenido complejo y polarizado con referencia a una de las partes, formando lo que se denomina *status* o posición contractual, en cuanto que concepto comprensivo de todos los efectos nacidos para el cedente. "Esto —asevera— es lo efectivamente transmitido en la cesión de contratos, sometido en el cesionario como en el cedente a la ley de la norma negocial y del legislador" (42).

Desde luego no hace falta advertir que el objeto del contrato de cesión así entendido deberá reunir los requisitos y condiciones exigidos por el artículo 1.155 del Código civil (posibilidad, licitud y determinación o determinabilidad).

Hasta aquí se ha venido hablando indiferenciadamente de contrato sujeto a transferencia como objeto de la cesión. Ahora bien, ¿cualquier clase o categoría de contrato podrá constituir el elemento objetivo del mecanismo transmisorio estudiado? Hay que precisar:

(40) Cf. NICOLO, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1934, p. 291; PULEO, *ob. cit.*, p. 71; etc.

(41) ANDREOLI, *ob. cit.*, p. 33.

(42) GARCÍA-AMIGO, *ob. cit.*, p. 350.

El Código civil italiano, al regular en forma general la cesión de contratos, putualiza cuál va a ser el campo de operancia de la figura al establecer en su artículo 1.406 que cada una de las partes puede hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de "un contrato con prestaciones recíprocas, si éstas no hubiesen sido todavía ejecutadas". Es decir, circunscribe el instituto de cesión a los contratos con prestaciones recíprocas con tal que las mismas no se hayan cumplido todavía.

A nosotros nos parece que ese confinamiento de la esfera de actuación del negocio de cesión es completamente natural y resulta acomodado al fin que el mismo persigue. En efecto, cuando se trate de un contrato con prestación a cargo de una sola parte, ésta se encuentra en la posición exclusiva de deudor, mientras que la contraparte se halla en la posición exclusiva de acreedor. El peso del contrato, como ha significado Messineo, está todo de un lado; del otro lado está toda la ventaja, y por parte del acreedor no hay sino un comportamiento receptivo (43). En consecuencia no puede hablarse de transferencia a un tercero del conjunto unitario de derechos y obligaciones constitutivos de la posición de parte contratante; lo único que podrá funcionar será la cesión del crédito por parte del acreedor o la asunción singular de deuda. La cesión de contrato sólo tiene sentido y justificación en relación a aquellos contratos que producen obligaciones contrapuestas (prestación-contraprestación); es decir, en aquéllos en que cada una de las partes contratantes es a la vez acreedor y deudor contratos con prestaciones recíprocas o contratos bilaterales en la terminología de nuestro Código, art. 1.134).

Lo mismo puede señalarse respecto al segundo elemento limitador: que las prestaciones no hayan sido cumplidas en todo o en parte para el momento de la cesión. Si uno de los sujetos ya ejecutó totalmente su prestación, ha dejado de ser deudor en la particular relación contractual de que se trate, mientras que el otro ha dejado de ser acreedor. Nos encontramos, de nuevo, frente a dos partes, una de las cuales ostenta la posición exclusiva de acreedor y la otra la posición exclusiva de deudor; por tanto, lo que procede también aquí no es la cesión de contrato, sino la cesión de crédito o la sucesión en la deuda. Ahora bien, obsérvese que para que este segundo obstáculo opere se precisa que el cumplimiento de las obligaciones por una de las partes haya sido total e íntegro, pues, si el cumplimiento fue meramente parcial puede jugar sin inconvenientes la cesión del contrato por la porción de la prestación todavía no ejecutada, respecto a la cual se continúa siendo deudor.

Tendremos, pues, que la cesión de contrato se puede dar tanto en los contratos de ejecución única como en los contratos de ejecución continuada o periódica, y, respecto a estos últimos, sin importar que el cumplimiento no se haya iniciado todavía o esté parcialmente verificado (pero no concluido). Ahora bien, como no debe confundirse

(43) MESSINEO, *ob. cit.*, I, p. 413.

contrato de ejecución única (o de tracto simple) con contrato de ejecución instantánea, pues cabe que el contrato que se ejecuta con una *solutio* única sea, empero, a término o de ejecución diferida (el primer carácter hace referencia a la forma de ejecución, el segundo al momento de la misma), no es correcta totalmente la afirmación, hecha por García-Amigo, de que no se da realmente la cesión en los contratos cuyo cumplimiento es coetáneo o próximo a su perfección, ya que en su corta vida no se plantea el problema del cambio de sujetos (44). Y no es totalmente correcta, pues si bien se puede convenir en que no es susceptible de cesión el contrato de ejecución inmediata (o coetánea, como lo llama él), no puede predicarse lo mismo en relación al contrato de ejecución diferida, sin importar que tal aplazamiento sea más o menos próximo. Al hacer equivalentes cumplimiento coetáneo y cumplimiento próximo está fundiendo en una sola categoría dos especies contractuales netamente separables: el contrato de ejecución inmediata y el contrato de ejecución diferida.

¿Y la causa del contrato de cesión? La doctrina está de acuerdo en que la cesión de contratos supone un negocio jurídico causal, pero en lo que no hay unanimidad es en el señalamiento de cuál sea la causa *in concreto* del mismo. Veamos algunas posiciones:

Según Carresi la cesión del contrato no tiene una causa suya, individual, constante e inmutable, como sucede en los contratos nominados o típicos, sino que en cada caso tiene la causa del particular contrato que se transfiere (contrato base). La razón de ello estriba en que el contrato de cesión, aun siendo distinto del contrato base, asume su misma función, esto es, persigue el mismo fin económico-jurídico que el contrato con prestaciones recíprocas que constituye su punto de referencia objetivo. Por tanto, la causa de la cesión del contrato no puede determinarse *a priori* y en forma general, sino que habrá de recurrirse para su fijación a indagar cuál sea la causa, caso por caso, del particular contrato objeto de la cesión (45).

Por su parte, Galvao Telles, partiendo de considerar el contrato de cesión como de naturaleza mixta (contrato bifronte o de doble tipo), estima que su causa debe buscarse a través de la reciprocidad o compensación producida por el juego de las ventajas y sacrificios derivados del mismo. El contrato es a la vez una cesión onerosa de créditos y una asunción onerosa de deudas; se asumen las deudas propias del contrato que se transmite a manera de contraprestación por el beneficio que supone adquirir los créditos implicados en el mismo, y a la inversa (“cedo los créditos para liberarme de las deudas y asumo las deudas porque percibo los créditos”). Ahí radica la causa, ella no es otra que la misma del contrato base. Ahora bien, como puede suceder que, por una u otra razón, para el momento de la transmisión de la relación contractual no exista paridad o equili-

(44) GARCÍA-AMIGO, *ob. cit.*, p. 246.

(45) CARRESSI, *ob. cit.*, p. 54.

brio económico entre créditos cedidos y deudas asumidas, tendrá lugar alguna de estas dos situaciones: o bien se establece una prestación complementaria para remediar semejante desequilibrio, en cuyo caso la causa continúa siendo onerosa, o bien no se exige tal prestación complementaria, en cuyo caso, al “insinuarse un elemento de gratitud”, la causa viene a ser en parte gratuita y el contrato de cesión se convierte en *negotium mixtum cum donatione*. En suma, pues, la causa del contrato de cesión descansa en la del contrato cedido, sus características se obtienen al liquidar las prestaciones de éste, al someterlas a balance y comparación (46).

La posición de Carresi se puede rebatir con facilidad si se considera que la causa, en cuanto función económico-jurídica que el contrato cumple (el porqué del contrato), por cuya virtud cada parte se obliga a realizar la prestación, es siempre constante e inmutable para cada contrato con independencia de las concretas partes contratantes y de la intención personal de las mismas. Todo contrato debe tener su propia causa peculiar y exclusiva de él, que sirve para diferenciarlo de todos los otros, y además una causa sola; y esto vale tanto para los contratos nominados como para los innominados (como es el de cesión entre nosotros y en la mayoría de los ordenamientos positivos), lo único que sucede es que mientras en los primeros la causa es fijada por la ley, en los segundos (al carecer de disciplina particular en la ley) la causa es fijada por las partes o por los usos que en el tráfico ordinario se hayan creado en torno a ella. “Pero el hecho de que en el contrato innominado la causa tenga este origen diverso —nos dice Messineo—, no significa que ella deje de ser aquel elemento objetivo y constante que es, cuando el contrato es nominado, o que pueda haber un contrato innominado sin una causa que le sea propia” (47). El contrato innominado (y, por tanto, el de cesión) debe tener también, si se quiere que exista como contrato, una causa determinada, propia y exclusiva de él.

Y en realidad esto es lo que sucede con el contrato de cesión, el cual tiene su propia causa, constante e independiente de la causa del contrato base: la transferencia de la relación contractual cedida a un nuevo sujeto. Sin esta causa singular y específica ni siquiera podría hablarse de cesión negocial de los contratos.

Bien es verdad que el contrato de cesión viene dado en razón de un previo contrato, que sirve para hacer circular los efectos jurídicos de otra relación contractual, que es un contrato para el contrato (y en tal sentido quizá podría hablarse, creemos, de su función adjetiva o instrumental), pero ello no obsta, antes bien ahí radica precisamente la justificación, a que esté destinado a conseguir un fin económico-social concreto (la sustitución subjetiva en el contrato base), que es siempre distinto y diferenciable del fin que el contrato cedido per-

(46) GALVAO TELLES, *Cessão do contrato*, en *Revista de Direito da Universidade de Lisboa*, 1949, pp. 164 y ss.

(47) MESSINEO, *ob. cit.*, I, p. 394.

sigue. Por ello la afirmación de Carresi de que el contrato de cesión, aun siendo estructuralmente distinto, asume la misma función que el contrato base es sencillamente una contradicción *in terminis*, pues si su causa es la misma no cabe sostener su existencia autónoma, en razón de que la causa es precisamente el elemento contractual caracterizador y diferenciador de los contratos entre sí. Si se quiere sostener la dualidad negocial que implican contrato cedido y contrato de cesión, y esto no parece que lo niegue nadie, debe partirse, pues, como de un *a priori*, de que uno y otro tienen una causa suya, exclusiva e inconfundible: la del primero vendrá dada por el fin objetivo que está destinado a cumplir; la del segundo, por la entrada de un extraño como parte contractual en un contrato anterior, en cuya conclusión no intervino, que a su través se persigue y logra. Afirmar que puede haber contrato de cesión sin causa propia es una imposibilidad jurídica, pues equivale a decir que puede existir contrato sin uno de sus elementos constitutivos o esenciales (art. 1.141 C. c.); el pretendido contrato de cesión sin causa suya y caracterizadora no pasa de ser una mera ilusión, un espejismo.

Estas consideraciones sirven, en parte, también frente a la construcción que del elemento causal hace Galvao Telles. Este autor arranca de una base incorrecta: la de considerar que en el contrato oneroso se da un perfecto equilibrio económico entre prestación y contraprestación, una reciprocidad absoluta de ventajas y sacrificios, cuando sabido es que lo que caracteriza a dicha variedad contractual es tan sólo que prestación y contraprestación se encuentren en relación de equivalencia subjetiva (esto es, que cada una de las partes sufra un sacrificio patrimonial en correspondencia a la ventaja también patrimonial que percibe), sin que se precise que tal relación de equivalencia sea objetiva o económica. Antes bien, lo normal es que las prestaciones sean, desde el punto de vista económico, desiguales, porque, en definitiva, lo que mueve a las partes a contratar es la recíproca consideración de que para cada una de ellas la ventaja "vale más" que el sacrificio; se asumen las deudas por que se juzga que semejante carga queda suficientemente cubierta y superada (en el ámbito patrimonial) por los créditos que en contrapartida se adquieren.

Si el punto de arranque está viciado, viciadas deben estar también las conclusiones. La tesis del autor portugués de que cuando no exista exacto equilibrio económico entre las prestaciones del contrato cedido se establecerá una prestación complementaria, que mantendrá el carácter oneroso de la causa, o bien se prescindirá de dicha prestación, convirtiéndose la cesión en un negocio mixto *cum donacione*, aparte de dar lugar una duplicidad de causas (la del contrato base y la complementaria) para el contrato de cesión, lo cual ya sabemos no puede ser, pues todo contrato tiene una sola causa, y cuando nos hallamos frente a una pluralidad de causas es consecuencia obligada la de que bajo el pretendido contrato unitario se esconden varios con-

tratos distintos (tantos cuantas causas) (48), conduce casi inevitablemente a identificar y confundir la causa del contrato cedido y la causa del contrato de cesión, lo cual ya se ha visto es imposible si se quiere mantener la existencia autónoma del negocio de cesión.

Como resalta la mejor doctrina, al considerar la causa del contrato de cesión hay que prescindir del contrato base si se quiere configurar con nitidez la figura que se estudia. Sin duda que la relación económica entre las prestaciones del contrato cedido será tomada en cuenta en el momento de la cesión, pero de ahí no puede ni debe derivarse que la causa del contrato de cesión se halle en semejante relación. "Claro es—advierte atinadamente García-Amigo—que las partes tendrán en cuenta (y mucho) la disparidad económica entre las prestaciones y contraprestaciones contenidas en la relación contractual básica; pero será en un momento anterior a la declaración de voluntad, al instante de concluir o perfección del negocio. Mas lo que inmediatamente quieren, la causa jurídica, la finalidad objetiva y permanente, la función económico-social, en definitiva, que la cesión realiza, es la transmisión de la titularidad contractual; y, a cambio de esto, se pagará una contraprestación, o se hará con ella una donación. Pero en ambos casos la causa es única y distinta de la del contrato base: aquí se crea; en la cesión, se transmite" (49). O si se quiere, en palabras de Valls Taberner, el juego de contraprestaciones del contrato cedido será una noción económica que afectará al móvil impulsivo (mero elemento subjetivo), pero no a la causa del contrato de cesión en sentido técnico (elemento objetivo del contrato independiente de la voluntad de los contratantes y distinta del motivo, aunque por tal se entienda el motivo último o fundamental en el proceso de fijación de la voluntad contractual) (50).

Podemos concluir, pues, en relación al punto tratado que en cuanto contrato cedido y contrato de cesión constituyen dos contratos, cada

(48) Ello nos llevaría, como le sucede a GALVAO TELLES, a tener que admitir que en la cesión de contratos se da un doble contrato: la cesión de créditos y la asunción de deudas, ambas a título oneroso; contra la opinión dominante en la actualidad que ve en la cesión de contratos un negocio unitario, por cuya virtud no se opera la transferencia singular de concretos derechos y de concretas obligaciones sino la transferencia integral de todos los elementos activos y pasivos del contrato (la relación contractual como un todo o unidad compleja). Valga en tal sentido, por ejemplo, la siguiente definición de ANDREOLI: "La cesión de contrato (presupuesto este último como bilateral, al menos en la configuración típica de la figura), es el instrumento que permite realizar la llamada circulación del contrato, es decir, la transferencia negocial a un tercero (llamado cesionario) del conjunto de posiciones contractuales (entendido como resultante unitario de derechos y obligaciones orgánicamente interdependientes), constituida en la persona de uno de los originarios contratantes (llamado cedente); de tal forma que, a través de esa sustitución negocial del tercero en la posición de parte del contrato, en lugar del cedente, dicho tercero subentra en la totalidad de los derechos y obligaciones que en su orgánica interdependencia se derivan del contrato estipulado por el cedente"; *ob. cit.*, pp. 2-3.

(49) GARCÍA-AMIGO, *ob. cit.*, pp. 357-358.

(50) VALLS TABERNER, *ob. cit.*, p. 63.

uno con su propia vida y autonomía existencial, cada uno también, obviamente, debe tener su propia y peculiar causa, consistiendo la del segundo en la transmisión a un tercero de la relación contractual (tercero que subentra global y unitariamente en la posición de parte contractual sustituyendo a uno de los originarios contratantes). El hecho de que medien o no entre cedente y cesionario prestaciones complementarias no afecta en nada la sustancia de la causa del contrato de cesión, la cual permanecerá siempre siendo la misma; lo único que sucede es que dicha causa, constante e inmutable, se calificará, según los casos, de gratuita u onerosa. No es, pues, como dice García-Amigo, que la cesión de contratos sea un negocio con causa variable (frase que sin mayor precisión contradice sus anteriores aseveraciones correctas), sino que la causa del contrato de cesión, al ser el mismo innominado, puede presentarse, siendo la misma siempre, como onerosa o gratuita, según cuál sea la conformación que a dicho contrato se dé.

4. CESIÓN DE CONTRATOS Y FIGURAS AFINES

Estudiada en las líneas anteriores la estructura típica del negocio de cesión, no supone mayores problemas su neta diferenciación de otras figuras jurídicas que presentan, a primera vista, un contenido parecido o que cumplen una función económico-social aparentemente similar. Por ello no vamos a dedicar mayor extensión a este apartado.

Sí deben, empero, hacerse ciertas advertencias previas y delimitadoras. En primer lugar que, como se ha visto, la genuina y propia cesión implica la conclusión de un nuevo contrato, distinto al cedido, entre una de las originarias partes (cedente) y el tercero que va a entrar en la relación (cesionario), en cuyo caso es requisito imprescindible el asentimiento del contratante que permanece (cedido), o entre los tres sujetos interesados en la mutación subjetiva contractual (contrato plurilateral), por lo que no deben considerarse casos de verdadera cesión aquellos en que el contrato se traspassa en su integridad a un nuevo sujeto, sin la participación de la voluntad de los dos contratantes primitivos, bien en virtud de un acto unilateral, bien en base a una disposición legal (Messineo habla en tales supuestos de cesión impropia; ya se ha visto que la mayoría de los recogidos en nuestro ordenamiento positivo lo son de este tipo). En segundo lugar, que aunque la cesión de contrato supone, en principio y como directriz general, la intervención de los tres centros de intereses que por la misma resultan afectados patrimonialmente, hay algún caso esporádico en que, entendiéndose la ley que los intereses del cedido quedan atendidos de manera suficiente por las garantías en ella previstas, basta para la sustitución subjetiva en el contrato el simple acuerdo al respecto entre cedente y cesionario sin participación de aquél (es lo que sucede, por ejemplo, en nuestro Derecho con la cesión de cartera por las Empresas de seguros, en la que no hay declaración de volun-

tad de los asegurados, pero se exige como requisito previo, orientado a la protección de los mismos, la autorización de la Superintendencia de Seguros) (51). Y ya podemos pasar a las concretas diferencias:

A.—*Cesión de contrato y cesión de crédito.*

La distinción entre la cesión negocial de crédito y la de contrato es neta. La primera supone tan sólo la transmisión a un tercero de la titularidad activa de la relación obligatoria, mientras que la posición pasiva, si existe, continúa inmutada entre los primitivos sujetos.

Es decir, en la cesión de créditos la relación contractual permanece siempre, pese a la cesión, entre los primitivos contratantes porque la transferencia al cesionario de la posición de acreedor no altera en forma objetiva los débitos del cedido (a los que sólo imprime un cambio de dirección subjetiva en su cumplimiento), ni produce nuevas obligaciones respecto al cesionario, ni supone que el cedido venga obligado a cumplir en caso de que el cedente no cumpla los débitos a su cargo. Por ello se explica que en la cesión de crédito siendo indiferente al deudor cedido, por las consecuencias apuntadas, quien sea en concreto el acreedor, no haga falta su asentimiento para la eficacia de la misma.

Por el contrario, en la cesión de contrato al tercero pasa el contrato en su integridad; el cesionario sustituye al cedente en la condición de parte contractual, correspondiéndole, como conjunto unitario, todos los elementos activos y pasivos implicados en la misma y dando lugar a la liberación de aquél de los efectos jurídicos dimanantes de la relación contractual transferida. Ahí radica la justificación de que se exija imprescindiblemente, en principio, la aprobación del contratante que permanece en la relación para la eficacia de la cesión.

B.—*Cesión de contrato y asunción de deuda.*

Valga lo mismo que se acaba de decir, pero en sentido inverso, a propósito de la cesión de créditos. Aquí también hay cambio de un sujeto por otro en la posición pasiva de la relación obligatoria, permaneciendo inalterada la posición activa. Se cambia la persona del deudor, pero la relación contractual subsiste entre los primitivos contratantes, a diferencia de lo que sucede en la cesión de contrato en la que el tercero sucede al cedente en su propia calidad de contratante respecto a la contraparte, subtrando en la totalidad de los derechos y obligaciones derivados del contrato cedido.

(51) Según el artículo 73 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros: "La Superintendencia de Seguros autorizará la cesión de cartera cuando los bienes transferidos por la empresa cedente sean técnicamente suficientes para la cobertura de los riesgos o cuando la empresa cesionaria cubra con activos disponibles suficientes las diferencias, si las hubiere".

Sin embargo, la asunción de deuda, lo mismo que la cesión de contrato, al no serle indiferente al acreedor la persona contra quien deba dirigir su crédito, precisa para su plena eficacia de la aprobación de aquél.

C.—*Cesión de contrato y doble negocio de cesión de crédito y asunción de deuda.*

La diferencia también es clara y ya se ha visto con detenimiento en las páginas anteriores.

Mediante ese doble negocio se podrá obtener el traspaso a un tercero por parte de uno de los originarios contratantes de todos los créditos y deudas emanados de la relación contractual, pero nunca se logrará el traslado total e íntegro de ésta última, pues los derechos potestativos de ella derivados y las facultades inherentes a la condición de parte contratante continuarán vinculados a la persona del cedente. Aparte de que la cesión de contratos es un negocio jurídico unitario frente a la dualidad negocial que caracteriza a la otra figura.

D.—*Cesión de contrato y novación subjetiva.*

La novación subjetiva supone la sustitución de uno de los originarios sujetos de la relación obligatoria por otro nuevo ya en el lado activo ya en el lado pasivo de la misma; ahora bien, mientras semejante sustitución acarrea en la novación la extinción de la relación preexistente y su reemplazo por otra nueva (sustitución subjetiva económica pero no jurídica), en la cesión de contrato la relación permanece o subsiste idéntica pese al cambio de sujeto operado (sustitución subjetiva económica y jurídica). Aparte de que la novación se predica respecto a los particulares vínculos obligacionales mientras que la cesión de contrato actúa con referencia a la relación contractual entera (como complejo unitario de elementos activos y pasivos).

Pudiera pensarse que la distinción se esfuma, o al menos se hace más difícil, cuando en lugar de operar la novación activa o la pasiva juegue la novación a través de la denominada doble delegación (sustitución en el que la modificación subjetiva de la relación obligatoria tiene lugar tanto en su titularidad activa como en la pasiva); sin embargo, no ocurre tal, pues aparte de provocarse en este caso como en el anterior la extinción de la relación novada (cosa que no sucede con la cesión), y de no pasar al nuevo sujeto los derechos, facultades y deberes fundados e inherentes a la posición de parte contratante, resulta que, como advierte Messineo, para la delegación doble son necesarios dos actos (y no uno solo como para la cesión del contrato), y además con la delegación doble subentran dos nuevos sujetos (pasivo y activo), en tanto que con la cesión del contrato solo

un sujeto nuevo viene a participar en el lado pasivo y en el lado activo del contrato y de la relación obligatoria, mientras que el otro sujeto (contratante cedido) no cambia (52).

E.—*Cesión de contrato y accesión en el contrato.*

De la misma manera que la genuina asunción de deuda, que importa la liberación del anterior deudor, es algo distinto y debe separarse de la hipótesis en que un nuevo deudor se coloca junto al deudor originario respondiendo solidariamente con él, esto es, sin liberarlo (accesión en la deuda, adhesión a la deuda, delegación cumulativa o imperfecta, asunción cumulativa o confirmativa de deuda, etc.), la cesión de contrato propia, que da lugar a la salida total del cedente y, por tanto, a su liberación completa en relación con el contratante cedido, hay que diferenciarla de la situación que se produce cuando la entrada del nuevo contratante no acarrea la liberación del cedente, sino que ambos se constituyen en deudores solidarios de las obligaciones resultantes de la relación contractual o bien éste resulta nuevamente responsable en caso de que aquél no cumpla las obligaciones asumidas. En tal supuesto, previsto en el Código italiano aunque como excepcional (53), no tiene lugar realmente una verdadera cesión de contrato (sustitución de uno de los contratantes por un tercero que lo reemplaza totalmente en su posición contractual), sino más bien, con terminología germánica, una accesión en el contrato, en la que, señala Larenz, el accedente o entrante se hace deudor solidario en las obligaciones derivadas de la relación obligatoria (contractual, en nuestra dicción), dependiendo de la relación jurídica existente entre la parte contratante originaria y la entrante el que ésta quede como acreedor mancomunado o solidario (54). En un caso colocarse en lugar de..., en el otro colocarse al lado de...

F.—*Cesión de contrato y subcontrato.*

Por subcontrato (o contrato derivado) se suele entender aquel contrato de contenido igual al del contrato de que deriva (contrato base); es decir, constituye una manifestación del fenómeno jurídico denomi-

(52) MESSINEO, *ob. cit.*, II, p. 246.

(53) Dispone su artículo 1.408: "El cedente queda liberado de sus obligaciones hacia el contratante cedido desde el momento en que la sustitución resulta eficaz respecto de éste. Sin embargo, el contratante cedido, si hubiese declarado que no libera al cedente, podrá accionar contra éste cuando el cesionario no cumpla las obligaciones asumidas. En el caso previsto por el párrafo precedente, el contratante cedido deberá dar noticia al cedente del incumplimiento del cesionario, dentro de los quince días desde que se verificó el incumplimiento; en su defecto quedará obligado al resarcimiento del daño".

(54) LARENZ, *ob. cit.*, I, p. 490.

nado sucesión constitutiva, ya que en su virtud del derecho atribuido por el contrato base se desprende un nuevo derecho (que no implica su extinción aunque sí lo restringe), de estructura idéntica aunque, de ordinario, de menor contenido económico (55).

En base a ello podemos distinguir ambas figuras en razón de que mientras el subcontrato genera un nuevo derecho, la cesión supone la transferencia al cesionario del mismo derecho que pertenece al cedente y, como consecuencia, mientras ésta, por dar lugar a una sucesión traslativa, releva al cedente de los efectos jurídicos derivados del contrato cedido, aquél, que provoca una sucesión constitutiva, deja inalterada las relaciones que nacieron del contrato base. La cesión de contrato ocasiona la sustitución de una de las partes originarias, el subcontrato, por el contrario, mantiene el contrato entre las partes que inicialmente lo concluyeron.

Aparte de que mientras el contrato de cesión es estructuralmente distinto del contrato base, el subcontrato posee la misma naturaleza que éste, y de que siendo el primero de ejecución única (tracto único), el segundo es de ejecución continuada (tracto sucesivo).

G.—Cesión de contrato y contrato por persona a nombrar

Según Enrietti, contrato por persona a nombrar es aquel que se celebra con la reserva de señalar o designar en el futuro la persona que adquirirá y asumirá, como parte contratante, los derechos y obligaciones derivados del mismo (56).

Esta modalidad contractual produce sus efectos de manera inmediata entre estipulante y promitente, mas una vez hecha la declaración de nombramiento, la persona designada adviene con efecto retroactivo a la condición de parte contratante tal cual si el contrato se hubiere concluido por ella; por el contrario, si falta la designación (o si es inválida o hecha fuera de plazo), el contrato quedará firme, también con efecto retroactivo, entre las originarias partes contratantes. Por ello, dice acertadamente Messineo, que el contrato por persona a nombrar es en sustancia un contrato con sujeto alternativo y con efecto alternativo, resultando tal carácter alternativo de “la implícita inclusión de una condición resultoria con respecto a la adquisición del estipulante y, al mismo tiempo, de una condición suspensiva en relación a la adquisición por parte de la persona a determinar” (57).

La distinción de esta figura con la cesión de contrato es neta, pues en ella no hay transferencia de la posición contractual ni sustitución de uno de los contratantes por un tercero que ocupa su lugar,

(55) BACCIGALUPI, *Appunti per una teoria del subcontratto*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1943, I, pp. 181 y ss.

(56) ENRIETTI, *Il contratto per persona da nominare*, Turín, 1950, p. 3. Cf. también: SCISCA, *I contratti per persona da dichiarare*, Milán, 1952.

(57) MESSINEO, *ob. cit.*, I, p. 280.

ya que, hecha la designación, el sujeto nombrado es considerado a todos los efectos y *ex tunc* como si él mismo hubiera concluido el contrato, mientras que el originario estipulante se esfuma de la relación estimándose que nunca participó en ella. No hay, pues, adquisición derivativa, sino originaria.

H.—Cesión de contrato y contrato a favor de tercero.

Contrato a favor de tercero es aquel que atribuye en forma directa y autónoma un derecho a un tercero que no ha participado ni directa ni indirectamente en su formación y conclusión (58). Pues bien, la doctrina suele entender que tal derecho adquirido por el tercero no puede considerarse como propio del que estipuló el contrato y cedido luego al tercero o simplemente ejercido por éste en lugar de aquél, sino que le corresponde desde el instante mismo en que se perfeccionó la figura contractual que se considera.

En base a esto la separación es patente, pues, aparte de que en la cesión de contrato el cesionario se subroga en todos los derechos y obligaciones del cedente, mientras que aquí el tercero se presenta como adquirente tan sólo de derechos, la cesión es traslativa y en cambio el contrato a favor de tercero es constitutivo, lo que supone, amén de la distinta eficacia de una y otro en relación a la permanencia de las primitivas partes contratantes, que en la primera hace falta la preexistencia de la relación contractual cedida cosa que no sucede en el segundo.

Y ya podemos poner fin a este afanoso trabajo señalando como conclusión que la cesión de contrato no es sino una manifestación concreta del mecanismo sucesorio general, que importa una auténtica y genuina sucesión a título particular y por acto entre vivos en el contrato, dispuesta por la voluntad de los interesados (cesión negocial o *ex voluntate*), en cuanto un tercero subentra en la posición de parte contractual, reemplazando o sustituyendo a uno de los contratantes originarios en la titularidad activa y pasiva de la totalidad (como conjunto unitario) de las relaciones jurídicas derivadas de la relación contractual transferida.

BIBLIOGRAFIA

- ANDREOLI, *La cesión del contrato*, Madrid, 1956.
BACCIGALUPI, *Appunti per una teoria del subcontratto*, en *Rivista di diritto commerciale*, I, 1943.
BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milán, 1948.
BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, Milán, 1948.

(58) Cf. PACCHIONI, *Contratos a favor de tercero*, Madrid, 1948, p. 18.

- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, II, Milán, 1955.
- CARRESI, *La cessione del contratto*, Milán, 1950.
- CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, IV, Madrid, 1956.
- CASTAN TOBEÑAS, *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, 1963.
- COSSIO, *La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, I, Madrid, 1945.
- CRISTÓBAL-MONTES, *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964.
- CRISTÓBAL-MONTES, *La venta de herencia*, Caracas, 1968.
- DE DIEGO, *Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912.
- ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*, I, Barcelona, 1939.
- ENRIETI, *Il contratto per persona da nominare*, Turín, 1959.
- FERRARA (jr.), *Per una disciplina legislativa della cessione del contratto*, en *Rivista di diritto civile*, 1941.
- GALVAO TELLES, *Cessão do contrato*, en *Revista de Direito da Universidad de Lisboa*, 1949.
- GARCIA-AMIGO, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Madrid, 1964.
- GONZALEZ PALOMINO, *La adjudicación para pago de deudas*, en *Estudios jurídicos de arte menor*, I, Pamplona, 1964.
- LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958.
- MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, III - 4.º, Buenos Aires, 1962.
- MESSINA, *Negozi fiduciarii*, Milán, 1910.
- MESSINA, *Diritti potestativi*, en *Nuovo Digesto italiano*, IV, 1938.
- MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, I-II, Buenos Aires, 1952.
- MOSSA, *Vendita di contratto*, en *Rivista di diritto commerciale*, II, 1928.
- NICOLO, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1934.
- PACCHIONI, *Contratos a favor de tercero*, Madrid, 1948.
- PULBO, *La cessione del contratto*, Milán, 1939.
- SCISCA, *I contratti per persona da dichiarare*, Milán, 1952.
- VALLS TABERNER, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Barcelona, 1955.
- VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid, 1934.
- WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, Turín, 1930.

El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en Italia

Por JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. Las etapas legislativas del régimen de control de cambios italiano.—2. El "Ufficio Italiano dei Cambi" y su competencia.—3. La evolución legislativa del régimen jurídico italiano de inversiones de capital extranjero.—4. Las inversiones directas para la creación o ampliación de empresas productivas.—5. El procedimiento a seguir para realizar inversiones directas extranjeras.—6. Las inversiones de cartera y las cuentas bancarias de extranjeros.—7. Los requisitos y aspectos comunes para las inversiones directas y las de cartera.—8. Particular examen de las deudas contraídas en Italia por empresas extranjeras y sus actos de enajenación.—9. El régimen legal de los préstamos privados extranjeros.—10. Notas comparadas entre los regímenes italiano y español de control de cambios e inversiones de capital extranjero.

1. LAS ETAPAS LEGISLATIVAS DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CAMBIOS ITALIANO

Una intervención radical de los movimientos de capital en Italia se advierte principalmente en dos períodos: el que comienza a partir del año 1934 y se acaba con el segundo conflicto bélico mundial y el que se inicia con el Decreto-Ley del 17 de mayo de 1945 y se concluye con la liberalización progresiva de su régimen al proclamarse en 1958 la convertibilidad de la lira.

El primer período de control de cambios, correspondiente a una política económica nacionalista y autárquica, se inicia con los Decretos-leyes del año 1934, sustituidos por la fundamental Ley del 9 de enero de 1936, que establece la cesión obligatoria de divisas y la necesidad de declarar la posesión de títulos emitidos en el extranjero. También se dispone por Ley de 17 de enero de 1935 que se declare al Banco de Italia todo lo concerniente a los créditos obtenidos del exterior y a la propiedad de los títulos extranjeros o italianos emitidos en el extranjero; una disposición complementaria sobre la cesión obligatoria de dichos créditos se da por el Decreto-Ley del 7 de agosto de 1936 (1). Para sancionar las infracciones en materia de cambios

(1) Cfr. ASCARELLI, *Controllo sulle divise ed debiti di moneta estera*, en *Rivista del diritto commerciale*, I (1936), pp. 195 y ss.; VALERI, *Diritto cambiario italiano*, Milano, 1936; RENZI, *Tecnica degli scambi con l'estero*, Milano, 1937;

se promulgan dos normas: los Decretos-leyes del 12 de mayo y del 5 de diciembre de 1938 (2).

Al producirse la segunda guerra mundial se refuerza la legislación de control de cambios mediante nuevas disposiciones con la necesidad de ceder obligatoriamente las divisas y los títulos extranjeros (Leyes del 8 de julio y 27 de noviembre de 1939 y el Decreto Ministerial del 14 de julio de 1943) (3). La inversión de capitales extranjeros también se reglamenta siguiendo los criterios de política autárquica y de defensa de la industria nacional (Decreto-Ley del 24 de julio de 1942) (4).

Un segundo periodo del régimen de control de cambios italiano tiene lugar a partir de la postguerra, en 1945, cuando se establecen nuevas disposiciones sobre la obligatoriedad de la cesión al Estado de las divisas extranjeras (Decreto-Ley del 26 de marzo de 1946 y los Decretos Ministeriales del 5 de marzo y 13 de abril de 1946) (5), otorgándose atribuciones en materia de cambios al Ministerio de Comercio Extranjero (Decretos del 16 de enero y 2 de septiembre de

SARTESCHI, *La disciplina dei cambi nella nuova legislazione italiana*, en *Monitore dei tribunali* (1937), pp. 513 y ss., y *Valute e scambi italiani in regime di eccezione*, en *Rivista italiana di diritto finanziario* (1938), pp. 311 y ss.; STAMMATI, *Restrizioni di pagamento allestero e obblighi del mutuatario*, en *Diritto e pratica commerciale*, II (1938), pp. 12 y ss.; ASCARELLI, *Legislazione sulle divise e principi generali delle obbligazioni*, en *Il foro italiano* (1938), pp. 855 y ss.

(2) Cfr. LA ROSA, *Le nuove norme per l'acertamento delle trasgressioni in materia valutaria e di scambi con l'estero*, en *Diritto e pratica tributaria* (1938), pp. 352 y ss., y *Il decreto ministeriale di condanna per l'inosservanza delle norme sugli scambi e sulle valute*, en *Diritto e pratica tributaria* (1938), pp. 107 y ss., y *Le nuove norme per la repressione delle violazioni delle legge valutarie*, en *Diritto e pratica tributaria* (1939), pp. 23 y ss.; DIGENNARO, *Le trasgressioni alla disciplina valutaria ed il "commisum" dei valori caduti in contravvenzione*, en *La giurisprudenza italiana*, IV (1939), pp. 145 y ss.; MANFREDINI, *Sui delitti valutari*, en *La Corte di Assise* (1940), pp. 333 y ss.

(3) Cfr. DI LORENZO, *La tutela del bave pubblico valuta e degli altri mezzi di pagamento al estero*, en *Il foro amministrativo* (1940), pp. 17 y ss.; ANGELUCCI, *Il carattere della disciplina valutaria, introdotta della legge 28 luglio 1939, b. 1097, e conseguente in ordine alla applicazione retroattiva delle disposizioni piu favorevoli del d.l. 31 luglio 1945, n. 460*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, II (1948), pp. 179 y ss.

(4) Ya con anterioridad: NITTI, *Il capitale straniero en Italia*, Bari, 1915; FANNO, *I trasferimenti anormali dei capitali e le crisi*, Torino, 1935.

(5) Cfr. DE LONGHI, *Debiti in moneta estera, provvedimenti restrittivi e clausele di garanzia monetaria*, en *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, Sez. civ. I-2 (1946), pp. 266 y ss.; SALANDRA, *Préstito obbligatorio pagabile in diverse valute*, en *Il foro italiano* (1947), pp. 195 y ss.; DELL'AMORE, *Il regime valutario attuale en Italia*, en *Rivista di diritto bancario* (1948), pp. 97 y ss.; BENETTINI, *Giurisdizione speciale penale del Ministero delle Finanze in tema di operazioni (isle) cambi o divise e di commercio dell'oro*, en *Il diritto commerciale* (1948), pp. 88 y ss.; CANSACCHI, *Alcuni aspetti giuridici del monopolio statale dei cambi*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, I (1949), pp. 259 y ss.; MENGHINI, *Il sistema valutario*, Napoli, s.a. BOLAFFI, *Legislazione valutaria e diritto privato*, Milano, 1950; D'ALAURO, *La politica degli scambi con l'estero*, Genova, 1950; LEINEN, *Legislazione valutaria dal 1917 al 1950*, Roma, 1951; LAGOSTENA, *La legislazione e le norme vigenti in materia di scambi commerciale con l'estero*, en *Comercio estero*, II (1951), pp. 695 y ss.

1946), y concretándose, además, las normas para la cesión de divisas a la "Oficina Italiana de Cambios". El Decreto-Ley del 19 de septiembre de 1949 establece las modificaciones a las disposiciones dadas para los negocios de cambio (6) y la Ley del 20 de julio de 1952 regula los pagos anticipados de mercancías importadas.

Nuevas normas sobre negociación y cesión de moneda extranjera al Estado son ordenadas por el Decreto-Ley del 28 de julio de 1955, así como por el Decreto-Ley del 6 de junio de 1956, en cuanto dispone sobre divisas y la creación de un mercado libre de títulos de Estado y billetes de bancos extranjeros (7). Otros cinco Decretos Ministeriales del 6 de junio se dan en el año 1956 acerca de deudas y créditos contraídos hacia el extranjero, la cesión al Estado de la moneda extranjera, la creación de un mercado libre de billetes extranjeros, autorizándose a contraer préstamos en el extranjero por una duración no superior a doce meses y derogándose los decretos ministeriales que contienen disposiciones valutarias. Otro Decreto Ministerial de 28 de diciembre de 1956 establece medidas sobre la caución prevista por el artículo 1.º de la Ley de 20 de julio de 1952 (8).

Modificaciones aparecen con el Decreto Ministerial del 29 de enero de 1958, que da normas para la aplicación del artículo 6 del Decreto-Ley del 6 de junio de 1956, en cuanto a las cesiones, las adquisiciones y otros actos de disposición sobre títulos de crédito de cualquier especie, y, el Decreto Ministerial del 28 de mayo de 1958, que publica una nueva regulación relativa a las normas del Decreto Ministerial del 6 de junio de 1956 acerca de los créditos y deudas para el extranjero (9). Por último, el 27 de diciembre de 1958 se proclama la convertibilidad de la lira con las demás monedas extranjeras (10).

Si bien en estos dos periodos se ejerce un régimen de control de cambios más rígido, que con la convertibilidad tiende a aminorarse, no por eso desaparece completamente. Otras disposiciones vienen a mantener dicho control. Así, para la transmisión de cuotas de participación de sociedades con sede en el extranjero y la adquisición de títulos y acciones emitidas en el extranjero, son normadas por el

(6) Cfr. DELL'AMORE, *La tecnica del commercio internazionale: i contingenti*, Milano, 1949.

(7) Cfr. CARLI, *L'evoluzione delle legislazione italiana in materia di controllo degli scambi internazionali e di disciplina del commercio dei cambi*, en *Risparmio* (1956), pp. 1211 y ss.; M. C., *La liberalizzazione delle negoziazioni di divise in Italia*, en *Rivista internazionale di scienza economica e sociale* (1956), pp. 561 y ss.

(8) ORUSA, *Disciplina degli scambi valutari (rassegna giurisprudenziale, 1950-1957)*, en *Il diritto dell'economia* (1959), pp. 581 y ss.

(9) Cfr. ZAPPA, *La tecnica dei cambi esteri. Teoria e pratica dei pagamenti internazionali*, Roma, Milano, Napoli, s. a. [1960].

(10) Cfr. MASERA, *La portata della convertibilità valutaria adottata con le misure del 27 dic. 1958*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1959), pp. 272 y ss.; SEGRE, *Cambi fissi e cambi flessibili per i movimenti di capitali*, en *Bancaria*, 15 (1959), pp. 1273 y ss.; LIONETTI, *Il regolamento dei pagamenti internazionali ed i cambi*, Milano, 1960.

Decreto Ministerial del 28 de julio de 1959; también se dispone acerca de la adquisición y venta de títulos obligatorios y de las acciones emitidas y pagaderas en el extranjero por el Decreto del 8 de marzo de 1963 (11).

Los plazos de utilización de las divisas extranjeras acreditadas en cuentas valutarias aparecen delimitados por el Decreto Ministerial del 10 de marzo de 1960 (12); también se dan normas más flexibles para las importaciones y exportaciones por el Decreto Ministerial del 8 de julio de 1960 y otro Decreto Ministerial del 4 de enero de 1965 determinará los plazos para el cobro de créditos y el pago de deudas correspondientes a mercancías y servicios.

El ordenamiento italiano en materia de cambio y de divisas es de naturaleza imperativa y restrictiva y respondió a un criterio exclusivista en cuanto a su competencia territorial; es a partir de su segundo período cuando se cominza a realizar una tendencia liberalizadora en cuanto a sus modalidades operativas (13).

La esfera de aplicación de las normas de control de cambios están claramente delimitadas tanto en un sentido objetivo (domicilio y residencia en el país) como subjetivo (nacionalidad y ciudadanía italiana); otros criterios de ligamen resultan cualificados al ser "exportador de mercancías de producción nacional" (artículo 1.º, Decreto 26 marzo 1946) y al realizar "inversiones de capital extranjero" en Italia cuando sus titulares (italianos o extranjeros) residan en el extranjero (artículo 2.º, Decreto 26 marzo 1946).

En el ámbito de la contratación, las normas restrictivas sobre el cambio y las transferencias de divisas extranjeras, al estar necesitadas de una "autorización" (14) o "licencia" (15), repercuten en el cumplimiento y ejecución de las obligaciones estipuladas. Por lo que

(11) Cfr. LORUSSO, *Tecnica degli scambi e dei cambi controllati*, 2.ª ed., Milano, 1963.

(12) Cfr. MANCIOTTI, *Conti e depositi bancari soggetti a controllo valutario*, en *Il regolamento dei pagamenti internazionali*, Milano, 1960, pp. 177 y ss.

(13) Cfr. CARLI, *Evoluzione della legislazione italiana del controllo degli scambi e dei cambi*, Roma, 1951; MAFFEI, *Libertà contrattuale e monopolio dei cambi*, en Banca, borsa e titoli di credito, I (1954), pp. 664 y ss.

(14) En cuanto a la naturaleza y efectos de la "autorización", cfr. VIGNOCCHI, *La natura dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944; DISTASO, *La natura giuridica della autorizzazione amministrativa e vizio di validità degli atti compiuti senza di esse. Considerazioni in tema di vizio di validità del contratto del "falsus procurator"*, en *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, secc. civ., 2.º (1949), pp. 868 y ss.; COLLETTI, *Sugli effetti della autorizzazione amministrativa*, en *Il foro italiano*, I (1957), pp. 423 y ss.; BAELI, *Le autorizzazioni generali e particolari in materia di importazione ed esportazione di merci e di capitali*, Roma, 1957; CASSARINO, *Difetto di autorizzazione e validità dell'atto*, en *La giurisprudenza italiana*, IV (1954), pp. 33 y ss.; SACCHI MORSIANI, *Autorizzazione in funzione di controllo*, en *Rassegna di diritto pubblico* (1961), páginas 50 y ss.

(15) Cfr. ROSSI, *La natura giuridica dalla licenza di importazione*, en *Rivista del diritto commerciale*, II (1961), pp. 360 y ss.; ALLEGRA, *Licenza e permessi in materia di importazione ed esportazione*, en *Vita doganale* (1961), pp. 461 y ss.

a los efectos se refiere, representan una excepción aquellos autores para quienes en caso de falta de licencia o autorización puede darse una imposibilidad de ejecución por fuerza mayor (16), mientras que el criterio mayoritario y más autorizado rechaza dicha conjetura por errónea, puesto que olvida que por tratarse de obligaciones monetarias son de naturaleza genérica e imperecederas y siempre realizables por su posibilidad de conversión (17), según confirma reiteradamente la jurisprudencia (18).

En cuanto a las personas jurídicas y sociedades extranjeras que tienen una sede en Italia quedan sometidas a la legislación italiana, tanto a la competencia del derecho común como en caso de quiebra (19), como del derecho especial de control de cambios.

(16) BASSANO, *Inadempimento dell'obbligazione e norme valutarie straniere*, en *Giurisprudenza italiana*, I (1938), pp. 865 y ss.; SCALFATI, *Questioni di diritto internazionale privato derivanti dalle legge restrittiva in materia di cambi e divise*, en *Revista di diritto internazionale* (1942), pp. 44 y ss.; INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE, *Italie. Information générale*, en *Le contrôle des changes*, cit. p. 263.

(17) ANZILOTTI, *Sugli effetti dell'inadempimento di obbligazioni internazionali aventi per oggetto una soma di denaro*, en *Rivista di diritto internazionale*, VII (1913), pp. 54 y ss.; ASCARELLI, *Legislazione sulle divise e principi generali delle obbligazioni*, en *Il foro italiano* (1938), pp. 855 y ss.; MONTELE, *Legislazione straniera sulle divise ed impossibilità della prestazione*, en *Rivista italiana di diritto finanziario* (1938), pp. 100 y ss.; STAMMATI, *Restrizioni di pagamento all'estero e obblighi del mutuatario*, en *Diritto e pratica commerciale*, II (1938), pp. 12 y ss.; ANDRIOLI, en *Il foro italiano*, I (1939), pp. 571 y ss.; ASCARELLI, *Il tema di clausole in moneta estera, conversione di moneta estera in moneta nazionale; influenza della legislazione di controllo dei cambi e cambi vigenti per la lira, ahora en Scritti giuridici sulla moneta*, Milano, 1952, pp. 203 y ss., y *Controllo sulle divise e debiti di moneta estera*, en *Rivista del diritto commerciale*, I (1956), pp. 195 y ss., y *Obbligazioni pecuniarie (arts. 1.277-1.284)*, Bologna-Roma, 1959, p. 240.

(18) Entre otras sentencias, las más recientes v. Cass. 30 mayo 1958, en *Diritto internazionale*, XIV (1960), p. 413; Cass. 16 junio 1958, en *Diritto internazionale*, XIV (1960), p. 415; App. Lecce 30 junio 1958, en *Diritto internazionale*, XIV (1960), p. 419; Cass. 1 abril 1964, en *Diritto internazionale*, XX-3 (1966), p. 51; Cass. 24 julio 1964, en *Diritto internazionale*, XX-3 (1966), p. 81. También: MONTELE, *Questioni in tema di moneta e titoli di credito*, Napoli, 1960, pp. 16 y ss.; TREVES, *Problemi internazionale privatistici delle obbligazione pecuniarie nella giurisprudenza italiana*, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (1965), pp. 246 y ss.

(19) Este criterio de aplicación es tradicional, según puede comprobarse por los casos siguientes, que fueron objeto de sentencias: Sede social en el extranjero, establecimiento principal en Italia, competencia de los Tribunales italianos para pronunciar la quiebra, en *Chunet* (1881), p. 453; sociedad que tiene su objeto de explotación en Italia, sede social en el extranjero, competencia de los tribunales italianos, en *Chunet* (1885), p. 461; Sociedad fundada en el extranjero teniendo en Italia su establecimiento principal y donde ejerce su actividad total, sociedad italiana, en *Chunet* (1889), p. 510 y (1890) p. 162; Sucursal en Italia, formalidades impuestas por el artículo 230 del Código de Comercio, inobservancia, responsabilidad penal de los directores de la sucursal, delito continuado, en *Chunet* (1891), p. 298; Sociedad extranjera, sede social en el extranjero, sucursal en Italia, declaración de quiebra en Italia, en *Chunet* (1898), p. 970; Sociedad mercantil extranjera, sucursal en Italia, quiebra posible en Italia, en *Chunet* (1901), p. 856; Sociedad constituida en el extranjero,

2. EL "UFFICIO ITALIANO DEI CAMBI" Y SU COMPETENCIA

En el año 1917 se crea el "Istituto Nazionale per i Cambi con l'Estero" (Real Decreto-Ley del 11 de diciembre de 1917) al que se le confiere el monopolio de los cambios; en 1919 cesa este régimen de monopolio, si bien se le sigue confiando al Instituto la vigilancia del tráfico de divisas y la ejecución exclusiva de las órdenes de venta de la valuta italiana en el extranjero (20).

Por Real Decreto-Ley del 13 de febrero de 1927 se reorganiza el "Istituto Nazionale per i Cambi con l'Estero", configurándolo como una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y autonomía de gestión, si bien bajo el control del Ministerio de Finanzas. Con un capital de diez millones de liras, la entidad se componía de los órganos siguientes: un Consejo de administración y un Comité permanente de dirección y vigilancia, presididos por el Gobernador del Banco de Italia y el director general de dicho Banco, y asistidos de diversos representantes del Ministerio de agricultura y de las entidades paraestatales.

Después del segundo conflicto bélico mundial se reestructura este organismo económico, por Decreto-Ley del 17 de mayo de 1945, que toma la nueva denominación de "Ufficio Italiano dei Cambi", si bien conserva las mismas características anteriores respecto a su personalidad moral pública, en cuanto ente de gestión autónoma para controlar los movimientos de divisas al exterior (21). Las finalidades que se le asignan son las siguientes:

- La adquisición y venta al contado, o a plazos, del oro, las divisas extranjeras, los billetes de Estados y Bancos extranjeros, los títulos extranjeros e italianos emitidos en divisas extranjeras y el efectuar todas las operaciones que se refieren a su finalidad.

sede principal en el extranjero, explotación principal en Italia, inaplicación del artículo 230 del Código de Comercio italiano, en *Clunet* (1903), p. 413. este mismo criterio se mantiene recientemente, cfr. Cass. 16 enero 1962, sobre capacidad del extranjero, concurrencia de la Ley nacional del extranjero con la Ley italiana, declaración de quiebra en Francia, efectos en Italia, Convenio italo-francés del 3 de junio de 1930, en *Diritto internazionale*, XVIII (1964), p. 151; Trib. Milano, 1 diciembre 1963, sobre sociedad extranjera, representantes legales, responsabilidad, en *Diritto internazionale*, XIX-2 (1965), p. 109; Cass 18 junio 1964, sobre sociedad extranjera, representante en Italia, responsabilidad, en *Diritto internazionale*, XX-3 (1966), p. 63.

(20) Cfr. ISTITUTO NAZIONALE PER I CAMBI CON L'ESTERO: *Legislazione e disposizioni amministrative riguardanti il commercio dei cambi con l'estero*. Roma, 1920.

(21) Cfr. TESTA: *L'utile monopolistico dell'Ufficio Italiano dei Cambi*, en *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione, sez. civ., 4.º 5.º* (1955), pp. 245 y ss.

- Mientras el monopolio de cambios permanezca en vigor, se reserva al “Ufficio” el comercio de divisas y de todo otro medio que pueda ser utilizado para efectuar pagos al extranjero, cualesquiera que sea su modalidad (22).
- El “Ufficio” efectúa sus operaciones en el interior a través del Banco de Italia y de los Bancos autorizados por aquél para operar como sus agentes (23). Para las mismas finalidades el “Ufficio” puede crear en el extranjero agencias en concurrencia o de acuerdo con el Banco de Italia.

El nuevo “Ufficio Italiano dei Cambi” se le dota de un fondo de cien millones de liras, que puede ser aumentado. Consta de un Consejo de administración, presidido por el Gobernador del Banco de Italia, de dos funcionarios del Ministerio del Tesoro y de un alto empleado del Banco de Italia, así como de cuatro miembros nombrados entre las personas de mayor competencia por los ministros del Tesoro, de Industria, Comercio y Trabajo. También puede haber votos consultivos de personas peritas en la materia. El Consejo de administración puede confiar la actuación de sus deliberaciones a un Comité; además, se constituye una Junta de revisores que consta de cinco miembros y tres suplentes, nombrados por el Ministro del Tesoro, y que confecciona el balance anual (24).

Actualmente, no obstante, la directa dependencia que el “Ufficio” mantiene con los organismos estatales, no se considera como uno de ellos; se concibe como un ente descentralizado y de gestión autónoma, si bien quede sometido a la vigilancia del Ministerio del Tesoro (artículo 1.º del Decreto-Ley de 17 mayo de 1945). Tales rasgos han conducido al Consejo de Estado (25) y a la doctrina (26) a desposeerlo del carácter centralista de su etapa anterior y no considerarlo como un órgano tradicional de la Administración pública; sus miembros no son funcionarios públicos y como consecuencia el Consejo de Administración del “Ufficio” está investido de amplios poderes en orden a la gestión de sus negocios y decisiones, por lo que sus actos

(22) Cass 30 enero 1961, sobre el “Ufficio Italiano dei Cambi” y el movimiento de divisas, en *Diritto Internazionale*, XVII (1963), p. 204; Cass. 7 diciembre 1961, sobre normas restrictivas para obligaciones en moneda extranjera, en *Diritto Internazionale*, XVII (1963), p. 267. Sobre las nuevas normas de cesión de divisas: Decr. minist. 26 octubre 1967, en *Legislazione italiana*, 45 (1967).

(23) Cfr. CASTELLINO: *La funzione della banca nei regolamenti e nei finanziamenti degli scambi con l'estero*, Torino, 1960.

(24) Cfr. COLLEZIONE LEGALE PIROLA: *Scambi e valute, oro e preciosi, investimenti esteri. Legislazione coordinata*, Milano, 1965, pp. 18 y ss.

(25) Dictamen del Consejo de Estado, del 15 de junio de 1960, n. 676.

(26) Cfr. DE FRANCO: *Sulla natura giuridica dell'Ufficio Italiano dei Cambi*, en *Banca, borsa e titoli di crédito*, II (1961), pp. 631 y ss.; ARIAS: *Sulla natura giuridica dell'Ufficio Italiano dei Cambi*, en *Rassegna mensile dell'Avvocatura dello Stato*, I (1964), pp. 264 y ss.

tienen carácter definitivo y no están sujetos a un recurso jerárquico ante un organismo estatal superior. Sin embargo, con anterioridad, en una ponencia del "Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado" (27) se sostuvo que las leyes constitutivas del régimen de control de cambios no aportan innovaciones en cuanto a las reclamaciones por lesiones a derechos de particulares, de tal modo que los principios y sistemas jurídicos italianos en materia de recursos contra leyes no constitucionales, y contra las decisiones ilegales tienen aquí plena aplicación.

Resulta evidente que mientras se sostuvo una política autárquica preponderó la tendencia a integrar la Oficina de cambios en el engranaje de la administración estatal, mientras que con la nueva orientación liberal se ha consolidado la tendencia descentralizadora y autónoma al fin de desarrollar la compleja tarea del "Ufficio", tanto pública como privadamente. La tendencia general, que también se advierte en los demás países (28), es el retorno a su consideración como una técnica bancaria.

3. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL RÉGIMEN JURÍDICO ITALIANO DE INVERSIONES DE CAPITAL EXTRANJERO

Durante la época en que dominan las tendencias de una concepción de autarquía económica, a partir de la postguerra del primer conflicto bélico europeo hasta la segunda guerra mundial, el régimen italiano de inversión de capitales extranjeros se concibe restringidamente en cuanto atiende a dar preferencia a las medidas de defensa de la industria nacional; tal es el criterio que domina el Decreto-Ley de 24 de julio de 1942, establecido para regular específicamente las modalidades de inversión de capitales extranjeros en Italia (29).

Con la paz se inicia una apertura y tendencia hacia la liberalización del régimen de inversiones; se tiene conciencia de que serán uno de los factores que ha de contribuir a la recuperación económica del país.

A este respecto se pone en vigor un nuevo régimen por el Decreto-Ley del 2 de marzo de 1948, que deroga las disposiciones anteriores e inicia la adopción de medidas favorables para atraer los capitales extranjeros a la economía italiana (30).

(27) INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE: *Italie. Information générale*, en *Le contrôle des changes*, de HAMEL, BERTRAND y ROBLLOT, *cit.*, p. 262.

(28) También en España, la nueva Ley de Ordenación Bancaria (art. 2.º) prevé el traspaso de funciones del Instituto Español de Moneda Extranjera al Banco de España (Decreto-ley del 7 de junio de 1962).

(29) Cfr. LEINEN: *Legislazione valutaria dal 1917 al 1950*, Roma, 1951.

(30) CARLI y MANCIOTI: *El controllo dei cambi e gli investimenti di capitali esteri in Italia*, Roma, s. a.; DELL'AMORE: *Il regime valutario attuale*, Milano, 1948; INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE: *Italie. Information générale*, en *Le contrôle des changes*, de HAMEL, BERTRAND, RO-

En el artículo 2.º de este Decreto-Ley se dispone que los extranjeros, o los ciudadanos italianos residentes en el extranjero (31), que desde la entrada en vigor de esta norma demuestren haber efectuado inversiones de capital extranjero en Italia en divisas o moneda extranjera libremente utilizable para pagos al extranjero y cedida a la "Oficina Italiana de Cambios", pueden transferir al extranjero por medio de dicha Oficina o trámite del Banco de Italia, o de Bancos delegados: 1.º las rentas, intereses y frutos de las inversiones en bienes inmuebles o de préstamos, así como los dividendos e intereses efectivamente percibidos de las inversiones en títulos acciones y obligaciones adquiridos o suscritos en Italia, limitándose al 1 por 100 de los intereses legales anuales; 2.º los capitales derivados de la liquidación de una inversión, limitándose a la suma de la moneda originariamente importada y siempre que la transferencia no sea hecha antes de los dos años de la inversión y no supere el 50 por 100 por cada bienio.

Para la utilización de aquellas sumas que no se admite su transferencia, se puede actuar según las modalidades previstas por las disposiciones de control de cambios, invirtiéndose nuevamente en títulos nacionales o depositarse en una "cuenta capital", tan solo negociable a través de un mercado de divisas paralelo (32).

El artículo 3.º del Decreto-Ley de 1948 dispone que, además de divisas o títulos valores, las inversiones pueden consistir en aportación de maquinaria para establecimientos industriales por un valor equivalente a la mitad del importe total a invertir. Para estas inversiones que implican maquinaria han de ser objeto de una autorización por parte de los Ministerios competentes. La transferencia al extranjero del capital correspondiente a la divisa o moneda invertida en maquinaria no puede requerirse antes de que hayan transcurrido cinco años desde la inversión.

El artículo 4.º del mencionado Decreto-Ley dispone, además, que los Bancos, Notarios, Agentes de Cambio y, en general, los funcionarios públicos que intervengan en operaciones que impliquen inversiones de capital extranjero en Italia tienen la obligación de comunicar a la "Oficina Italiana de Cambios", dentro de los treinta días que siguen a la conclusión de las operaciones, sus modalidades completas, especificando la moneda cedida y su cuantía. También las sociedades y, en general, las empresas que desarrollan su actividad en

BLOT, *cit.*, p. 263; BERNINI: *Legal position of capital in Italy*, en *Anuario di Diritto Comparato* (1955), pp. 5 y ss.; MANUELLI: *Politica e tecnica degli investimenti*, Roma, 1955-1956.

(31) Cfr. SAVOIA: *Investimenti fatti in Italia di cittadini italiani residenti all'estero mediante acquisti in valuta nazionale*, en *Commercio estero*, I (1951), pp. 81 y ss.

(32) Cfr. MENGHINI: *Il sistema valutario*, Napoli, s. a.; ZAPPA: *La tecnica dei cambi esteri. Teoria e pratica dei pagamenti internazionali*, Milano, s. a.; CARLI: *Evoluzione della legislazione italiana del controllo degli scambi*, Roma, 1951.

el territorio del Estado están obligadas a comunicar a la "Oficina Italiana de Cambios" las enajenaciones de los títulos acciones y de las cuotas de participación hechas a favor de extranjeros o de ciudadanos italianos residentes en el extranjero.

Para los infractores de las obligaciones impuestas en este ordenamiento de inversiones se les imponen sanciones pecuniarias no inferiores a las cien mil liras y no superiores al triple del importe total de la suma invertida (33).

El régimen jurídico de los mutuos o préstamos privados extranjeros fue establecido por los Reales Decretos del 11 de septiembre de 1919, número 1.674, y del 5 de enero de 1928, número 1 (34). El primero establece que no puede ser hecha ninguna operación de préstamo o financiera, sea por entidades o ciudadanos extranjeros, sin el previo consentimiento del Ministro del Tesoro para cada caso. El Real Decreto de 1928, en cambio, disciplinó las operaciones de asunción en el extranjero de mutuos bajo cualquier forma y para cualquier duración por parte de entes públicos italianos o de sociedades mercantiles o firmas individuales. Se trataba, pues, de una disciplina rigurosa y controlada, ya que cada operación requería se concediese una autorización ministerial. El Ministerio de Finanzas contaba con un Comité cuya composición la establecía esta misma legislación donde disponía (art. 4.º del Real Decreto núm. 1) que el préstamo fuese destinado "a fines productivos de interés general" y debía de reunir las siguientes condiciones: 1) que contribuyese a aumentar la producción y exportación italiana; 2) que desarrollara la producción en Italia de mercancías que de otro modo tuviese que importar; 3) que consiguiese una mejora del mercado laboral. Con la concesión de la autorización también se podría establecer que viesesen adoptadas ciertas cautelas (como la de que la retirada del préstamo fuese hecha lo más tarde posible para evitar perturbaciones del mercado de divisas), o que se tomasen medidas para controlar el destino efectivo de los capitales extranjeros introducidos en Italia, de acuerdo con las finalidades declaradas por el mutuante.

Un paso más hacia la tendencia liberalizadora de los formalismos que implican el procedimiento de inversión de capitales extranjeros

(33) Cfr. VERNA: *Le frodi valutarie e la giurisprudenza del Tribunale Speciale*, en *Rivista Penale* (1941), pp. 353 y ss.; BOLAFFIO: *Illiceità di trasferimenti privati di valuta*, en *Giurisprudenza Completa della Suprema Corte di Cassazione*, sez. civ., I (1951), p. 418; CIMMINO: *Le violazioni valutarie*, Roma, 1952; GIUCCIARDI: *Pene pecuniarie per infrazioni valutarie e competenza giurisdizionale*, en *La giurisprudenza italiana*, I-1 (1954), pp. 151 y ss.; FAVARA: *Questioni di giurisdizione in tema di trasgressione delle norme valutarie*, en *Il foro padano*, I (1954), pp. 625 y ss.

(34) Cfr., en relación con el régimen de control de cambios, STAMMATI: *Restrizioni di pagamento all'estero e obblighi del mutuuario*, en *Diritto e pratica commerciale*, II (1938), pp. 12 y ss.; ASCARELLI: *Controllo sulle divise ed debiti di moneta estera*, en *Rivista del diritto commerciale*, I (1936), pp. 195 y ss.; BAELI: *Investimenti e finanziamenti esteri in Italia. Investimenti diretti e di portafoglio e prestiti privati esteri*, Roma, s. a., p. 76.

es dado por otro conjunto de normas que componen la legislación vigente italiana a partir de la Ley de 7 de febrero de 1956, número 43 y su Reglamento ejecutivo sancionado por el Decreto del 6 de julio de 1956, número 758, disponiendo una serie de medidas que tienden a reducir los controles sobre los movimientos de moneda extranjera y el aspecto fiscal (35).

Dado que el nuevo régimen jurídico actualmente vigente no es uniforme, para su análisis deben distinguirse tres sectores fundamentales: a) Las inversiones directas dirigidas a crear o ampliar empresas productivas; b) Las inversiones de cartera; c) Los préstamos privados extranjeros.

Examinemos, concretamente, como se norman cada uno de estos tres sectores por la legislación vigente italiana.

4. LAS INVERSIONES DIRECTAS PARA LA CREACIÓN O AMPLIACIÓN DE EMPRESAS PRODUCTIVAS

La Ley de 7 de febrero de 1956 número 43, que establece el régimen jurídico vigente de las inversiones de capital extranjero en Italia, distingue dos clases de inversiones: las llamadas "productivas" y las "no productivas".

Las "inversiones productivas" son aquellas cuya finalidad es la creación de nuevas empresas, o el aumento de capital en las empresas

(35) La legislación vigente se contempla en las siguientes publicaciones: MINISTERO DEL TESORO: *Commento alle nuove disposizioni in materia di investimenti di capitali esteri in Italia*, Roma, 1956; CONFEDERAZIONE GENERALE DELL'INDUSTRIA ITALIANA: *Foreign investment in Italy: a businessman's guide to current legislation*, Rome, 1956; MINOLI: *La legge 7-2-1956 núm. 43 in materia di investimenti di capitali esteri in Italia*, en *Il diritto dell'economia* (1956), pp. 401 y ss.; ICARDI: *Inversiones de capital extranjero en Italia. Iniciativa privada extranjera en Italia*, Roma, 1956; CAMELIS: *Considerazione in margine alla legge del 1956 sugli investimenti di capitali esteri in Italia*, en *Bancaria*, 12 (1956) pp. 659 ss.; ILIFFE: *Il trattamento degli investimenti esteri in Italia*, Milano 1957; CARLI: *L'evoluzione della legislazione italiana in materia di controllo degli scambi e dei cambi nel quadro degli accordi internazionali*, en *Bancaria* (1957), pp. 3 y ss.; BAELI: *Investimenti e finanziamenti esteri in Italia*, cit.; IANNUCELLI: *Nuovo codice valutario*, Roma, 1957; BANCO DI ROMA: *Foreign private enterprise in Italy. I. The Italian Law on foreign capital investment*, Roma, 1959; BANCA NAZIONALE DEL LAVORO: *A Guide to Foreign Investors in Italy*, Roma, 1959; BANCA D'AMERICA E D'ITALIA: *Investments in Italy*, Roma, 1959; FEDE: *Gli investimenti esteri*, Padova, 1959; NOBILI: *Italy. Legal aspects of foreign investment*, en la obra de FRIEDMANN y PUGH: *Legal aspects of foreign investment*, London, 1959, pp. 303-317; MAGNANI: *Gli investimenti esteri in Italia*, en *Mondo economico*, 29 (1959), pp. 45 y ss.; SCOTT: *Gli investimenti esteri in Italia; analisi delle partecipazioni private straniere in società italiane con particolare riferimento gli investimenti diritti* (1946-1948), Milano, 1960; MAGRINI: *Foreign investment in Italy*, en *Economics Conditions Italy*, 15 (1961), pp. 393 y ss.; VALORI: *Gli investimenti di capitali esteri in Italia*, en *Rivista di politica economica*, 50 (1960), pp. 2154 y ss.; PIAZZA: *Tassazione degli stranieri. Società e ditte estere. Investimenti di capitali esteri in Italia nelle imposte dirette*. 2.^a ed., Milano s. a.; MAGNANI, D.: *Gli investimenti esteri in Italia*, en *Rivista di*

análogas ya existentes (art. 1.º); las “inversiones no productivas” son las que no van destinadas a la creación de nuevas empresas productivas o de empresas análogas ya existentes (art. 2.º).

El Reglamento para la ejecución de esta ley número 43, publicado por Decreto de 6 de julio de 1956, número 758, especifica con más detalles cuáles son las empresas productivas; en su artículo 1.º dice que “son consideradas empresas productivas, conforme al artículo 1.º de la Ley, las que tienen por objeto la producción de bienes o de servicios como las empresas que, para el ejercicio de su actividad requieren obras de saneamiento o mejora inmobiliaria, instalaciones de establecimientos, astilleros, generadores o líneas de transporte de energía eléctrica, las excavaciones de pozos y galerías, el empleo de diques flotantes o vehículos aéreos, la construcción de carreteras y edificios, incluso para uso hotelero”.

La distinción entre empresas productivas y no productivas se ha hecho en función de los beneficios que se conceden a las productivas, en cuanto a las plenas facultades de transferencia del capital invertido, sus intereses o dividendos, sin ninguna limitación, ni de tiempo ni de cantidad, así como la facultad de poder ceder total o parcialmente lo adquirido en Italia como resultado de la inversión de capital a cualquier otro ciudadano extranjero o italiano residente en el extranjero, así como la posibilidad de volver a exportar lo invertido originariamente siempre que se hubiesen cedido las divisas trámite un Banco a la “Oficina Italiana de Cambios” (36). En cambio, para las inver-

política económica, 51 (1961), pp. 2033 y ss.; PRIORE: *Il trattamento degli investimenti esteri in Italia*, Milano, 1963; RUSSO: *Commercio con l'estero: scambi e valute*, en *Vita doganale* (1964), pp. 255 y 347; FORZONI: *Gli investimenti all'estero e dell'estero*, en *Bollettino associazione tecniche banche popolari italiane*, 6 (1965), pp. 5 y ss.; HENSEL: *Il trattamento degli investimenti esteri in Italia*, Roma, 1965; COLLEZIONE LEGALE PIROLA: *Scambi e valute, oro e preziosi, investimenti esteri. Legislazione coordinata*, Milano, 1965; SERENI y NOBILI: *Gli “investimenti esteri” in Italia*, en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, XL-1 (1966), pp. 1 y ss.

(36) Actualmente, la única obligación que recae sobre quienes han de volver a exportar el capital y los útiles o ganancias obtenidas, es de carácter fiscal, impuesta por la Circular del Ministerio de Hacienda del 7 de febrero de 1956, n.º 280/45-5879, especificada en el artículo 8 de la Ley n.º 43, donde se concreta que la transferencia al extranjero de capitales y rentas se subordina a la realización del pago de los impuestos directos previstos por la legislación vigente. Cfr. MORSELLI: *Le imposta in Italia*, Padova, 1956; MESIANO y TALERIO: *Problemi dell'imposta sulle società e sulle obbligazioni*, Roma, 1956; NESI y SEGANTI, *Le misure fiscali atte a favorire gli investimenti*, en *Rassegna mensile delle imposte dirette* (1957), pp. 833 y ss.; UCKMAR: *Nuove disposizioni in materia di tassazione degli stranieri in Italia*, en *Diritto e pratica tributaria*, I (1959), pp. 229 y ss., y *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1959; CROXATO: *Sulla imposizione in ricchezza mobile delle redennces corrisposte a società straniere*, en *Diritto e pratica tributaria*, II (1962), pp. 481 y ss.; BOIDI: *Il capitale imponibile agli effetti dell'imposta sulle società estere*, en *Diritto e pratica tributaria*, II (1964), pp. 425 y ss.; PIAZZA: *Tassazione degli stranieri. Società e ditte estere. Investimenti di capitali esteri in Italia nelle imposte dirette*, 2.ª ed., cit., pp. 213 y ss.; CHIANCONE: *Ammortamenti anticipati fiscali e investimenti*, Milano, 1966.

siones extranjeras en empresas no productivas se dispone que “la transferencia al extranjero de los intereses, de los dividendos y de las utilidades efectivamente percibidas no pueden superar la alícuota del 8 por 100 del capital invertido y la transferencia del capital realizado en momentos posteriores no puede exceder de la suma de la divisa originariamente importada, ni puede ocurrir antes de dos años desde la inversión” (art. 2.º, párrafo primero de la Ley núm. 43); además, se añade en el párrafo segundo de este artículo 2.º que “la utilización de las sumas excedentes de los límites indicados en el párrafo precedente quedan sometidas a las disposiciones vigentes sobre divisas” (37).

Lo que sea una “empresa productiva” ha suscitado precisiones por parte de la doctrina, debido a que la fórmula acogida por la legislación es un tanto genérica, al decir que son todas aquellas “que tienen por objeto la producción de bienes o de servicios”, si bien, de un modo ejemplificativo el Reglamento haya nombrado una serie concreta de empresas (38). Los intérpretes consideran como empresas productivas todas las industriales (39); para las industriales, si su actividad está conectada con la producción de bienes de la misma empresa, se cualifica de empresa industrial y comercial, mientras que es dudosa la consideración de empresas productivas, para las que desarrollan únicamente actividades comerciales.

En cuanto a las empresas financieras también aparece como dudosa su cualificación como empresas productivas, ya que en las “holdings” y los “investment trusts” domina más su carácter especulativo que productivo (40), si bien, es cierto que tales empresas pueden hacer

(37) Las disposiciones dadas por la Oficina Italiana de Cambios se refirieron a las llamadas “cuentas ordinarias”. Según estas normas, las sumas de dinero excedente transferibles según la ley pueden ser acreditadas en cuentas extranjeras denominadas “cuentas ordinarias”, que implican el derecho al extranjero titular de la cuenta a hacer cesión de las cantidades en ella acreditadas a otro extranjero residente en un Estado comprendido en la misma área monetaria en la cual reside. El cesionario tuvo interés en adquirir las liras sujetas a esta disciplina, ya que las tomaba a un cambio favorable, pudiéndolas gastar para finalidades de inversión en Italia, de turismo o para otras operaciones consentidas por la reglamentación, cfr. CARLI: *L'evoluzione della legislazione italiana in materia di controllo degli scambi e dei cambi nel quadro degli accordi internazionali*, cit., p. 16; CALEFFI: *Conti e depositi esteri capitale*, en *Ressegna de diritto e tecnica doganale e imposte fabbricazione* (1958), pp. 153 y ss. Actualmente, no subsiste ninguna limitación, cfr. SERENI y NOBILI, *Gli investimenti esteri in Italia*, cit., p. 15.

(38) Cfr. BAELI, *Investimenti e finanziamenti esteri in Italia*, cit., p. 25.

(39) Cfr. HINTERHUBER, *La politica degli investimenti nelle imprese industriali*, Milano, 1966.

(40) Entre otros, véanse los estudios de ASCARELLI, *Investment trust*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, I (1954), pp. 178 y ss.; ARGENZIANO, *L'investment trust*, Milano 1952; LIBONATI, *Società di investimento e investment trust*, en *Rivista della Società* (1958), pp. 277 y ss., y “ *Holding e investment trust*”, Milano, 1960; B. N., *Tipi di “investment trust” e loro regolamentazione*, en *Bancaria* (1959), pp. 819 y ss.; PELLERÌ: *La creazione del primo investment trust italiano*, en *Bancaria* (1962), pp. 1262 y ss.; BIANCHI: *Esperienze e prospettive dell'investment trust*, en *Il Risparmio* (1961), p. 1219, y *L'investment trust*, Milano, 1963; DE MARCHI: *Gli enti di investimento mobiliare (investment trust)*, en *Vita notarile*

posible de modo indirecto la realización de empresas productivas; el artículo 1.º del Reglamento de inversiones de 1956 no ofrece un punto de apoyo para una interpretación extensiva de la norma a favor de las empresas financieras; no obstante, a juicio de BAELI (41), no se excluye en sentido absoluto, que algún tipo de sociedad financiera que realice inversiones duraderas en empresas determinadas, como las determinadas por el artículo 1.º del Reglamento, o que sean similares por analogía.

También pueden considerarse como empresas productivas las que realizan estudios, proyectos, aplicaciones de procedimientos dirigidos a aumentar la productividad de establecimientos ya existentes o a crear otros nuevos, siempre que posean la necesaria organización de medios instrumentales, técnicos y científicos.

El inversor extranjero tiene libertad para elegir el tipo de inversión (productiva o no productiva) que desea realizar, con las consecuencia de un tratamiento jurídico diverso, de favor o restringido. En cambio, carece de plenas facultades para la elección del sector productivo en que quiere o pretende invertir, al existir unas limitaciones consideradas de "interés nacional" (41 bis), como ocurre en el ámbito de la *energía eléctrica*, que está nacionalizado; del sector *naviero*, donde los propietarios de buques italianos deben ser sociedades constituidas y con sede social en Italia, donde la mayoría del capital y de los órganos de administración y dirección, han de ser italianos (42); en cuanto a las *aeronaves* deben pertenecer totalmente a ciudadanos italianos y el capital social de la sociedad propietaria no debe exceder más del 40 por 100 la participación extranjera; las sociedades de *seguros* extranjeras debe tener un representante general italiano residente en Italia y deben probar que han ejercido la aseguración al menos durante diez años; también las sociedades financieras y de inversión constituidas en Italia deben estar compuestas por dos tercios, al menos, de ciudadanos italianos (art. 4.º, Ley de 23 de octubre de 1939) (43), los *Bancos* privados con capital extranjero quedan sometidos a las mismas normas que las dispuestas para los italianos, si bien necesitan, además, la autorización del Banco Central (44).

(1965), pp. 429 y ss.; GERICI: *L'investment trust, strumento di accumulazione e di distribuzione di capitale*, en *Stato sociale* (1965), pp. 882 y ss.; CORRADO: *L'investment trust nel ordinamento italiano*, en *Studi in onore di Greco* (1965), pp. 143 y ss.

(41) Cfr. BAELI: *op. cit.*, p. 28.

(41 bis) Cfr. PIOLA CASELLI, *Das Eigentumsrecht in Italien und seine Begrenzung mit besonderem Hinweis auf Auslandsinvestitionen*, en *Festschrift für H. Janssen zum 60 Geburtstag* (Heidelberg, 1958), pp. 111 ss.; VISALLI, *Beni acquistati da stranieri*, en *Rivista di diritto civile*, II (1966), pp. 302 ss.

(42) Cfr. SCERNI: *Nationalità italiana delle navi e capitale straniero*, en *Rivista di diritto della navigazione* (1960), pp. 62 y ss.

(43) Cfr. SERENI y NOBILI: *Gli "investimenti esteri" in Italia*, *cit.*, p. 17.

(44) Cfr. CASTELLINO: *La funzione della banca nei regolamenti e nei finanziamenti degli scambi con l'estero*, Torino, 1960.

5. EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA REALIZAR INVERSIONES DIRECTAS EXTRANJERAS

La legislación italiana vigente sobre inversiones de capital extranjero, se caracteriza por su procedimiento liberal y simplificado, en comparación con la que le ha precedido, si bien se establezcan, todavía, determinados requisitos.

En primer lugar, se deja en libertad al inversor extranjero de pedir, o no, una *registración preventiva* de su inversión con objeto de que pueda acogerse o no pretenda obtener los beneficios concedidos para las empresas productivas.

En segundo lugar, para que el inversor se beneficie del tratamiento preferente concedido a las empresas productivas, debe seguir ante el Ministerio del Tesoro el procedimiento de cualificación de su inversión que consiste: 1.º) en una *comunicación* al Ministerio del Tesoro, informándole del tipo de empresa que intenta realizar, con especificación de todos los elementos que se consideran idóneos para cualificar la empresa según lo dispuesto en el artículo 1.º del Reglamento número 758; 2.º) una vez realizada la empresa, el inversor deberá pedir al Ministerio del Tesoro que *se constate oficialmente* que la inversión originaria ha sido, realmente, hecha para la ampliación o creación de la empresa productiva.

Los comentaristas hacen ver cómo ahora se sustituye la “autorización” por una simple “verificación” de la autenticidad de la operación de inversión (45), y cómo esta verificación se produce automáticamente, por el hecho de la cesión de divisas a la “Oficina Italiana de Cambios” o trámite a un Banco. En caso de que la petición sea rechazada como preferente, el capital invertido tendrá automáticamente un tratamiento de no favorable y seguirá el régimen jurídico dispuesto por el artículo 2.º de la Ley número 43 de inversiones.

Con el objeto de que el inversor, no tenga preocupaciones de carácter administrativo, respecto a la declaración de empresa productiva a favor de su inversión, el Ministerio del Tesoro, fija unos términos: uno de treinta días, que transcurre desde la fecha de la comunicación hecha por el inversor, dentro del cual recibirá una respuesta por parte de la Administración sobre la consideración de productiva, o no, la empresa en que piensa invertir o que invierte; otro de noventa días, a favor del inversor, por el que se obtiene de la Administración el reconocimiento definitivo, la confirmación de que habiendo realizado la empresa proyectada tiene derecho a beneficiarse del tratamiento preferente establecido por el artículo 1.º de la Ley número 43 de inversiones.

Los efectos de la declaración se producen automáticamente desde el momento en que viene concedida. Para BAELI (46) se trata de un

(45) Cfr. BAELI: *op. cit.*, p. 30; VALORI: *op. cit.*, p. 2155; SERENI y NOBILI: *op. cit.*, p. 16.

(46) BAELI: *op. cit.*, p. 32, n. 14.

procedimiento breve, con plazos precisos a favor del inversor y que la Administración debe respetar, concediéndose un derecho al inversor a obtener una "declaración", la cual depende de la voluntad y conducta del propio inversor. Se pone de relieve cómo la legislación italiana sobre inversiones de capital extranjero no requiere una "autorización" preventiva o particular para poder llevarlas a cabo; se trata sólo de cumplir unos "requisitos", necesarios para quienes pretenden beneficiarse de un régimen que implica la transferencia del capital y de sus utilidades sin límite alguno; requisitos, en definitiva, puestos para ejercer un control acerca de la verdadera realización de la empresa; si la operación es real y de buena fe, se dice, la declaración se produce casi automáticamente y sin complicaciones. Desaparecen, pues, los comités y las comisiones especiales para el examen de cualquier clase de inversiones y únicamente corresponde a la Oficina del Ministerio del Tesoro, el control y las decisiones.

En el nuevo régimen jurídico, la Administración actúa por simples "comunicaciones" y "declaraciones" a requerimiento del inversor, en cuanto así se han cumplido los requisitos que requiere tal calificación. La doctrina (47) pone de relieve cómo tales actos administrativos, no tienen la naturaleza jurídica de las autorizaciones discrecionales, sino la de los "actos vinculados", sometidos a requisitos de carácter preferentemente técnico, que legitiman el acto administrativo. Para BAELI (48) entran en la categoría de los llamados "requisitos constitutivos" que otorgan la facultad de ejercitar un derecho (cual es el de la libre transferencia de capitales y rentas) concedido por la ley, si bien, la Administración intervenga con su requisito de "declaración".

6. LAS INVERSIONES DE CARTERA Y LAS CUENTAS BANCARIAS DE EXTRANJEROS

Las inversiones de capital extranjero mediante la adquisición de títulos mobiliarios, bien sean de renta variable o fija (acciones, obligaciones, títulos públicos o del Estado), tienen un tratamiento jurídico diverso a las inversiones directas.

No obstante, se deben distinguir los casos de emisión de acciones de una empresa con finalidad productiva, para aumentar o ampliar sus plantas industriales y su extensión comercial en los mercados nacionales y extranjeros, de aquellas otras que tan sólo lo hacen con el siempre objeto de disponibilidad de dinero líquido o de realizar una operación financiera. Mientras las primeras pueden acogerse a los beneficios concedidos por el artículo 1.º de la Ley número 43 de 1956, las segundas siguen el régimen del artículo 2.º de dicha Ley. Dado

(47) Cfr. BAELI: *op. cit.*, p. 34. En general, v. ROSSI: *La natura giuridica della licenza d'importazione*, en *Rivista del diritto commerciale*, 59-9/10 (1961), pp. 360 y ss.; SALVATORE: *Le autorizzazioni amministrative: struttura, natura giuridica e distinzioni. Revocabilità*, en *Consiglio di Stato*, II (1965), pp. 483 y ss.

(48) BAELI: *op. cit.*, p. 34.

que el régimen del artículo 1.º, en cuanto a las inversiones productivas queda analizado, toca ahora examinar el correspondiente a las inversiones de cartera realizadas en empresas no productivas.

La adquisición de acciones y obligaciones y de otros títulos de deuda pública para una simple finalidad de inversión puede ser efectuada por el inversor extranjero, sin necesidad de una especial autorización administrativa, incluso cuando la adquisición suponga la mayoría del capital social, ya que las acciones de sociedades son nominativas y transferibles, si bien, esta última cualidad puede ser limitada por una cláusula del estatuto social (49).

Los suscriptores extranjeros de acciones emitidas por sociedades italianas, así como los adquirientes de obligaciones, tienen derecho, según la legislación vigente y las normas emanadas de la "Oficina Italiana de Cambios" (si bien, las puede revocar en cualquier momento), a lo siguiente: *a*) a la transferencia de los dividendos, de los intereses y de lo que resulte de la eventual participación en las obligaciones convertibles en la medida máxima del 8 por 100, del capital originario invertido (50); *b*) a la transferencia del capital originariamente invertido, con la condición de que su desinversión se realice después de dos años; *c*) a la transferencia de sumas de dinero excedentes, que resulten del apartado *a*) y *b*), según las normas dadas por la Circular de la "Oficina Italiana de Cambios" de 23 de marzo de 1955 y, actualmente, mediante una "cuenta especial", según las disposiciones de la Ley número 43 y del Decreto-Ley número 476 de 6 de junio de 1956 (51).

Los capitales que resulten transferibles por desinversión total o parcial y de sus rentas e intereses pueden ser invertidos de nuevo en Italia (reinversión), sea por el inversor originario o por otra persona a quien se le hubiesen cedido; basta con dar noticia de la cesión al Ministerio del Tesoro, dentro de los quince días, si se trata de hacer una inversión que se califique como productiva.

Además de la "cuenta especial" existe la "cuenta ordinaria" extranjera (52); esta última cuenta, es una categoría que no implica autorización especial alguna y la pueden abrir las personas físicas o jurídicas residentes en el extranjero, pudiendo ser acreditadas y utilizadas según las normas administrativas del "Ministerio del Comercio con el Extranjero" dadas por la "Oficina Italiana de Cambios" (53). En esta cuenta se pueden ingresar aquellas rentas de capitales excedentes que no son transferibles y se pueden ceder a otro extranjero, si bien, las transferencias al extranjero no puedan exceder del 8 por

(49) Cfr. SERENI y NOBILI: *Gli investimenti esteri in Italia*, cit., pp. 12 y ss.

(50) Por "capital invertido" debe entenderse el capital constituido por su contravalor en liras obtenido en Italia en el momento de la cesión de divisas a la "Oficina Italiana de Cambios", cfr. CARLI: *op. cit.*, p. 16; BAELI: *op. cit.*, p. 41; SERENI y NOBILI: *op. cit.*, p. 15.

(51) Cfr. BAELI: *op. cit.*, p. 44 y ss.

(52) Cfr. CALEFFI: *Conti e depositi esteri capitale*, en *Rassegna diritto e tecnica doganale e imposte fabbricazione* (1958), pp. 153 y ss.

(53) La disposición que regula las "cuentas y depósitos bancarios" es la Circular n. 350940/107/3, del 31 de marzo de 1967.

100, del capital inicial. Esta cuenta se podrá emplear libremente en Italia para ciertos tipos de inversiones, como las mobiliarias (acciones, obligaciones, títulos del Estado, etc.) (54), las inmobiliarias (adquisición de casas, establecimientos mercantiles, fincas rústicas, etc.), para hacer préstamos y financiamientos en general o adquisición de mobiliario (a excepción del pago de mercancías italianas exportadas) (55).

7. LOS REQUISITOS Y ASPECTOS COMUNES PARA LAS INVERSIONES DIRECTAS Y LAS DE CARTERA .

Cualquier tipo de inversión (directa o de cartera) queda sometida a un primer condicionamiento legal, a cargo del inversor: la cesión que debe hacer de las divisas introducidas en Italia, con finalidad de inversión a la "Oficina Italiana de Cambios", de quien recibirá su contravalor en liras. Si bien, la importación de divisas en Italia es libre, sin necesidad de que se obtenga una autorización (56), quien pretenda acogerse a los beneficios de los artículos 1.º y 2.º de la Ley número 43, debe cumplir este requisito.

La cesión de las divisas a la "Oficina Italiana de Cambios", supone obtener su contravalor en liras, al cambio oficial vigente en Italia el día que se hace la negociación, acreditándose en una "cuenta especial" que puede utilizarse tanto para las inversiones directas como las de cartera. No todas las divisas pueden ser aceptadas con una finalidad de inversión, pudiendo discrecionalmente la Administración reservarse su admisión. El Decreto de 28 de diciembre de 1956, ha señalado cuáles son las divisas que pueden ser invertidas: dólares U.S.A., dólares canadienses, francos suizos libres, divisas de los países de la "Unión Europea de Pagos", liras libres de las cuentas extranjeras en liras multilaterales.

Un segundo condicionamiento se establece para los receptores y mediadores de la inversión: la obligación que tienen los bancos, los notarios, los agentes de cambio y bolsa y, en general, los funcionarios públicos que intervienen en operaciones que impliquen inversiones de capital extranjero de "comunicar" a la "Oficina Italiana de Cambios" las modalidades de tales operaciones dentro de los sesenta días a partir de su conclusión, especificando la divisa cedida y su cuantía (art. 1.º, párrafo primero de la Ley número 169 de 11 de marzo de 1965).

La utilización y disponibilidad de las cuentas extranjeras en liras

(54) Los títulos mobiliarios y su problemática de inversión es considerada por: ASCARELLI: *Varietà di titoli di credito e investimento*, en Banca, borsa e titoli di credito, I (1959), pp 1 y ss.; ARIENTI: *Gli investimenti bancari in titoli pubblici*, Milano, 1965; TAGI: *Gli investitori istituzionali e il contributo del risparmio al mercato dei titoli mobiliari*, Milano, 1966.

(55) Cfr. CORBINO: *Gli investimenti, i finanziamenti ed il mercato finanziario. Lezioni del corso di aggiornamento sulle borse valori*, Milano, 1958; PIOLA CASELLI, *op cit.*, pp. 111 ss.

(56) A partir del Decreto Ministerial del 6 de junio de 1956, dado para la ejecución del artículo 6 del Decreto-Ley del 6 de junio de 1956, número 476.

libres y en liras multilaterales, para efectuar inversiones en Italia se puede hacer de dos modos: a) mediante giro de las cantidades de que se dispone en las cuentas citadas a una "cuenta especial" regulada por la Ley número 43; b) mediante inversión realizada directamente sin acreditar previamente las cantidades de que se dispone en la cuenta especial. En el primer caso, la inversión se regulará por las disposiciones de la Ley número 43, con todas las ventajas que se conceden para este régimen; en el segundo caso, la inversión se regirá por las normas de carácter general (Decreto-Ley de 6 de junio de 1956 número 476) y las disposiciones particulares para las cuentas extranjeras en liras libres o en liras multilaterales (Circular núm 350940/107/3/V, de 1 de marzo de 1957 (57).

En cuanto a las inversiones de cartera (adquisición o subscripción de títulos y acciones) que pretendan beneficiarse de los beneficios de la Ley número 43 (libre transferencia de los beneficios y títulos al extranjero) deben ser hechas mediante "depósitos especiales" realizados en una banca italiana en el momento de la adquisición de los títulos. Igual trato tienen las inversiones hechas en divisas libres según el Decreto-Ley número 211. En cambio, no se consiente la exportación de títulos y acciones adquiridos al invertir lo que se dispone en las "cuentas extranjeras libres" o en las "multilaterales" (58).

Las inversiones extranjeras también pueden consistir en maquinaria para una empresa (el llamado equipo-capital), que es calificada o no como "productiva" (arts. 1.º y 2.º de la Ley núm. 43). Los requisitos a que debe someterse este tipo de inversión son los siguientes: a) la importación de maquinaria queda sometida a las disposiciones italianas vigentes según la materia de que se trate (licencia, etc) (59); b) el valor de la maquinaria determinado por la Aduana representa el valor del capital invertido; c) la desinversión de este capital no puede realizarse antes de dos años, incluso si se trata de empresas declaradas "productivas"; d) en todo caso, el importe o suma a reexportar debe ser siempre la efectivamente realizada.

Entre las cuestiones prácticas más importantes que se refieren a la importación de maquinaria, está la que atañe a la determinación de la divisa, en que debe ser atribuido el valor de la maquinaria, con objeto de saber qué clase de divisa puede ser reexportada posteriormente por el inversor, ya que en muchos casos el inversor puede aportar maquinaria procedente de otro país o pagada en divisa diversa a la del país de origen. Ante los diversos casos que pueden presentarse, BAELI (60) opina que no puede seguirse una solución a priori, o aplicarse una norma genérica ya que es necesario examinar el caso

(57) Cfr. CALEFFI: *Conti e depositi esteri capitale*, en *Rassegna diritto e tecnica doganale e imposta fabbricazione* (1958), pp. 153 y ss.

(58) Cfr. TAGI: *Il mercato mobiliare e la borsa valori nel processo di formazione del risparmio e nell'ordinamento degli investimenti*, Milano, 1966.

(59) Cfr. MINOLI: *La legge 7-2-1956, núm. 43, in materia di investimenti di capitali esteri in Italia, cit.*, p. 402.

(60) BAELI: *op. cit.*, p. 64.

concreto y saber de dónde se importa la maquinaria y en qué divisas se paga efectivamente.

Otro de los requisitos comunes que deben cumplirse para ambos tipos de inversiones (directas y de cartera), es el que se refiere a la divisa en que puede exportarse y el cambio aplicable. Al inversor se le concede el derecho de poder reexportar los capitales invertidos y las rentas efectivamente percibidas en la misma divisa que importó en Italia y que cedió a la "Oficina Italiana de Cambios". Si pretendiese la reexportación en divisas distintas de las invertidas tendrá que someterse a lo que disponga la "Oficina Italiana de Cambios". Para las devoluciones de capital y rentas derivadas de las inversiones hechas según la Ley número 43, se aplicará el cambio oficial de la lira italiana del día en que tiene lugar la transferencia de las divisas.

8. PARTICULAR EXAMEN DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS EN ITALIA POR EMPRESAS EXTRANJERAS Y SUS ACTOS DE ENAJENACIÓN

Las empresas extranjeras (incluso las formalizadas como sociedades italianas) (61) pueden contraer en Italia deudas a medio y a largo plazo, así como emitir obligaciones en determinadas condiciones (artículo 4.º de la Ley núm. 43) (62). Dichas condiciones son las siguientes: *a*) si se trata de una filial de una sociedad extranjera, el alcance total de su deuda o emisiones no puede sobrepasar el 50 por 100, del capital introducido en Italia; *b*) si se trata de una sociedad italiana, cuyo capital extranjero alcanza más del 30 por 100, el montante de deudas y obligaciones puede superar el 50 por 100, del capital total, con tal que la parte alícuota excedente sea obtenida por la sociedad del extranjero para su utilización en Italia con la misma duración y en proporción al capital extranjero que las divisas aceptadas y cedidas a la "Oficina Italiana de Cambios".

La no observancia de estos requisitos provoca *ope legis* que el inversor extranjero pierda los beneficios concedidos por el artículo 1.º y se le aplique la disciplina del artículo 2.º, referido a las empresas no productivas (art. 4.º, párrafo final) (63).

A juicio de la doctrina (64), estas condiciones no son onerosas ni de difícil observancia, ya que tienen por objeto evitar que el capital extranjero, acogido en Italia con buena hospitalidad y con libre y plena libertad de empleo, no recurra a recabar provechos transferibles abusivos, incluso a base de cuotas mínimas, empleándose contemporáneamente en la empresa capital italiano tomado a crédito en el

(61) Parece tratarse de sociedades extranjeras con sede secundaria en Italia y con predominantes intereses extranjeros (arts. 2.506 y 2.510 del Código civil), cfr. BAELI: *op. cit.*, p. 68.

(62) Cfr. GARRONE: *Le borse valori*, Milano, 1956.

(63) Cfr. BAELI: *op. cit.*, p. 67; SERENI y NOBILI: *op. cit.*, p. 17.

(64) Cfr. BAELI: *op. cit.*, p. 69.

mercado financiero italiano; si tal cosa ocurriese, se concluye por esta doctrina, la aportación de capital extranjero frustraría los beneficios que hubiese reportado a la economía italiana (64 bis).

Para que las empresas productivas puedan asumir, a su vez, una participación en otra empresa italiana o extranjera, según lo dispuesto en el artículo 4.º de la Ley número 43, se necesita una autorización particular del Ministerio del Tesoro.

Si bien, se precisan las limitaciones establecidas por el artículo 4.º, para las deudas a medio y largo plazo, en cambio, no se dice en qué consisten. Los autores recurren para delimitarlas a los usos bancarios, por lo que las deudas a medio plazo son las que tienen una duración de uno a cinco años, mientras que las a largo plazo son aquellas que duran más de cinco años. No parece que se incluyan los llamados "créditos de ejercicio", es decir, los que normalmente tienen una duración inferior al año (65).

Las sociedades constituidas en el extranjero, y que instalen en Italia, una o más sedes secundarias, deben observar la ley italiana para cada una de ellas, en lo que concierne al depósito e inscripción de los estatutos y a la publicidad de sus balances (66); asimismo, deben publicar los nombres y apellidos de las personas que las representan en Italia y depositar su firma (67).

Las sociedades, y en general, las empresas que desarrollan la propia actividad en el territorio del Estado italiano, tienen el deber de "comunicar" a la "Oficina Italiana de Cambios" las enajenaciones de títulos y acciones, así como las cuotas de participación a favor de extranjeros (68), o de ciudadanos italianos residentes en el extranjero, dentro de los sesenta días a partir de su enajenación (art. 1.º, párrafo

(64 bis) Cfr. CAFFÉ, *Vecchi e nuovi trasferimenti anormali dei capitali*, en *Giornale degli Economisti e Annali di Economia*, 23-9/10 (1964) pp. 645 ss.

(65) Cfr. GABA: *Investimenti di capitali esteri*. Discorso al Senato, Roma, 1956, p. 25; CARLI: *Gli investimenti esteri in Italia e le operazioni valutarie del sistema bancario*, en *Mondo Economico*, núm. 26, del 27 junio 1959, p. 9, afirma que las aportaciones de capital extranjero a largo plazo tienen lugar en el ámbito de la Ley de Inversiones Extranjeras, mientras que las inversiones a breve plazo se rigen por el sistema bancario.

(66) Cfr. INDELLI: *Delle società straniere e della giusta interpretazione dell' art. 2.506*, en *Il Notaro* (1949), pp. 2 y ss.; Reg: *Società straniere ed investimenti di capitali esteri in Italia*, en *Rivista del Notariato* (1959), pp. 172 y ss.; ALBANESE: *I conflitti di legge in materia di società*, en *Vita notarile* (1965), pp. 615 y ss.

(67) Cfr. FERRI: *Sull'obbligo di pubblicità della società estere che esercitano l'attività dello Stato e sulle responsabilità personali dei loro rappresentanti*, en *Rivista del diritto della navigazione* (1949), pp. 265 y ss.; JANNUZZI: *In tema di pubblicità delle società costituite all'estero*, en *Rivista del diritto della navigazione* (1954), pp. 34 y ss.; CAPONERA: *Gli stranieri in Italia: condizione giuridica amministrativa secondo la legislazione italiana*, Milano, 1957; GAETA: *Art. 2.508 C. c. e responsabilità del raccomandatario*, en *Diritto e giurisprudenza* (1957), pp. 275 y ss.

(68) Cfr. GUIDI: *L'interpretazione delle leggi tributarie e il problema dell'imposta di registro sulle cessioni di quote di società a responsabilità limitata*, en *Rivista della Società* (1960), pp. 272 y ss.

segundo de la Ley núm. 169, de 11 de marzo de 1965). La violación de esta disposición, se sanciona según lo dispuesto por el Real Decreto de 12 de mayo de 1938 número 794 y de 5 de diciembre de 1938 número 1.928 y aquellos otros que los modificaron (Ley de 19 de marzo de 1942 y Decreto-Ley de 6 de junio de 1956 y la Ley de 27 de diciembre de 1956 núm. 1423).

9. EL RÉGIMEN LEGAL DE LOS PRÉSTAMOS PRIVADOS EXTRANJEROS

El nuevo régimen legal de los préstamos privados extranjeros se implica por la Ley de 7 de febrero de 1956 número 43 y por el Decreto-Ley de 6 de junio de 1956 núm. 476 (convertido en la Ley del 25 de junio de 1956 núm. 786) que derogan los preceptos anteriores (Real Decreto de 11 de septiembre de 1919 y de 5 de enero de 1928).

En primer lugar, la doctrina plantea una cuestión de interferencia de leyes (69), debido a que el artículo 6.º de la Ley número 43 invoca normas del Real Decreto de 1928, ya derogado por el Decreto-Ley número 476. Para BAELI (70), la cuestión interpretativa carece de dificultad, pues la única argumentación lógica y jurídica que puede hacerse es que, al derogarse el Real Decreto de 1928, según el cual al contraer en el extranjero un préstamo era necesario obtener una previa autorización ministerial, debiendo ahora verse si existe otra norma que imponga, al menos, la misma obligación. En vista de que la norma existe (al art. 2.º del Decreto-Ley núm 476 y el art. 2.º del Decreto Ministerial del 6 de junio de 1956), se debe concluir —a juicio del autor citado— que al permanecer la misma obligación de obtener una autorización, lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley número 43, debe considerarse integrado en las nuevas normas del Decreto Ley número 476 (71). De donde resulta un primer requisito fundamental para quien pretenda obtener un préstamo del extranjero: la necesidad de obtener una autorización ministerial (art. 2.º del Decreto-Ley número 476).

Las personas que quedan autorizadas a pedir un préstamo al extranjero, pueden ser físicas y jurídicas, así como toda empresa que desenvuelva su propia actividad en el territorio del Estado (art. 6.º de la Ley núm. 43). Es decir, que cualquier "residente" de los referidos en el Decreto-Ley número 476 (art. 1.º), puede hacer la petición de un préstamo; el concepto de residente es nuevo en la legislación italiana y comprende tanto relaciones de hecho (residencia), como de derecho

(69) Cfr. MINOLI: *La legge 7-2-1956 núm. 43 in materia di investimenti di capitali esteri in Italia*, cit., pp. 403 y ss.; FEDE: *Gli investimenti esteri*, Padova, 1959; VALORI: *Gli investimenti di capitali esteri in Italia*, cit., p. 2156; SCOTT: *Gli investimenti esteri in Italia*, cit. Milano, 1960.

(70) BAELI: *op. cit.*, p. 78.

(71) Se refiere al artículo 2.º del Decreto-Ley núm. 476; también, SERENI y NOBILI: *op. cit.*, p. 16.

(domicilio y ciudadanía) de las personas que desarrollan una actividad financiera en territorio italiano.

Todo préstamo contraído por un residente de otra persona no residente implica dos obligaciones principales: la de restituir la suma de dinero recibida (y salvo excepciones, la misma especie de divisa) y la de pagar los intereses según lo acordado. Para poder tener la seguridad de que podrá cumplir sus obligaciones deberá obtener previamente una autorización ministerial. Esta autorización produce los efectos siguientes: poder adquirir las divisas que debe pagar el mutuante para el pago del préstamo y sus intereses; el poder recibir la divisa en que fue contratado el préstamo, al cambio oficial vigente en el momento en que debe efectuar la restitución; el poder transferir libremente al extranjero las sumas correspondientes a su préstamo.

Para la doctrina italiana, la naturaleza jurídica de la autorización, según queda ya visto (72), se incluye en la categoría de los actos administrativos denominados "puramente discrecionales", o sea, aquellos para los cuales la ley no ha establecido algún límite o vínculo para la Administración, quien puede decidir plena y libremente. Con la nueva legislación de inversiones, en esta materia se amplían los poderes discrecionales de la Administración para conceder o negar la autorización de los préstamos contraídos en el extranjero (73).

Las condiciones legales que resultan para conceder la autorización de un préstamo, fundamentalmente, son dos: a) que la divisa en que se concreta el préstamo debe ser una de las aceptadas por la "Oficina Italiana de Cambios"; b) que la divisa recibida en préstamo debe ser cedida por el mutuante a la "Oficina Italiana de Cambios", de quien recibirá su contrapartida en liras.

Este condicionamiento especial para los préstamos, está en función de la política económica del Estado en materia valutaria; por eso se ordenan las divisas que acepta o no la "Oficina Italiana de Cambios", como hace el Decreto Ministerial de 28 diciembre de 1956 (74). Pero, según advierte BAELI (75), también se pueden utilizar las divisas que están en las diversas cuentas, como: a) las divisas determinadas por decreto ministerial, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º del Reglamento de la Ley número 43; b) las de las "cuentas extranjeras en liras libres"; c) las de las "cuentas extranjeras en liras multilaterales"; d) las de las "cuentas extranjeras ordinarias"; e) la disponibilidad de las "cuentas especiales" de la Ley de 7 de febrero de 1956 número 43; f) cualquier otra disponibilidad que se autorice para un caso concreto.

Ahora bien, las divisas de las "cuentas especiales" de la Ley número 43, dadas para los préstamos, no pueden acogerse a los beneficios de las inversiones directas, dada su diversa naturaleza y condi-

(72) Véase la nota anterior (14) de este escrito.

(73) Cfr. BAELI: *op. cit.*, p. 82.

(74) Gazzeta Ufficiale del 2-1-57 y del 20-2-57.

(75) BAELI: *op. cit.*, p. 86.

ciones (sin los riesgos de aquellas) que implican otro tratamiento económico y jurídico.

La autorización administrativa contiene unos límites respecto al préstamo que deben ser cumplidos en cuanto a: 1.º) la cantidad o suma tomada en préstamo y a la especie de divisa que se cedió; 2.º) la medida de los intereses (76); 3.º) la duración del préstamo; 4.º) los límites derivados de las condiciones accesorias del préstamo, como los referidos a la facultad de reembolso anticipado (77), la retribución anticipada de los intereses, un término de preaviso, los gastos accesorios o las garantías que eventualmente lo acompañan.

La concesión de la autorización implica una valoración preventiva de un complejo de elementos jurídicos y técnicos, que no implica su concesión por el simple hecho de que se reúnan. A este propósito, la doctrina recuerda las exigencias de la política financiera que la Administración toma en cuenta para decidir positiva o negativamente, ya que en los préstamos, además de sus características (términos fijos, divisa concreta, etc.), pueden ejercer efectos contrarios y negativos al mercado interno (si la finalidad del préstamo no fuera para una inversión productiva). De aquí que deba ser declarada a la Administración la finalidad para la que se destina el préstamo, si bien, la mayor libertad de circulación de mercancías y capitales se agrande y haga menos restringida a los ámbitos en que debe pedirse (78); no obstante, todos estos requisitos son necesarios para la ejecución de los derechos y obligaciones delimitados por la autorización.

En cuanto a los préstamos obtenidos por una sociedad mediante emisiones de obligaciones, las condiciones legales exigidas no se diferencian de las requeridas para los demás préstamos en general (79). La necesidad de una autorización previa y de que la cesión de la divisa del país en que se haga la emisión, sea a través de la "Oficina Italiana de Cambios", son requisitos fundamentales. En su aspecto formal también han de cumplirse dos condiciones: el que se haga pública la decisión de la asamblea social conforme al artículo 2.411 del Código civil, y, obtener una autorización previa para aquellas socie-

(76) Suele ser en torno al legal del 5 por 100. En caso de préstamos sin interés, como el realizado por un accionista extranjero de una sociedad italiana en la que tiene interés (puesto que al financiar la sociedad italiana se financia asimismo), normalmente suele hacerse el préstamo sin interés, si bien se asegura de que pueda ser restituído en determinado tiempo la suma prestada, cfr. BAELI: *op. cit.*, p. 92, n. 12.

(77) Cfr. CHIACONE: *Ammortamenti anticipati fiscali e investimenti*, Milano, 1966.

(78) Cfr. GRISOLI: *Sulla liberalizzazione delle circolazione dei capitali nell'ambito del Mercato Comune Europeo*, en Banca, borsa e titoli di credito, I (1964), pp. 567 y ss.

(79) Cfr. PETTITI: *I titoli obbligazionari delle società per azioni*, Milano, 1964; SEGRE: *Emissione obbligazionarie estere sui mercati europei. Obiettivi, condizioni e forme dell'evoluzione attuale*, en Moneta e credito (1964), pp. 3 y ss.; SENA: *Obbligazioni di società e nuove forme di finanziamento internazionale (cenni sulle obbligazioni in moneta estera, in unità di conto europeo e sulle obbligazioni "indixées")*, en Rivista del diritto commerciale, I (1965), pp. 137 y ss.

dades que superen las 500.000 liras de capital (Ley de 3 de mayo de 1955, núm. 428 y art. 2.º del Decreto-Ley núm. 476). Además, debe ser puesto en conocimiento del Ministerio del Tesoro y del Comercio con el Extranjero el plan de amortización, debido a que es la pieza más importante donde se ven las exigencias y conveniencias del préstamo, que justifican la concesión de la autorización.

10. NOTAS COMPARADAS ENTRE LOS RÉGIMENES ITALIANO Y ESPAÑOL DE CONTROL DE CAMBIOS E INVERSIONES DE CAPITAL EXTRANJERO

La legislación italiana correspondiente a su etapa autárquica y de defensa de la economía nacional, alcanza hasta el final del segundo conflicto bélico mundial. Su última Ley de 24 de julio de 1942, fue dada para regular específicamente las inversiones de capital extranjero. Manteniendo principios semejantes, en España, la Ley de 24 de noviembre de 1939, tiene por objeto, la defensa de la economía nacional evitando la dependencia extranjera; se limitan las cuotas de participación de los extranjeros en las empresas industriales al 25 por 100, siendo necesarias autorizaciones para cualquier movimiento al exterior y limitándose la retirada de capitales.

El régimen de inversiones de capital extranjero italiano inicia su apertura con el nuevo ordenamiento, dado por el Decreto-Ley del 2 de marzo de 1948, que se mostrará insuficiente con el tiempo y será cambiado por otro de signo más liberal y elaborado, implantado por la Ley de 7 de febrero de 1956. Del mismo modo, tres años más tarde, la legislación española sobre inversiones extranjeras inició esta misma línea de aperturas y liberalizaciones con objeto de fomentarlas, según disponía el Decreto-Ley de 27 de julio de 1959, complementado principalmente por ulteriores disposiciones (Decreto de 15 de julio de 1961 y Resolución de 20 de julio de 1961 y Decreto 25 de febrero de 1965 y 18 de diciembre de 1965) (80). Esta legislación española está notoriamente influenciada de la italiana vigente, como han puesto de relieve entre nosotros ESTAPÉ (81), SILVA MUÑOZ (82), BARRENA (83), MAURETA (84), TAMAMES (85) y, muy destacadamente, VERDERA (86), en un amplio estudio comparativo.

(80) Cfr. GARCÉS: *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*, cit., pp. 293 y ss.

(81) ESTAPÉ: *Una experiencia italiana. El capital extranjero y el desarrollo económico*, en la "Vanguardia Española" del 16 de febrero de 1956, reproducido en "Notas sobre la actualidad económica", Barcelona, 1957, p. 252.

(82) SILVA MUÑOZ: *Estudio comparado de la legislación española y de la italiana sobre la inversión de capitales extranjeros*, en Revista de Administración Pública, 30 (1959), pp. 275 y ss.

(83) BARRENA: *La nueva legislación española sobre inversiones extranjeras*, en Boletín de Estudios Económicos, XIV-47 (1959) pp. 56 y ss.

(84) MAURETA: *La política mundial de las inversiones extranjeras en España*, Madrid, 1960, p. 19.

(85) TAMAMES: *Estructura económica de España*, Madrid, 1960, p. 628.

(86) VERDERA: *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*, en Centenario de la Ley del Notariado. Sección tercera. Estudios jurídicos varios, IV (Madrid, 1963) pp. 114 y ss.

El nuevo régimen de inversiones de capital extranjero en Italia ha seguido una técnica legislativa concordante con su sistema de control de cambios, donde la liberalización de las medidas administrativas no implica una ausencia de control. Este control viene realizado, por el Ministerio del Tesoro y el "Ufficio Italiano dei Cambi" e, indirectamente, por los bancos, notarios, agentes de cambio, quienes al intervenir en las operaciones que implican inversiones de capital extranjero en Italia tienen la obligación de "comunicar" al "Ufficio", dentro de los treinta días que siguen a la conclusión de las operaciones, sus modalidades completas, especificando la moneda cedida y su cuantía.

Tanto la "comunicación" que debe hacerse, como la "registración preventiva" de la inversión, con objeto de que pueda acogerse a un régimen de favor (libertad de repatriar el capital y los beneficios, tratándose de empresa productiva), son formalidades de control que, si bien, son potestativas, resultan necesarias, so pena de que si se incumplen, la inversión extranjera venga incluida automáticamente en un régimen más severo e imperativo de control, para el cual se mantienen las previas "autorizaciones" y "licencias" discriminativas de la Administración estatal.

Como hace ver la propia doctrina italiana con CARLI (87), el ordenamiento creado por la Ley del 7 de febrero de 1956; número 43, es menos liberal de los existentes en otros Estados, como ocurre para el caso de admisión de acciones emitidas por sociedades italianas en la cotización de bolsas extranjeras. A su juicio, quien adquiera acciones italianas no ignora en el momento de su adquisición que no obtiene un derecho consagrado por la Ley de transferir eventuales incrementos de valor; en cambio, está expuesto a su revocación "ad nutum". Aunque BAELI (88) juzga este juicio como severo, no por eso deja de reconocer la difícil interpretación del texto legislativo sobre inversiones extranjeras. No obstante, durante el año 1965 las "declaraciones" de inversión de capitales extranjeras en Italia ascendieron a 46.300 millones de liras, efectuadas a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley número 43 de 1956; los sectores económicos que mayormente se beneficiaron de las nuevas aportaciones de capital extranjero —en orden decreciente— fueron el petrolífero, el mecánico y electromecánico, el alimenticio y el químico-farmacéutico; por cuanto respecta a los países de proveniencia, las inversiones en 1965 afluyeron —por orden de importancia— de Norteamérica, Suiza, Gran Bretaña, Francia y Alemania Federal (89).

(87) CARLI: *L'evoluzione della legislazione italiana in materia di controllo degli scambi e dei cambi nel quadro degli accordi internazionali*, cit., pp. 15 y 17.

(88) BAELI: *Investimenti e finanziamenti esteri in Italia*, cit., p. 15. NITTI, *La conquista della forza. Il capitale straniero in Italia*. Bari, 1966: LA VOLPE, *Ostacoli agli investimenti internazionali e deficienze strutturali dell'attuale sistema monetario*, en *Ricerche economiche*, 20-1/2 (1966) pp. 64 ss.

(88) BAELI: *Investimenti e finanziamenti esteri in Italia*, cit., p. 15.

(89) *Inversiones de capitales extranjeros en Italia*, en *Vida italiana* (documentos e informaciones de la Presidencia del Consejo de Ministros), 6 (Roma, 1966), p. 537.

En España, como hace ver VERDERA, la mayor parte de los capitales extranjeros invertidos, a partir de la nueva reglamentación, proceden de Norteamérica, seguidos de Francia, Suiza y Alemania Federal, que se han interesado especialmente en los sectores químicos, eléctricos y de transportes. La participación italiana —concluye este autor— no representa todavía más que el 2,30 por 100 del total, a pesar de que el éxito notable de algunas de sus inversiones puede ser un incentivo para el futuro.

En definitiva, las diferencias que existen entre el régimen jurídico de las inversiones de capital extranjero español e italiano son formales, pues mientras que el régimen italiano se ha institucionalizado más su control a través de vías indirectas y recurriendo al control arbitral para el menor número de relaciones posibles, el español mantiene excesivamente rígido el procedimiento de inversiones con numerosos requisitos y excepciones y con un amplio poder discrecional de la Administración central, si bien, sustancialmente, sea una norma general seguida por la propia italiana.

(90) VERDERA: *op. cit.*, p. 161.

Las II Jornadas Nacionales sobre la Adopción

JOSE MARIA CASTAN VAZQUEZ

SUMARIO: 1. Antecedentes.—2. Desarrollo de las Jornadas.—3. Conclusiones de la Sección Jurídica.—4. Balance de las Jornadas.

1.—*Antecedentes.*

La reforma, del régimen legal español de la adopción en 1958 suscitó, como era natural, diversos estudios en torno a los nuevos preceptos y a la institución que aquéllos venían a remozar. En cátedras y seminarios (1), en revistas jurídicas e incluso en la prensa diaria, se fue haciendo exégesis de la normativa actual y se apuntaron algunas cuestiones que la misma puede plantear.

Desde 1965, el Consejo Superior de Protección de Menores, a través de su Comisión de Estudio y Relaciones Internacionales que preside el Dr. Bosch Marín, se ocupó con especial atención de la adopción de los menores abandonados o expósitos. Creado así el clima para la convocatoria de un symposium de especialistas, pudieron ya celebrarse en mayo de 1966, en Madrid, organizadas por el Consejo de Menores y dirigidas por su Presidente, don Mariano Puigdollers, las I Jornadas Nacionales sobre Adopción (2). En ellas, un grupo considerable de profesionales interesados en la institución —juristas, médicos, educadores y asistentes sociales— examinaron algunos de los problemas que en la práctica se presentan como más acuciantes.

No fue posible, naturalmente, en aquel primer contacto, recorrer todos los puntos interesantes que ofrece la amplia temática de la adopción; de hecho, la mayor parte de las discusiones se centraron en la cuestión (que interesaba vivamente a los dirigentes de instituciones de menores y a las asistentes sociales) de los requisitos subjetivos del adoptado y, de modo especial, del requisito del plazo de tres años de abandono o exposición que el artículo 178 del Código civil exige para permitir la adopción de los abandonados o expósitos. En las Conclusiones, empero, se recogieron también otras cuestiones que, habiendo sido aludidas en las ponencias, habían sido objetos de menor examen.

A partir de aquellas primeras Jornadas aumentó en España el interés

(1) En Madrid, así, el Seminario de Derecho civil del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos dedicó varias de sus reuniones semanales del curso 1958-59, bajo la dirección del profesor De Castro, al estudio de las nuevas normas de la adopción.

(2) Acerca de aquellas primeras Jornadas puede verse la crónica de F. L. FERNÁNDEZ BLANCO: *Las Jornadas Nacionales sobre Adopción*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», septiembre de 1966, págs. 322-323.

hacia la adopción, traducido en encuestas de prensa y radio (3). Recogiendo esa inquietud y tratando de encauzarla rigurosamente, el Consejo de Menores, en colaboración ahora con la Diputación Provincial de Asturias (que se ha distinguido en nuestra patria en el campo de la protección a la infancia, pudiendo presentarse como ejemplares sus guarderías de niños) y con ayuda entusiasta de la Facultad de Derecho de Oviedo (a través, sobre todo, de los catedráticos de Derecho civil, don Manuel Iglesias y don José Luis de los Mozos), convocó las II Jornadas Nacionales sobre la Adopción, celebradas recientemente. En esta crónica trataré de resumir el desarrollo de aquéllas, transcribiendo sus conclusiones y haciendo un breve comentario de las mismas.

2. *Desarrollo de las Jornadas.*

Las Jornadas han tenido lugar en Oviedo durante los días 20 a 23 de mayo de 1968. Los actos del día 22 fueron celebrados en la Universidad Laboral de Gijón. Con el Consejo de Menores y la Diputación de Oviedo han contribuido a patrocinar las Jornadas la Dirección General de Política Interior, la Delegación Nacional de Auxilio Social, la Universidad de Oviedo, la Delegación Nacional de Juventudes, el Instituto de la Juventud, la Caja de Ahorros de Asturias y otros organismos y corporaciones locales.

La presidencia de honor estaba constituida por los Ministros de Justicia, don Antonio María de Oriol y Urquijo, y de Gobernación, don Camilo Alonso Vega, con otras personalidades. La presidencia efectiva fue llevada por el Presidente del Consejo de Menores, don Mariano Puigdollers, y el Presidente de la Diputación de Oviedo, don José López-Muñiz y González Madroño, con la colaboración de una Comisión Técnica encabezada por el Secretario General del Consejo de Menores, don Santiago Manglano Gadea. El profesor don Joaquín Arce y Flórez-Valdés actuó de Secretario General de las Jornadas y fue ciertamente en todo momento alma de las mismas.

Participaron en las Jornadas cerca de dos centenares de asistentes numerarios, procedentes de casi todas las provincias españolas y pertenecientes a las diversas profesiones que de algún modo inciden en la protección de la infancia.

Tras una solemne sesión de apertura (en la que el Gobernador civil de Oviedo y el Presidente de la Diputación, señores Mateu de Ros y López-Muñiz, pronunciaron palabras de bienvenida a los jornalistas, y el profesor Puigdollers señaló los fines de las Jornadas), comenzó con intensidad real el trabajo, encauzado a través de sesiones plenarias (en las que se exponían ponencias y comunicaciones) y de reuniones de Comisiones (que fueron fundamentalmente dos: una Jurídica y otra Médico-psicológica).

Las cinco Ponencias desarrolladas fueron: 1.ª) «La edad del adoptado desde el punto de vista jurídico», a cargo del autor de esta crónica. 2.ª)

(3) Cabe recordar las encuestas llevadas a cabo en el diario «Arriba» por doña María Nieves G. Echevarría; en el semanario «La Actualidad Española» por don José I. Seco; en la «Revista de la Obra de Protección de Menores» por don José Luis Bau; y en la emisora Radio Madrid por don Joaquín Peláez.

«La edad del adoptado desde el punto de vista médico-psicológico», por los doctores don José Luis Sánchez Badía y don Eusebio Martínez Peña, que aportaron desde sus campos profesionales observaciones muy interesantes sobre la edad ideal del niño adoptable. 3.ª) «La adopción como derecho del menor en situación de abandono», por el doctor don Juan Rof Carballo, quien explicó una auténtica lección magistral sobre los fines sociales de la adopción y sus implicaciones en diversos órdenes. 4.ª) «Las posibilidades legales de la adopción de abandonados en España», por el profesor Arce, que, sobre la base del actual articulado del Código civil, dio soluciones para algunas de las dudas que el mismo ha planteado y mostró las posibilidades que ya de *lege data* se ofrecen para difundir la institución. Y 5.ª) «Fundamento moral de la adopción en una sociedad cristiana», ponencia que fue elaborada por la Comisión Jurídica Internacional del *Bureau International Catholique de l'Enfance* y expuesta brillantemente por el miembro de aquélla, don Ignacio Martínez de Alegría.

Un número considerable de Comunicaciones fue aportado a las Jornadas. Muchas de aquéllas se referían a los mismos temas de las Ponencias; otras, empero, planteaban puntos distintos relativos también a la adopción, contemplados no sólo desde el ángulo jurídico, sino desde el médico y el moral. En el campo jurídico, único del que me ocupó, se defendieron comunicaciones de considerable extensión y notable rigor, que convendrá ver publicadas y entre las que cabe recordar: «El consentimiento para la adopción», del profesor don Ignacio Serrano Serrano; «La edad del adoptado en el Derecho comparado», de don Francisco Vega Sala; «Ideas para un Servicio Nacional de Adopción», del profesor don Jesús Gay Ruydiaz; «Recursos contra la resolución judicial en materia de adopción», de don Jesús Bernal Valls; «La necesaria y urgente reforma de la adopción en España», de don Juan Verger Garau; «La deuda alimenticia en el caso de adopción en España», de don Ignacio Serrano García; o «La regulación jurídica de la adopción y su interpretación a la luz de los principios generales del Derecho», del profesor don Luis Mendizábal Osés. Otras comunicaciones, también de carácter jurídico, respondían a un enfoque práctico de algunos problemas, singularmente el del tiempo de abandono o exposición para la adopción plena, aportándose también a través de esas comunicaciones datos y puntualizaciones interesantes para tal materia. Una comunicación de método experimental que resultó sugestiva fue la que acerca de «La adopción como realización ideal del derecho del menor abandonado: experiencias sobre 158 matrimonios adoptantes consultados» presentó el equipo de adopción del Colegio del Cristo de las Cadenas, de Oviedo, formado por el sacerdote don Rosendo Riesgo, la asistente social doña Mercedes Echevarría y el médico don Eloy Antuña. Sobre los aspectos morales de la filiación adoptiva —y de modo especial sobre la debatida cuestión del secreto— formuló observaciones muy fundadas el fiscal y Secretario de la Inspección Fiscal del Tribunal Supremo, don Gregorio Guijarro Contreras.

En el acto de clausura de las Jornadas, celebrado en Covadonga, el profesor Puigdollers, después de dar gracias a todos los participantes, resumió certeramente el espíritu de las Jornadas y prometió trasladar las Con-

clusiones recién aprobadas al legislador para que, por los cauces correspondientes, se estudie la procedencia de traducirlas en normas legales.

3. Conclusiones de la Sección Jurídica.

Las Conclusiones elaboradas a lo largo de las Jornadas se distribuyen en tres grupos o secciones, que corresponde a las tres vertientes desde las que se consideró el tema de la adopción: la moral, la jurídica y la médico-psicológica. Las Conclusiones de la Sección jurídica, única de que me ocuparé, se habían ido perfilando a través de los tres días de reuniones de la Comisión correspondiente y fueron redactadas por una Subcomisión que presidió don Victoriano Ortiz G. Coronado, Presidente de la Audiencia Territorial de Oviedo, y de la que formaron parte: los profesores don Ignacio Serrano, don Manuel Iglesias y don José Luis de los Mozos, catedráticos de Derecho civil; el profesor Arce, Secretario de las Jornadas; don Santiago Manglano, Secretario General del Consejo de Menores; don Gregorio Guijarro y don Jesús Bernal, de la Carrera Fiscal; don Francisco Vega Sala, Secretario del Instituto de Derecho Comparado de Barcelona; don Juan Verger Garau, notario y registrador de la propiedad don Fernando Fernández Blanco, Presidente del Tribunal Tutelar de Menores de Avila; don Manuel Valero Esteban, Secretario del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia, y el autor de esta crónica. A continuación transcribiré y comentaré brevemente las Conclusiones.

1.^a) «CONSIDERANDO: que, al carecer nuestra legislación de una descripción de los conceptos de abandonado y expósito a efectos de la adopción plena, surgen grandes problemas en la práctica de la misma; CONSIDERANDO que el factor cronológico, en el abandono o exposición, no puede estimarse como criterio excluyente de la adopción, siendo, además, de hecho ineficaz el plazo de los tres años actualmente previsto que, a mayor abundamiento, induce a confusión, se propone la modificación del párrafo 2.º del artículo 178 del Código civil en el sentido siguiente: Únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos menores de catorce años o los mayores de esta edad que hubieren sido con anterioridad acogidos o confiados a los adoptantes. También podrán serlo los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos del cónyuge del adoptante. La apreciación de la situación de expósito o abandonado corresponderá en cada caso al Juez, que atenderá para hacerlo al origen del abandono, a su duración y a las demás circunstancias concurrentes» (4).

Responde esta Conclusión a uno de los temas más vivamente discutidos en las Jornadas: el del tiempo de abandono o exposición. El artículo 178 del Código civil, en su actual redactado, preceptúa que «únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años, fueron prohijados antes de esa edad por los adoptantes». Una interpreta-

(4) La redacción dada a las conclusiones es provisional; la formulación definitiva ha sido encomendada a una Comisión integrada por miembros de la Comisión Técnica de las Jornadas y de la Sección Jurídica y Legislativa del Consejo Superior de Protección de Menores.

ción restrictiva y bastante difundida de este precepto (basada en la idea de que el legislador de 1958 ha reservado como única especie de adopción para los niños abandonados o expósitos la adopción plena) ha entendido que para dichos niños no cabe ninguna adopción hasta que haya transcurrido aquel plazo legal de los tres años. Sobre la base de esa interpretación, algunas Instituciones deniegan, en tanto transcurre el plazo, las peticiones de adopción que reciben respecto de niños que llevan menos de tres años en el establecimiento. Ello retrasa o impide muchas adopciones y ha provocado un movimiento contrario al actual artículo 178, que se manifestó ya en las primeras Jornadas (donde, al igual que en las segundas, participaron numerosos dirigentes de Instituciones) y en encuestas y polémicas difundidas en los dos últimos años por la prensa, con fines siempre bien intencionados, pero de forma a veces ligera y sensacionalista.

En las primeras Jornadas el clima había sido ciertamente favorable a propugnar de *lege ferenda* la supresión, o al menos, la reducción, del plazo de los tres años. Una opinión diferente ha venido manteniendo, sin embargo, el profesor Arce Flórez de Valdés, quien a través de algunos recientes estudios (5) ha insistido (con apoyo, tanto de argumentos legales, como de lo que es ya práctica consagrada en varios establecimientos españoles y respaldada por Tribunales) en que cabe también una interpretación más amplia del artículo 178, a tenor de la cual, estimándose que los requisitos de ese precepto rigen solamente para la adopción plena, puede aceptarse que los niños que no están todavía en condiciones de ser adoptados plenamente, pueden serlo entretanto de forma menos plena; y esa adopción menos plena será elevada a plena, si interesa, cuando hayan desaparecido los obstáculos, ya que la transformación de la adopción menos plena en plena no está prohibida por el Código civil y es favorable para el adoptado, habiéndose practicado ya ante diversos Juzgados.

Planteado nuevamente en las segundas Jornadas ese tema, fue amplia y apasionadamente discutido. Un grupo numeroso de jornalistas, encabezados por el letrado don Félix Melendo Abad, Director administrativo de la Inlusa de Madrid, propugnaba solicitar del legislador que se rebaje el plazo de tres años hoy exigido en el artículo 178. Otra corriente, cuyo portavoz frecuente fue el doctor Arce, consideraba como secundaria la cuestión del plazo (aparte de poner de relieve el justo fundamento que dicho plazo tiene) y ponía el acento en la necesidad de sacar el mejor partido posible de la legislación actual, sin esperar todo de una futura reforma, así como conveniencia de que se generalice a todos los establecimientos la práctica de permitir la adopción menos plena en tanto transcurren los tres años.

Los debates dieron origen a intervenciones muy interesantes, como fueron, entre otras, las del profesor Iglesias Cubría acerca de la carencia de *status familiae* como razón de ser de la concesión de la adopción plena; las del profesor Arce sobre la fijación de los conceptos de *abandonado* y *expósito*; o la del profesor Alfonso Prieto, catedrático de Derecho canónico en la Uni-

(5) De modo más extenso en su libro *La adopción de abandonados y expósitos*, Obra de Protección de Menores, Madrid, 1968.

versidad de Oviedo, sobre la necesidad de salvaguardar también los derechos de las madres naturales.

Fruto de las discusiones a nivel de Comisión y Subcomisión fue la conclusión recogida más arriba, que ofrece, con relación a otras conclusiones de las Jornadas, la peculiaridad de ofrecer al legislador un posible y concreto nuevo texto para el párrafo 2.º del artículo 178 del Código civil, redactado con el ánimo de facilitar la adopción, pero dejando al arbitrio del Juez —de quien ya depende hoy la aprobación de la adopción— el valorar las circunstancias de cada caso (tanto de tiempo de duración del abandono como de la especie de filiación de que se trate, existencia o no de padres por naturaleza, atención de éstos hacia el niño, etc.) y apreciar en base a aquéllas si es procedente la adopción. Otra novedad ofrece el texto sugerido: la de permitir la adopción plena de los hijos del cónyuge del adoptante.

2.ª) «CONSIDERANDO la paridad que debe existir, a efectos del consentimiento, entre el supuesto de abandonado acogido en Establecimiento benéfico y el de menor abandonado recogido por otras personas físicas o privadas, se propone que, en caso de negar tal consentimiento los llamados a prestarlo para la adopción, pueda darse una suplencia judicial del mismo si existiere para ello causa justa y probada.»

Recoge esta conclusión la opinión de la mayoría en el supuesto que enfoca. Sobre los diversos problemas que en general puede suscitar la prestación del consentimiento para la adopción, había presentado a las Jornadas el profesor Serrano, como ya señalé, una densa comunicación, que conendrá estudiar detenidamente con vistas tanto a toda posible reforma en esta materia como a la aplicación de la ley vigente.

3.ª) «CONSIDERANDO que la prohibición que para adoptar impone a los que tienen descendientes legítimos, legitimados o naturales reconocidos el número 2.º del artículo 173 del Código civil podría ser revisada, de acuerdo con las tendencias actuales de la doctrina y el Derecho comparado, se sugiere al Legislador que estudie la posibilidad de supresión de la prohibición referida, y que para el supuesto de no estimar oportuna su derogación, se modifique el artículo 6.º de la *Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña* en el sentido de añadir un inciso final que permita que la adopción por quienes tengan descendientes pueda formalizarse cualquiera sea el tiempo de matrimonio transcurrido. Se sugiere asimismo una disminución de la edad exigida a los adoptantes si, una vez estudiado tal extremo, el Legislador lo estimare conveniente.»

La prohibición de que adopten las personas que tienen descendencia —una de las prohibiciones absolutas recogidas por nuestro Código civil— tiene considerable abolengo en Derecho comparado, pero está hoy sujeta a revisión en el mundo, habiendo desaparecido en varias legislaciones recientes y estimándose por algunos autores que es contraria a los fines sociales de la adopción. En las primeras Jornadas se aprobó ya una conclusión en la que, entre otras reformas posibles del artículo 173 del Código civil, se sugería la de «suprimir la prohibición de adoptar que afecta a los que tienen descendientes». En las segundas Jornadas se ha suscitado nuevamente el tema en una comunicación de don Juan Verger Garau, situada en la misma línea;

la escasez de tiempo impidió entrar a fondo en el examen de la cuestión, pero siendo al parecer también la opinión de la mayoría de los juristas presentes, ya que no de la totalidad, adversa a la prohibición, se aprobó la conclusión transcrita. Al redactarla, se observó por don Francisco Vega Sala el hecho de que, no rigiendo en Cataluña la prohibición referida (toda vez que el artículo 6.º de la Compilación preceptúa que «además de las personas a que se refiere el Código civil, podrán adoptar quienes tengan hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos...»), no tiene allí sentido la norma del párrafo 1.º del artículo 178 del Código civil, que exige que los cónyuges lleven más de cinco años de matrimonio para adoptar plenamente, exigencia que obedece a la presunción de la probabilidad de tener hijos; y en consecuencia, se incluyó en la conclusión el ruego de que, si el legislador no se decidiera a suprimir con carácter general la prohibición de descendientes, permita en Cataluña que los cónyuges puedan adoptar plenamente sin esperar a llevar cinco años de matrimonio.

En la misma conclusión se aludió, por último, a la posibilidad de disminuir la edad que el Código civil exige hoy para poder adoptar. Algunos jornalistas eran decididamente partidarios de sugerir que dicha edad —que es hoy la de treinta y cinco años para las dos especies de adopción, a tenor del artículo 173 del Código civil— se rebajara a treinta años. No había, sin embargo, unanimidad en esto, ya que destacados miembros de la Comisión Jurídica (entre ellos, los profesores Serrano, Iglesias y De los Mozos, así como el Presidente de la Audiencia Territorial de Oviedo, don Victoriano Ortiz), se mostraban contrarios a la reducción. Al no haber, pues, acuerdo, se dio la redacción que hemos visto a la conclusión, cuyas últimas palabras constituyen realmente, más que una petición de que se rebaje la edad, una sugerencia de que se estudie el tema.

4.ª) «CONSIDERANDO que los efectos de la adopción reconocidos en la Ley deben ser fiel expresión y externa manifestación del vínculo paterno-filial creado; CONSIDERANDO que la filiación adoptiva ha alcanzado socialmente una plenitud no correspondida por los efectos legales atribuidos; CONSIDERANDO que, por lo que respecta a la adopción en su forma plena, el robustecimiento de alguno de sus efectos comporta legalmente una mayor vigorización de los atribuidos a la filiación natural reconocida, lo que realmente también es deseable, se propone que los efectos personales y patrimoniales de las tres clases de filiación indicadas —adoptivas plena y menos plena y natural reconocida— sean reforzados y vigorizados en la Ley; de acuerdo con nuestras actuales costumbres.»

Acerca de la necesidad de reforzar la condición de la filiación adoptiva había ciertamente unanimidad en las Jornadas. El redactado de esta conclusión se debió al doctor Arce, quien, sin dejar de estar en la misma línea, observó que no debe postularse solamente un robustecimiento de la filiación adoptiva, que pudiera traducirse indirectamente en postergación de la filiación natural, sino también y simultáneamente la vigorización de ambas especies de filiación.

5.ª) «CONSIDERANDO que la eventual carencia de los requisitos subjetivos exigidos para la formalización de la adopción en forma plena dificulta

a veces su consecución; **CONSIDERANDO** que, en ocasiones, tal ausencia es subsanable por el mero transcurso del tiempo o producto de un hecho posterior y que la transformación en plena de la adopción inicialmente conformada como menos plena es práctica judicial consagrada y criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se propone que por el Legislador se arbitre expresa fórmula legal, a efectos de facilitar y simplificar la elevación a plena de la adopción menos plena inicialmente formalizada, en los supuestos en que se den los requisitos exigidos para aquélla.»

Tras la reforma del régimen de la adopción en 1958, se dudó acerca de si existe la posibilidad, no contemplada expresamente en el nuevo texto legal, de transformar la adopción menos plena en plena. La respuesta afirmativa ha ido prevaleciendo. Se trata en esta conclusión de que tal posibilidad se consagre en el mismo Código civil.

6.ª) «**CONSIDERANDO** que el límite impuesto al pacto sucesorio en el párrafo 4.º del artículo 174 del Código civil puede plantear un difícil problema en el caso de que realice una segunda adopción el adoptante que en una primera hubiera hecho uso de la facultad de instituir en dos tercios de su herencia al primer adoptado; **CONSIDERANDO** que, examinadas algunas de las fórmulas que tanto «de lege data» como «de lege ferenda» podrían proponerse para enfocar la solución de tal problema, las Jornadas no se deciden definitivamente por ninguna de ellas, se sugiere que el tema sea objeto de una Ponencia en las próximas Jornadas que se celebren y de estudios preliminares a nivel de seminario en el seno del Consejo Superior de Protección de Menores».

El problema resumido en el párrafo 1.º de esta conclusión fue ya planteado por el autor de la presente crónica en las primeras Jornadas, sin que en ellas quedara tiempo para examinarlo detenidamente. En las segundas Jornadas, el problema, que no figuraba en el temario fue nuevamente suscitado, esta vez por don Juan Verger Garau, siendo debatido en una de las reuniones de la Comisión Jurídica. En la discusión hubo interesantes intervenciones de don Ignacio Serrano, don José Luis de los Mozos y don Fernando Fernández Blanco; y observándose la imposibilidad de sugerir una solución adecuada al complejo problema sin un estudio detenido, se tomó el acuerdo que queda transcrito más arriba.

7.ª) «**CONSIDERANDO** que la remisión hecha en el párrafo 1.º del artículo 176 del Código civil, en orden a la suplencia del consentimiento del adoptado menor o incapaz, ha producido en la práctica graves supuestos de fraude de ley, con los perjuicios relativos a su prevalencia o instancia de aclaración, lo que atenta contra la garantía de la institución adoptiva, se a efectos del consentimiento del adoptado menor o incapaz y, en su lugar, sugiere que sea suprimida la remisión que el artículo 176, párrafo 1.º, hace se establezca claramente que el mismo, en tales casos, deberá ser prestado por ambos padres, si fuere posible, y sólo subsidiariamente mantener la concordancia con los preceptos relativos al consentimiento para el matrimonio.»

Se debe esta conclusión a la iniciativa del profesor don Alfonso Prieto, quien expuso algunos casos de fraude de ley que se han dado recientemente en la práctica y sugirió la fórmula para evitarlos.

8.^a) «CONSIDERANDO la actual situación en lo que a la promoción de la adopción y su realización se refiere y la necesidad de fomentar tal promoción y su adecuada formalización con el prestigio y garantía que la institución adoptiva requiere, se propone la creación de un Servicio Nacional de adopción, dependiente de la Obra Nacional de Protección de Menores, con el carácter de servicio centralizado sin personalidad y sin perjuicio del establecimiento de órganos delegados del mismo a nivel provincial o local, y con la función de estudio, investigación, difusión, asesamiento técnico y orientación familiar, coordinación de las instituciones y promoción de la actividad de las mismas en orden a la adopción de los menores acogidos.»

Esta propuesta, cuya efectiva realización podría ser importante para la difusión de la adopción en España, se debió al profesor don Jesús Gay, Subdirector General de Beneficiencia, quien a través de una brillante comunicación había ofrecido un detallado esquema de lo que puede ser el referido Servicio Nacional.

4. Balance de las Jornadas.

Un doble valor se puede ya, sin duda, conceder, recién celebradas, a las segundas Jornadas de Adopción que acabo de reseñar. Primero, el valor de los contactos personales que se han establecido o reafirmado entre profesionales de diversos campos que coinciden en su interés por el instituto de la adopción. Después, el valor de las conclusiones: sin exagerar su importancia (toda vez que constituyen sólo, en principio, aspiraciones, no siempre unánimemente sentidas, de un grupo de especialitas, en el que además no estaban presentes todos los juristas que en España se han ocupado del tema), hay que reconocer, al menos, que dichas conclusiones (que fueron fruto de debates bastante detenidos, a lo largo de los cuales se expusieron y contrastaron opiniones muy autorizadas) representan puntos de convergencia sobre varias de las cuestiones concretas que se pueden plantear de cara a una posible nueva reforma de la legislación española sobre adopción. Ciertamente es que tal reforma, si se produjera, ha de venir a través de otros cauces. Pero el legislador puede, desde luego, encontrar una buena base inicial de trabajo en las conclusiones de las Jornadas de Oviedo. Y eso sólo ya inclinaría a reputar como positivo el balance de éstas.

Reciente todavía en cierto modo la reforma de 1958, no cabría esperar ni desear retoques precipitados al articulado vigente del Código civil, que, por otra parte, está ya en conjunto en la línea de las legislaciones progresivas y ofrece amplias posibilidades en favor de la filiación adoptiva; pero tampoco cabría oponerse a que se hagan sin gran demora algunas modificaciones a dicho articulado, de acuerdo con las experiencias de los últimos diez años en España y con las orientaciones del Derecho comparado. Y aquí conviene recordar el ejemplo de los varios países que recientemente han reformado sus legislaciones sobre adopción y las siguen retocando con el deseo de mejorarlas; así como el dato de que, a nivel continental, se haya firmado en Estrasburgo la Convención Europea de Adopción de 1967, de la que proyecto ocuparme en este Anuario y en la que se fijan pautas para las legislaciones nacionales en la materia. Una reforma

que, con la necesaria meditación, se realice también en la legislación española puede contribuir a perfeccionar nuestro sistema (que ya fue muy mejorado en 1958) y a promocionar en España la adopción, esa vieja institución de Derecho civil, hoy muy llena de sentido social, que constituye la mejor solución posible al grave problema de los niños sin familia.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ARCE y FLOREZ-VADES, Joaquín: «La adopción de expósitos y abandonados. (Guía práctica y formularios)». Madrid, 1968, VII + 132 págs.

El autor, además de profesor universitario, es Vocal de la Junta Provincial de Protección de Menores de Oviedo, y funcionario de la Diputación; ello explica la génesis y propósitos del libro, nacido como fruto de las Primeras Jornadas Nacionales de Adopción de mayo de 1966, y que persigue el objetivo de aclarar algunas dudas legales surgidas en torno a esta materia, así como el de unificar y facilitar la promoción de adopciones en España.

Se abre la obra con unos conceptos generales previos sobre filiación, patria potestad, tutela, etc., siendo de notar las definiciones de abandonado y expósito. Para el autor, se trata de dos especies de un género común, a saber, el abandonado en sentido amplio; abandonados son aquellos sujetos que, cualquiera sea su filiación, han sido totalmente desamparados por sus padres o guardadores antes de los siete años de edad, sin cuidar de proveerlos de inmediata y eficaz atención ajena, y con la finalidad de liberarse de su guarda; expósitos son quienes, independientemente de cuál sea su filiación, han sido totalmente desamparados por sus padres o guardadores durante la minoría de edad, con la finalidad de liberarse de su guarda, habiendo sido confiados a una persona ajena. También interesa la noción de establecimiento benéfico: aquellas entidades con personalidad jurídica propia o integrada, que persiguen un fin de interés público en la satisfacción de las necesidades de los menores privados de ambiente familiar normal, de cuya guarda y educación han sido encargados.

Dedica un capítulo al acogimiento familiar, situación que a los efectos del artículo 178, 2 del Código civil considera equivalente a las de prohijamiento, colocación familiar, afiliación; es un sucedáneo de la adopción en los casos en que ésta no sea permanentemente posible, y que tiene un cometido trascendental en las etapas preadoptivas; por ello, es del mayor interés la descripción que hace del convenio de acogimiento.

Varios capítulos están dedicados a la adopción en España, que se considera fórmula redentora para los niños acogidos en los establecimientos benéficos; parece que algunos Centros realizan anualmente porcentajes próximos al 50 por 100 computando las adopciones y los acogimientos, siendo las primeras el 85 por 100 del total. Con acierto el autor considera subsistente el requisito de la utilidad del adoptado, pese a que ahora el Código no lo menciona, aunque quizá quepa revisar la doctrina sentada por la sentencia de 30 de mayo de 1951, según la cual «dando por cierto que el fin que dicha señora (la adoptante) se propuso fue el de liberar al mismo (adoptado) de cargas fiscales, siempre habría que admitir que la adopción es válida y eficaz, a efectos civiles» (en realidad, el Tribunal Supremo da por sentado que la adopción litigiosa tenía una causa verdadera en la ejemplar conducta del

recurrido durante la Guerra civil y en el maternal afecto de la adoptante, de suerte que aquella declaración es *obiter dictum*.

También se ocupa con amplitud de la adopción menos plena de los expósitos y abandonados y de su posterior transformación en adopción plena; es interesante su opinión de que al efecto de formalizar esta última en escritura pública, bastará la comparecencia de los adoptantes, por sí y en representación del menor adoptado; situación en la que muchos verían, sin embargo, una oposición de intereses que exigiría el nombramiento de un defensor judicial.

Quizá la parte más lograda sea el capítulo relativo a la irrevocabilidad de la adopción, sosteniendo, muy sensatamente, que las excepciones admitidas por el Código no atacan la estabilidad del vínculo adoptivo.

La obra se completa con unos útiles anexos relativos a la organización administrativa de una Organización asistencial de menores, y de unos formularios muy completos que ayudarán mucho a la praxis.

Obras como la presente también deben escribirse, y aunque se presenta con unos objetivos muy modestos, cumple decorosamente el fin pretendido y aporta —como hace notar Puigdollers, prologista de la obra— interesantes sugerencias al Derecho de familia. Limitada al Derecho español, sólo contiene referencias bibliográficas de la doctrina patria, que está recogida en lo sustancial.

En el plano de los reparos indicaré una inactual alusión al Apéndice aragonés (pág. 41), una insuficiente argumentación sobre la edad mínima del adoptante (pág. 52) y un tratamiento demasiado sucinto de la adopción por extranjeros. Ello no empaña nuestro juicio favorable sobre el conjunto de la obra.

Gabriel GARCÍA CANTERO.

CRESPY, Georges; EVDOKIMOV, Paul; DUQUOC, Christian: «Le mariage».
Eglises en dialogue, núm. 4, Imprimerie Mame. Tours, 1966, 184 págs.

No puede ser mejor intencionada la finalidad de este pequeño volumen, que es la misma de toda la colección «Eglises en dialogue». Se trata de presentar, sin ánimo polémico, la doctrina sobre el matrimonio vigente en la Iglesia Católica, en la Iglesia ortodoxa y en las Iglesias de la Reforma. Es una forma de diálogo ecuménico que se inserta en la mejor tradición post-conciliar. Por esta vía se facilita una fuente de información sobre la concepción matrimonial vigente en las otras Iglesias cristianas, sobre la cual no abunda la bibliografía.

Conviene advertir que los autores no son primordialmente juristas, sino teólogos, de suerte que sus reflexiones se orientan sobre los aspectos dogmáticos y pastorales. Georges Crespy es un teólogo protestante francés, profesor de filosofía y de ética en la Facultad Teológica de Montpellier, y autor de varios estudios de su especialidad, Paul Evdokimov es un famoso teólogo ruso ortodoxo, bastante conocido en Occidente por ser profesor en la actualidad del Instituto San Sergio de París, y por sus numerosas publicaciones en materias de espiritualidad cristiana y de teología ortodoxa (espe-

cialmente por su obra *Le mariage, sacrement de l'amour*). El dominico Christian Duquoc es profesor de la Facultad de Teología de Lyon y del Instituto Superior de Ciencias Religiosas de Montreal. Con todo, no descuidan los aspectos jurídicos, y así Crespy nos informa sobre las razones que han conducido a las Iglesias de la Reforma a no legislar sobre el divorcio, y Evdokimov nos documenta sobre la doctrina ortodoxa acerca de la reiteración de matrimonio y en torno a los matrimonios mixtos.

Acaso las propuestas más audaces correspondan al teólogo católico. En efecto, el Padre Duquoc sugiere una suavización de la doctrina canónica sobre el matrimonio que permita la integración en la comunidad cristiana a parejas de bautizados que viven en situación irregular. Para ello propone que la noción de fidelidad sea sustituida por otra de reciprocidad. Estimo, sin embargo, que la indisolubilidad matrimonial será conservada, por muy dolorosas que sean determinadas situaciones conyugales forzadas a mantenerse al margen de la ley.

Gabriel GARCÍA CANTERO.

ENGLER, Helmut: «*Annahme an Kindes Statt (1741-1772 B. G. B.)*». Sonderausgabe aus *J. von Staudingers Kommentar z. B. G. B., 10/11 Auflage, Band IV, Familienrecht, Teil 3 b.* 1967, J. Schweitzer Verlag, Berlín; 229 págs.

Razones de peso aconsejan prestar atención a esta nueva entrega del clásico Comentario de Staudinger, que por sí sola constituye una verdadera monografía y se edita como tal. El lector español encontrará aquí puntual referencia e información sobre el estado de la legislación relativa a la adopción en Alemania Occidental hasta el 31 de diciembre de 1966 (la traducción castellana del B. G. B. realizada tan cuidadosamente por Melón Infante sólo llega hasta 1950, y desde entonces no menos de 14 párrafos han sufrido modificaciones de importancia en esta materia). Doctrinalmente se ofrece, además, un completo tratamiento sistemático de la institución, con la rigurosidad a que nos tiene acostumbrados el plantel de colaboradores del Staudinger, con una exhaustiva bibliografía alemana, y un minucioso análisis de las cuestiones prácticas que la adopción plantea, sin mengua del suficiente tratamiento doctrinal; todo ello convierte a este manejable volumen en una útil obra de consulta, incluso para el lector extranjero.

Recuerda Engler que, desde la promulgación del B. G. B. la adopción (1) ha adquirido en Alemania una gran significación práctica, pasándose de sólo algunos centenares de casos a principios de siglo, a un promedio de unos 8.000 anuales. La adopción constituye un medio de incorporar a una familia a los huérfanos o a los hijos ilegítimos.

(1) Para el lector poco familiarizado con la terminología alemana será útil esta advertencia de MELÓN INFANTE: «Adopción = *Annahme an Kindes-statt*. Literalmente esta expresión alemana significa «recepción en el lugar de hijo» o «recepción en la posición de hijo». En la terminología alemana genuina no existe un verbo equivalente al nuestro «adoptar» (*Código civil alemán*, Barcelona, 1955), pág. 356, nota 1.252.

Aunque el estado actual de la legislación no satisface plenamente a la doctrina (y Engler no ahorra las críticas), señalemos algunas reformas importantes: se reduce a 35 años la edad para adoptar y se exige que el adoptado sea menor de edad, requisitos que si bien son dispensables, marcan una nueva orientación de la adopción. Lástima que el autor no recoja apenas bibliografía en lengua no alemana.

Gabriel GARCÍA CANTERO.

FERNANDEZ FLORES, José Luis: «El divorcio en Derecho internacional privado. Su alcance jurisdiccional en Hispanoamérica». Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1967, 256 págs.

En unos momentos en los que se está trabajando en La Haya para la preparación de la Conferencia de Derecho Internacional Privado, en la que se va a tratar de la elaboración de un convenio sobre materia de divorcio, el libro del que se da noticia está de máxima actualidad.

Redactado como tesis para aspirar al título de Doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, ofrece las características de seria investigación, propia de tales trabajos. El autor ha cuidado de dar las gracias al profesor Peceourt por la ayuda que le ha prestado.

La obra se divide en tres partes. La primera, titulada «Consideraciones generales», recoge unas elementales consideraciones sobre «naciones conceptuales y metodológicas» y Derecho comparado. La segunda, trata de «La competencia judicial internacional sobre divorcio en Derecho hispanoamericano»; es la central y más cuidada; comprende un estudio de las «Características generales y principios de solución», «soluciones internacionales (tratado de Lima, primeros y segundos tratados de Montevideo, Código de Bustamante, y sistemas nacionales, distinguiendo los de los países que admiten el divorcio (Bolivia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Méjico, Nicaragua, Panamá, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela) y sistemas nacionales que desconocen el divorcio (Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Paraguay). La tercera y última parte está dedicada a una «Síntesis crítica y ensayo de solución».

Como se aprecia del mismo índice, la obra se centra en el Derecho Hispanoamericano y dentro de éste, en el problema jurisdiccional o de la competencia válida en el orden internacional. Por ello, no es de extrañar se advierta un cierto descuido respecto al Derecho y sistemas europeos; que se extiende hasta el español. Sorprende, sin embargo, que se diga que la legislación procesal española vigente se caracterice por la lenta pesadez del antiguo proceso español y en que «Los poderes del juez son amplios, en detrimento de las partes»; cuando, precisamente, se le critica por lo restringido de la iniciativa permitida a los jueces, a causa de lo severamente que se sigue el sistema dispositivo.

En la Conclusión, con la que se pone fin al libro, se ha procurado señalar cuáles son las líneas maestras que distinguen el Derecho hispanoamericano, y cuáles pueden estimarse dominantes. Al resumirlas, el autor apunta tam-

bién su postura crítica y su solución preferida. Dice, que sería de desear que se facilitase el ejercicio de los derechos de los cónyuges, adoptándose como base de competencia ambos domicilios, el del demandado y el del demandante, a elección de este último. Con lo que es de temer que se daría preferencia al domicilio de quien tomase la iniciativa del divorcio (domicilio que podría cambiar a su conveniencia) en perjuicio del demandado.

Merece, en fin, recogerse la siguiente admonición, pues conviene tenerla muy en cuenta: «Frecuentemente, los juristas españoles olvidan que existe una veintena de países que durante siglos hemos sido nosotros mismos, países que hablan nuestro idioma, que se han nutrido y en parte se nutren todavía, de nuestras instituciones jurídicas y con los cuales nos hallamos ligados directamente a través de Portugal. Entre estos países los hay de floreciente vida jurídica y cuyas instituciones están al nivel de los países más avanzados y, en muchos aspectos, son más progresivas que las nuestras».

R.

GIOLLA, Piero: «*Valutazione del danno alla persona nella responsabilità civile. Seconda edizione. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1967, 609 págs.*

Este libro es el resultado de una larga elaboración. Giolla, discípulo de Cazzariga, desarrolla el pensamiento del maestro, ya enunciado en *Le basi-medico-legali per la stima del danno alla persona da delitto o quasi-delitto*, 1928. Ahora, esta segunda edición, hecha al cabo de unos nueve años, se nos presenta revisada y completada, con unas amplias referencias a la doctrina de los autores y de la jurisprudencia, hasta ponerla al día.

La obra, debida a un profesor de Medicina legal y de los seguros, tiene como finalidad inmediata la de ilustrar las tareas médico-legales del perito, al que se le consulta para valorar el daño que haya sufrido una persona. A tal efecto, el autor examinará las bases para la estimación del daño, es decir, los datos médicos útiles para admitir o no la existencia, y, en segundo lugar, para calcular la indemnización del daño.

Limitándose a la tarea valorativa del daño apreciable técnica-médicamente, se nos define el daño como consecuencia económicamente valorable de una modificación peyorativa del modo de ser de la persona física, o sea, de una disminución, con efectos económicamente sufridos por el individuo considerado como entidad somática y psíquica. Proponiendo, como otra definición posible, la de la suma de los efectos económicos sufridos, derivados de una disminución del mismo; considerado como entidad somática y psíquica. Con ello, parte de lo que llama «valor de la persona», considerando su capacidad productiva, propia e impropriamente dicha, en cuanto compromete la eficiencia social genérica que facilita la manifestación y el empleo de tal capacidad. Sigue así una concepción que podría llamarse subjetiva y que Giolla enfrenta a la de Gerin y, en general, a la de la escuela médico-legal romana, la que propone sustituir la ganancia base del individuo por su valor económico medio, único para todas las unidades laborales, que tomaría por base la renta nacional y el número de habitantes del país.

A pesar de su propósito, el autor no ha podido limitarse al aspecto médico técnico, y toca repetidas veces cuestiones jurídicas. Resulta especialmente interesante todo lo referente a la separación entre el daño patrimonial y el no patrimonial, y las dificultades que para ello originan los casos en los que se trata de indemnizar por la muerte, con especial consideración del supuesto de la muerte de un niño, del daño estético, del daño a la vida de relación, capacidad sexual, pérdida de virginidad y castración. A lo que se viene a añadir, el atemperamiento de los criterios técnicos por las consideraciones que el Juez puede o debe tener en cuenta.

La edición actual se avalora con extensas secciones sobre nuevos aspectos de las aportaciones doctrinales y jurisprudencia. Va acompañado de cuadros y tablas sobre las tarifas para la constitución de rentas vitalicias, conforme a la edad, sobre la incapacidad permanente y temporal, según edades, coeficientes para la capitalización anticipada, tablas de mortalidad, de valoración del grado porcentual de invalidez permanente y ensayo de tabla valorativa de la invalidez permanente genérica.

Es de advertir, en fin, que el autor no es optimista en exceso sobre la labor de los técnicos. Nos dice: Hoy, en verdad, *lo estereotipado de las preguntas y el cumplimiento rutinario* de la función consultora, ha llevado a que se desvíen los mismos términos del problema del resarcimiento, al extremo de que a menudo hace pensar que quizá el daño civil sufrido por la persona sería mejor apreciado y más exactamente apreciado y liquidado por un Juez sereno, sin necesidad de consulta técnica.

R.

GONZALEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel: «Las relaciones de vecindad». Ediciones Nauta, S. A., Barcelona, 1967, 490 págs.

El autor ha publicado un *Manual de servidumbres* (3.^a edición, Barcelona, 1965), y ello constituye un buen punto de partida para estudiar las relaciones de vecindad, dadas sus innegables conexiones legislativas y sistemáticas, con riesgo evidente de confusión entre ambas figuras. En el momento actual la teoría de las relaciones de vecindad dista mucho de ser clara y haberse perfilado con nitidez por la doctrina. Carbonnier, que muy sugestivamente encuadra «l'inmeuble dans la communauté de voisinage», para estudiar sus linderos, las servidumbres, lo que califica de «obligations de voisinage» y la misma propiedad horizontal, ofrece, en cambio, una visión más bien arcaica de las relaciones de vecindad consideradas en el plano sociológico —superada, sin duda, por el autor de esta obra—, mientras que la jurisprudencia francesa regula estas relaciones en el amplio marco de la responsabilidad civil, y en el más estricto del abuso de derecho (1). Por su

(1) CARBONNIER, *Droit civil*, II, 1 (París, 1957) pág. 155. Más adelante escribe: «La comunidad vecinal es una realidad sociológica más o menos intensamente sentida según las épocas y el medio ambiente. Su vigor parece corresponder al estado de una sociedad agraria y algo arcaica. En su origen, en un mundo en que las familias tenían escasa movilidad, los derechos de los vecinos se han explicado quizá por la presunción de existencia de una comunidad de parientes» (*op. et loc. cit.*, pág. 190).

parte Albaladejo (2) las considera más bien como el núcleo principal de los límites en interés privado del poder del propietario; y como el derecho de cada condueño colindante a obrar absolutamente libre en su propiedad, produciría perturbaciones y molestias, a veces exageradas, al ocupante de la contigua, en beneficio de ambos se restringe la libertad de cada uno respecto a la cosa; y dada la fragmentaria regulación legal, propone este autor recurrir a los principios generales del Derecho a falta de ley y de costumbre, extrayéndolos de los artículos 581, 582, 590 y 1.908 del Código civil.

González-Alegre, a diferencia del método utilizado en su *Manual* citado, ha empleado aquí la técnica del estudio monográfico, recogiendo sustancialmente toda la bibliografía patria, o en lengua española (especialmente los trabajos de Bonfante, Ferrara, López de Haro y los Apuntes de clase del profesor Hernández Gil), elaborando una construcción propia y sistematizando en una parte especial las figuras típicas que contempla nuestro ordenamiento.

Consciente de las graves dificultades para enunciar un concepto de las relaciones de vecindad, el autor las describe así: Son aquellas relaciones a que da lugar, en la actuación ordinaria de la vida práctica de las personas, el ejercicio de sus derechos o facultades subjetivas, que por el hecho de su vecindad o la de los fundos de los que son propietarios, producen mutuas y recíprocas invasiones de las esferas de interés personal o patrimonial jurídicamente protegidos o dignos de protección, que hace preciso limitar, mediante su regulación o reglamentación por parte de la Ley en orden al mantenimiento de una necesaria y buena convivencia vecinal, factor esencial, dentro del concierto social.

Tales relaciones las clasifica en relaciones vecinales estrictamente personales, y relaciones vecinales en razón a la propiedad de fundos contiguos.

Es amplio el capítulo relativo a los principios informadores, pasando revista a la teoría de los actos de emulación y del abuso del derecho, a la responsabilidad objetiva y a las inmisiones (con especial referencia a las teorías de Ferrara y Bonfante), concluyendo con unos criterios que deben inspirar la resolución judicial en cada caso.

Acaso el mayor interés práctico de la monografía radique en la segunda parte, en donde sistemáticamente se ocupa de las siguientes figuras típicas clasificadas conforme al criterio citado: influjos e inmisiones, supuestos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, casos de la Ley de Propiedad Horizontal, edificios ruinosos, árboles que amenazan caerse, vecindades cinegéticas, supuestos previstos en la Ley de Aguas, distancia de poblaciones y zona marítimo-terrestre. En capítulo aparte, y como «proyecciones vecinales», trata de la medianería y de los supuestos que pueden darse en la llamada acesión invertida. Cada caso es analizado con minuciosidad, con especial atención a la jurisprudencia.

Sobre un tema difícil el autor ha sabido elaborar una obra en la que el práctico encontrará resueltos no pocos problemas, y en la que el dogmá-

(2) ALBALADEJO, *Derecho de cosas* (Barcelona, 1964), págs. 168 y sigs.

tico hallará no pocos puntos de reflexión. El libro ganaría en claridad si se acomodara a la forma usual de citas, y evitara algunas digresiones que le alargan innecesariamente.

Gabriel GARCÍA CANTERO.

IGLESIAS, Juan: «Estudios. Historia de Roma. Derecho romano. Derecho moderno». Centro de estudios universitarios. Madrid, 1968.

No resulta, en verdad tarea fácil para un jurista redactar una reseña o «*recensio*» del conjunto de primorosos trabajos que Juan Iglesias publica ahora, reunidos, en la obra denominada genéricamente *Estudios*. Y no es empeño fácil, porque aun cuando se trate de trabajos sobre temas primordialmente jurídicos o histórico-jurídicos, y la reseña la realice un jurista, los trabajos de Iglesias sobrepasan con mucho, en forma y fondo, los caracteres normales de las obras sobre derecho que estamos acostumbrados a leer. Las sobrepasan en cuanto al *fondo*, porque la fina y acuciosa mente de Iglesias ahonda incansablemente en el subsuelo de las fecundas tierras que pisa, y como si fuese un experto minero busca el oro escondido o el agua viva que naciera en sus entrañas; y de este modo, lo que aparentemente era un tema puramente jurídico, va desvelándose hacia terrenos de filosofía profunda, de esencias insospechadas, de interpretaciones históricas y sociológicas que transportan al espíritu del lector hacia cumbres verdaderamente insospechadas. Y sobrepasan a los trabajos jurídicos normales en cuanto a la *forma* porque Iglesias, salmantino de ley, es un orfebre extraordinario de nuestra lengua castellana; parece como si el oro en bruto que extrajo de su laboreo científico se transformara por obra de su pluma en joya delicada y preciosa en que el artifice encontrara el más alto grado de inspiración. Y sobre estos dos caracteres primordiales, los trabajos de Iglesias ofrecen otro muy peculiar; el de haber sido hechos con amor; con un amor en verdad apasionado hacia el Derecho; y por ello y con ello, hacia el Derecho romano en donde han encarnado y continúan encarnando «los principios y conceptos jurídicos valederos para las sociedades modernas» (pág. 53 de la obra). Con lo dicho se comprende que los *Estudios* de Iglesias son, más aún que una obra jurídica, una obra artística, y, si se me permite decirlo, una poesía; y como él mismo afirma censurando a la crítica fría, y rememorando a Unamuno, «ante una obra de arte, ante una obra poética, sólo es buen crítico el que es poeta a su vez, cante o no poesía» (pág. 16).

Yo no lo soy y por ello no puedo hacer esta reseña con la plenitud de juicio que deseara; pero sí soy sensible como jurista a las verdades y bellas razones que la obra contiene; y quedándome muy por debajo de ella, debo ofrecer a los lectores del ANUARIO DE DERECHO CIVIL el manojito de ideas que se encierra en sus páginas.

La *Visión titoliviiana de la historia de Roma* (págs. 13 a 29 inclusive) penetra en ese difícil tema de lo que sea la historia y el historiador, señalando lo que la tarea de éste tiene de arte y de creación poética, que han de prevalecer sobre las frías técnicas instrumentales; y sentadas estas necesarias

premisas, analizando la visión que Tito Livio tenía de la historia, le sabe calificar en frase certera nacida de Tácito como «historiador de fe egregia».

Un conjunto de estudios posteriores intentan —y consiguen— precisar y revelar lo que late en el venero siempre fértil del Derecho romano, y lo que él representa de carne viva en el actual ordenamiento jurídico, sin que los modernos juristas lo aprecien en su auténtico valor.

Derecho romano y esencia del Derecho. (págs. 33 a 42); *El Derecho romano y nuestro tiempo* (págs. 43 a 50); *Del Derecho romano al Derecho moderno* (págs. 51 a 56); *El estudio actual del Derecho romano* (págs. 57 a 62); *Sobre el Derecho romano y la auctoritas* (págs. 53 a 68); *Perspectivas romanísticas*; I. *Sentido histórico del Derecho romano*; II. *El Derecho romano vulgar* (págs. 69 a 82); *Consideraciones romanísticas* (págs. 83 a 88); *El Derecho y su tema* (págs. 193 a 204), y en cierto sentido también, *La construcción sistemática en general* (págs. 123 a 132), son trabajos todos que deben agruparse en esa dirección de pensamiento, en la que Iglesias, torturado por el panorama presente, por las angustias del momento, por el predominio de una ciencia seca y fría, cuadrículada en sistemas de conceptos abstractos, clama incansablemente por la necesidad de un derecho nacido de la vida misma, instrumento único de la justicia, que restituya al hombre en su total unidad los valores fundamentales de su existencia en una atmósfera de auténtica libertad. Y en este punto le aflora siempre por los perfiles de su egregia pluma el eterno ejemplo del Derecho romano y el «laboreo» de sus jurisconsultos, que supieron encontrar las soluciones fieles a la naturaleza de las cosas, sin dejarse esclavizar por esquemas abstractos. Sería empeño excesivo para los límites de este trabajo puntualizar el contenido de todos estos meditados estudios; pero sí hemos de anotar algunas frases definitorias que en ellos se encuentran: «el Derecho es una de las formas que toma el amor para obrar entre los hombres»; «Los romanistas tenemos el deber de mostrar a las generaciones actuales... la fuerza y la virtualidad de una jurisprudencia siempre atenta a la exacta misión de arrancar a la *natura* los contenidos de verdad moral que convienen a lo que es bueno y justo». «Lo que ahora está en crisis es esa humanidad que hay en el hombre. La crisis está en la muerte del individuo, del hombre como tal». «Ni la cultura occidental es algo que pertenece a un pasado muerto, ni los Códigos de la hora actual han enterrado para siempre el Derecho romano». Pero Iglesias no se deja llevar de su justificada pasión por la obra de Roma; «sería vano empeño pretender que todas las figuras, instituciones o relaciones disciplinadas por los modernos Códigos tienen encaje y disposición dentro de los esquemas romanos. No se puede olvidar que la vida está sujeta a variaciones y mudanzas, ni cabe olvidar la obra de perfección a que en muchos puntos ha llegado la dogmática moderna». Sin embargo, «a lo largo de los siglos, por encima de Roma, lo romano actúa con la fuerza continua de un ser vivo». Destacando la fuerza de la tradición, y el valor innegable de la pervivencia de la «forma», con su «reforma», dice: «sólo así el ayer puede ser hoy, y mucho más si la obra de arte ha encontrado al esteta que ante ella sabe emocionarse, arrancándole su sentido íntimo, suprahistórico». Frente a las exageraciones del método crítico, afirma: «el método del análisis no debe estar desasistido del método del sentimiento».

Los demás trabajos contenidos en *Estudios*, sin abandonar el pulso certero de lo que es a la vez profundidad y altura, se cifien con mayor concreción al campo preciso de las instituciones. De entre todos ellos se erige con fuerza propia y con auténtica originalidad el titulado *Orden jurídico y orden extra-jurídico* (págs. 89 a 122); después de contrastar, con carácter general, el valor de todo aquello que opera sobre el Derecho sin ser Derecho, define su propósito expresando que intenta «dibujar un cuadro que enmarque aquellas fuerzas, virtudes o valores por cuya influencia el Derecho de Roma cobra un sello singularmente humano»; y fiel a este propósito, analizando «la disciplina jurídica de los poderes privados» pasa revista a todas las áreas de las instituciones, mostrando en otro apartado el poderoso influjo que ejercieron en ellas los complementos extrajurídicos que han contribuido a configurarlas: la *fides*, la *amicitia*, el *officium*, la *humanitas*. En cada línea se revela, no ya sólo el absoluto dominio que posee sobre la materia romanística, sino también y preferentemente, un sello de auténtica originalidad en el modo de explicar y definir cada una de las instituciones. Su idea de la posesión, asentada en un previo concepto de la propiedad como poder que se ejerce y práctica, le permite decir, brillantemente: «la posesión no es «hecho» ni «acto», sino acción —actividad— del sujeto; desaparece la posesión si cesa o se interrumpe la acción. La posesión es propiedad que se va haciendo, por lo mismo que la propiedad —la concreta que asiste a un titular determinado— se va deshaciendo, en cuanto dimitida o renunciada expresamente» (pág. 109). Antonio Hernández-Gil, en su magnífico discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia (1967) sobre el tema «La función social de la posesión», ha sabido apreciar certeramente el fecundo valor de esta nueva concepción de Iglesias sobre una institución tan llena de problemas como es la posesión.

En el mismo plano concreto de las instituciones se mueven otros varios trabajos insertos en *Estudios*. *La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno* (págs. 133 a 154 inclusive), constituye un fino análisis de la *successio* romana, en el que se calibra la verdadera esencia definidora de la *hereditas*, los *heredes sui*, se afirma la contemporaneidad de la sucesión testamentaria y la legítima, aun con la prevalencia de aquélla, la naturaleza del *testamentum* romano, la de la sucesión intestada, la de la *bonorum possessio* pretoria, señalándose cómo va cobrando en la evolución de la sucesión una importancia preeminente lo patrimonial, frente a la concepción primitiva, en que tenía importancia decisiva la vinculación estricta de la sucesión con la familia y con el poder familiar del *pater*; las consecuencias de esta transformación le lleva a penetrar la ordenación de la época clásica y a realizar una investigación profunda de lo que sea *succedere* (pág. 142) tanto en Derecho romano como en Derecho moderno, realizando un fecundo análisis comparativo, que se centra más tarde en puntos de tanto interés como «el título de heredero», la sucesión en la buena y en la mala fe», «la incompatibilidad de las dos sucesiones», y «el acrecimiento».

El pequeño trabajo sobre *Cataluña y el Derecho romano* (págs. 157 a 159) abre una vía nueva al enfoque del Derecho foral. Y en esta vía misma, discurre el magistral estudio *En torno al fideicomiso familiar catalán* (páginas 163 a 189); tras de un breve pero enjundioso análisis del fideicomiso

y la sustitución en Derecho romano, se ocupa Iglesias de la famosa inscripción labrada en una «piedra de la Catedral de Tarragona» como posible punto de partida para el probable origen del fideicomiso familiar catalán... Señala que en la inscripción se revela un nuevo tipo de fideicomiso que comienza a definirse y afirmarse en los siglos II y III de Cristo y que se caracteriza, frente a la antigua forma romana típica (de ruego, al heredero, de restitución), por ser una predestinación de ciertos bienes a favor de sucesivas generaciones de beneficiados; Iglesias califica la inscripción más bien como un caso de donación por causa de muerte (pág. 173), destacando después cómo el fideicomiso familiar catalán tiene su punto de arranque en el *fideicommissum familiae relictum*. Un análisis detenido de los problemas que entraña, con continuos rasgos de originalidad, hace particularmente valioso este trabajo para los jurisconsultos modernos. Como lo es también para los españoles el que lleva por título *Visión española del Derecho* (págs. 205 a 225) en el cual, tras una finísima disquisición sobre *El Derecho* en general y sobre la función de «algunos servidores del Derecho: jueces y maestros», se termina con un «mensaje para españoles», advirtiéndoles que «en la España que permanece, en los yacimientos de nuestros sótanos espirituales, hay algo con lo que puede contar el jurista español y para el bien propio y para el propio bien del orden jurídico nacional y universal» (página 219).

Cierra el pequeño volumen un emocionante y emocionado *Recuerdo y presencia de Arangio Ruiz* (págs. 229 a 231). En su inmensa figura encontró Iglesias la verdadera estampa del jurista tal como Iglesias lo define: «un hombre que rezuma Derecho». Este pequeño, pero sustancioso trabajo, en el que se cala en lo hondo del gran hombre que fue el maestro italiano, se hallaba destinado a figurar en un libro homenaje dedicado a Arangio con motivo de cumplir sus ochenta años de edad; pero cuando tal obra se publicó (*Syntelesia Arangio Ruiz*, Nápoles, 1964) el gran maestro había ya traspasado las fronteras de esta vida (falleció el 2 de febrero de 1964; y, nacido el 7 de mayo del 84, no llegó, pues, a cumplir los ochenta años que sus admiradores habíamos de celebrar). Pero he aquí que en la muerte de Arangio Ruiz se dio una circunstancia verdaderamente impresionante para el romanismo español; las últimas líneas que brotaron de su pluma, ágil y elegante, eran precisamente las que destinaba a un homenaje que en abril del propio año 1964 proyectamos rendir y rendimos a Juan Iglesias, en ocasión de sus veinticinco años de vida docente. En una fría madrugada del 1 de enero de 1964 inició Arangio la redacción de su adhesión al homenaje de Iglesias; quedaron allí, temblorosas, sin remate final, las gratas palabras del maestro sobre nuestro gran romanista; Arangio, hubo de abandonarlas para entrar, ya definitivamente, en el lecho en que le encontró la muerte al siguiente día. En la «Revista de Derecho Privado» (abril de 1965, pág. 361) ha publicado José Luis Parrondo Pardo, discípulo de Iglesias y hoy Profesor Adjunto, de bien cimentado prestigio, esas dos emocionantes muestras del bien sentir y querer de los estudiosos romanistas, en una maravillosa concordancia de comprensión y de cariño. Quizá no sea una casualidad, sino algo que la Providencia supo disponer así, que las últimas palabras de Arangio Ruiz, las dedicara a Iglesias, casi como si fuesen un testamento espiritual del

maestro. Y ya ha demostrado y sigue demostrando nuestro romanista, que es digno heredero del precioso caudal que Arangio poseía, y que cuida de él y lo cultiva con el mismo amor con que cultivaba su agro el *vir bonus* romano. De ello constituyen la mejor muestra estos deliciosos «Estudios».

URSICINO ALVAREZ SUÁREZ,
Catedrático de Derecho romano.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A.: «Derecho inmobiliario registral». Barcelona, Librería Bosch, 1968. Un volumen en 4.º mayor de 396 págs.

Cuando los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida publicaron su *Derecho de Familia* (Barcelona, Librería Bosch, 1966), acababa una nota crítica sobre este «manual» expresando el deseo de que sus autores —maestros míos en la Universidad cesaraugustana— continuasen su labor publicando otros manuales universitarios para cada una de las partes en que se divide nuestro Derecho civil, según el plan científico de exposición que ha sido adoptado en las Facultades universitarias. En aquella misma ocasión (*Revista de Derecho Notarial*, núm. 55, pág. 338) señalaba como características del libro la actualidad y fundamentación de las orientaciones doctrinales de sus autores y la perfecta técnica expositiva lograda en la conjunción de las disposiciones vigentes y de la jurisprudencia de los Tribunales: «el no dejar de tener en cuenta ninguna disposición —decía—, el encajar en el lugar que les corresponde todos los artículos del Código civil, la búsqueda de la razón de ser de cada precepto y la atenta contemplación de la jurisprudencia en el análisis de cada institución es un mérito sobresaliente —y, aunque parezca raro, poco frecuente— de este manual universitario».

Ahora los mismos profesores publican, con idéntico formato y como iniciando una colección tras el volumen anterior, un *Derecho inmobiliario registral*, de características semejantes a su *Derecho de Familia* y del que pueden repetirse, en todos sus términos, las afirmaciones transcritas.

El libro reseñado deriva directamente de una anterior publicación de sus autores —*Lecciones de Derecho inmobiliario registral* (Zaragoza, 1957), en la que el profesor Lacruz Berdejo confió al profesor Sancho Rebullida la parte correspondiente a la organización formal de la publicidad registral— que, a su vez, era una reelaboración más meditada de unos apuntes de clase escritos por los mismos autores con la colaboración del malogrado Mariano Alonso Lambán, de Germán Albalate y de Manuel Pérez Martínez e impresos por cuenta del S. E. U. durante el curso académico 1954-1955.

Aun con estos precisos antecedentes, que muestran la constante reflexión de los autores sobre los temas hipotecarios, el libro que ahora han dado a la prensa no puede considerarse como una tercera edición de los dos manuales anteriores. Los mismos autores lo advierten en las palabras preliminares que encabezan su obra; y ello es así —aparte de por el hecho de que toda la obra vaya bajo la firma conjunta de los dos catedráticos aragoneses— por las grandes variaciones de contenido, más que de sistemática y de criterios fundamentales, de este libro con respecto de los otros dos

de los que deriva. La causa más importante de la novedad del libro actual en relación con los dos anteriores está, a mi modo de ver, en estas tres razones: en haber querido hacer los autores una obra pedagógica (habiéndolo conseguido mucho más, como se ha observado ya entre nuestros estudiantes, que en las otras versiones) y dirigida esencialmente a los universitarios; en haber profundizado más hondamente en las tres o cuatro cuestiones fundamentales del Derecho hipotecario, aportando nuevos criterios sobre las mismas y señalando, a través de nuevos análisis, su virtualidad a lo largo de todo el sistema de nuestro Derecho registral; y en haber hecho una exposición de gran valor, no sólo científico sino de didáctica universitaria y de aprovechamiento práctico, al examinar, de manera más articulada y completa que en las anteriores ocasiones, los temas contemplados a la luz de la jurisprudencia.

El primero de estos tres aspectos innovadores de la reelaboración de su *Derecho inmobiliario registral* por los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida es su más decidido —o más perfeccionado— destino a la enseñanza universitaria. Los autores han querido escribir, sobre todo, una obra pedagógica y lo han conseguido plenamente. Lo han podido hacer —y es ello bien ardua tarea— después de una continuada e ininterrumpida meditación sobre los temas expuestos y tras muchos años de experiencia en las explicaciones orales y en la comprobación de su eficacia en los exámenes de los estudiantes. Estos presupuestos —el largo estudio y la experiencia docente, intensamente vivida, de los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida— han hecho felizmente posible esta dimensión fundamental del libro, nada fácil de conseguir.

Esta apremiante preocupación didáctica de los autores del libro puede comprobarse sin más que comparar el texto actual con la versión de 1957, y ello no sólo en el aspecto puramente externo de la edición —la mayor gradación de los tipos de letra (una grande para las cuestiones fundamentales y para que los alumnos sepan el mínimo indispensable que deben estudiar; otra más pequeña en la que se desgrana una exposición detallada de las cuestiones con numerosas aclaraciones, ejemplos y «puestas en posición» para que el lector se percate de la virtualidad de las afirmaciones hechas en letra grande; y un tercer tipo de letra, todavía más pequeña, en la que se tiene en cuenta, extensamente, la jurisprudencia y se examinan algunas pocas cuestiones de detalle y se exponen algunas pocas reglas de tipo procedimental o reglamentario o se señalan algunas posturas de autoridades sobre puntos poco trascendentes), la rúbrica indicativa en negrita de la materia pormenorizada objeto de cada párrafo, la letra cursiva en todas las citas legales, etc.—, sino sobre todo, en cuanto al contenido de la obra. En efecto, de una parte, los autores han centrado su atención en un número menor de cuestiones, que estudian con detenimiento, a la vez que con profundidad y claridad —alcance y caracteres de la inscripción en nuestro Derecho registral, significado de la propiedad, la posición jurídica del llamado tercero y la eficacia ofensiva de la inscripción—, y los repiten a lo largo de la obra para que se queden mejor en la memoria del lector estudiante y los comprenda en su esencia y en su trascendencia configuradora de nuestro sistema hipotecario con mayor facilidad; de otra, quieren

dar a la exposición un tono vivo y dinámico mediante los ejemplos, la jurisprudencia y las frecuentes alusiones críticas a los textos vigentes transidas de realismo y de preocupación por la problemática económico-social que la Ley Hipotecaria debe regular y que, a la vez, ella misma plantea.

El segundo de los aspectos que me interesa destacar aquí está íntimamente ligado con el anterior y se refiere a la decisión de los autores en centrar su exposición —incluso por la extensión a ellos dedicada en el libro— en los problemas que consideran cardinales del Derecho hipotecario alrededor de los cuales gira todo nuestro sistema inmobiliario registral. Esta decisión ha hecho probablemente perder extensión temática al tratado en cuanto a los varios apartados y a las *sedes materiae* individualizadas del mismo, pero le ha hecho ganar, sin duda, en intensidad y en perfección sistemática. Esta renovada articulación de la construcción de nuestro Derecho inmobiliario registral supone, por otra parte, una exposición de su contenido mucho más matizada y, por ello mismo, también más madura. Este particular modo de exponer el Derecho hipotecario, ya ensayado con éxito en las anteriores versiones de la obra, aunque de manera menos acusada que en ésta, sobre precaver al lector estudiante o estudioso en cuanto al pretendido valor de los llamados principios hipotecarios (a propósito de los cuales los autores escriben algunas páginas magistrales sobre las que invito a meditar a quienes, entre nosotros, muestran actualmente su preocupación por la formulación sistemática de los Derechos «nuevos», como el agrario o el industrial) le proporciona una visión de conjunto más verdadera del contenido material de la disciplina, presentada alrededor de las líneas muestras sobre las que se construye todo el tejido normativo. En tema de Derecho hipotecario —como, en general, en todas las parcelas del Derecho positivo que tienen carácter adjetivo o que no afectan a las dimensiones fundamentales del individuo dentro de la comunidad, frente a los demás o dentro de la familia— más que burcar principios generales y abstractos (que habrían de ser demasiados) es útil individualizar las reglas normativas fundamentales y señalar su trascendencia, lo que en definitiva no es otra cosa sino auscultar, con propósito menos ambicioso pero también más técnico y realista, lo que pudiéramos llamar los «principios legislativos». En este sentido, nuestros autores señalan a lo largo del libro la virtualidad de los preceptos fundamentales de nuestra Ley Hipotecaria —tan fundamentales que el legislador ha creído oportuno que figuren también en el Código civil— e indican sus conexiones y derivaciones en cada una de las cuestiones que constituyen el contenido material en que se manifiesta la problemática hipotecaria y que se examinan a lo largo de la obra. Es éste un método de investigación y de exposición que tiene la ventaja de poner de relieve la conexión orgánica entre las diversas instituciones y de determinar una sistemática verdaderamente científica —en función de aquella orgánica conexión— y evita absolutamente el riesgo —y quizá también la tentación— del dogmatismo, tan grave, por verificarse tan frecuentemente, entre los escritores de obras jurídicas.

La obra de los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida tiene una distribución sistemática poco diversa de la de las versiones anteriores y se divide en trece capítulos.

En el capítulo I (págs. 9 a 43) se examinan los *conceptos generales* del Derecho inmobiliario registral y está, a su vez, dividido en varios apartados, dedicados a la publicidad y el registro, al Derecho inmobiliario registral como parte individualizada, aunque no autónoma, del Ordenamiento, a unas indicaciones históricas generales sobre la publicidad inmobiliaria y a los sistemas registrales en el Derecho comparado.

El capítulo II (págs. 45 a 69) trata de la *legislación hipotecaria*. En él, tras señalar la evolución de la publicidad inmobiliaria en el Derecho español, indican los autores la relación existente entre la Ley Hipotecaria y el Código civil y señalan asimismo los rasgos fundamentales del sistema registral español.

En el capítulo III (págs. 71 a 119) estudian los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida los *elementos de la publicidad registral*, es decir, la finca registral, con el problema de sus modificaciones y de las rectificaciones en su descripción, los actos y derechos que tienen acceso al registro y el titular registral.

Las importantes cuestiones relativas a la *inscripción* son objeto de estudio en el capítulo IV (págs. 121 a 148) en diferentes apartados, dedicados, respectivamente, al concepto y naturaleza de la inscripción, a las categorías de la inscripción constitutiva y de la inscripción obligatoria y a las relaciones existentes entre la inscripción y la tradición y entre la inscripción y la causa del negocio traslativo del inmueble que se pretende reflejar en el registro.

En el siguiente capítulo V (págs. 149 a 164) se estudia, bajo el epígrafe *la prioridad y el registro*, la llamada regla de prioridad, abordándose el examen de la prioridad y del rango de los derechos reales y del cierre registral.

El capítulo VI (págs. 165 a 193) se dedica por los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida al examen de lo que denominan *eficacia defensiva de la inscripción*. En este interesante capítulo se examinan las normas de la Ley Hipotecaria en que se establece la presunción de la exactitud de lo que declara el registro y las presunciones de posesión y posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe del titular inscrito. En este mismo capítulo se estudia la que los autores denominan acción real registral *ex artículo 41* de la Ley Hipotecaria.

El apartado más interesante del libro está, sin duda, constituido por el capítulo VII (págs. 195 a 259) relativo a la *eficacia ofensiva de la inscripción*, que comienza con la explicación del alcance de la protección al adquirente o «tercero» de quien puede transmitirle a tenor de cuanto dice el registro. En toda esta primera parte del capítulo llegan los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida a hacer una exposición muy clara del debatido concepto de tercero registral, explicando el concepto, muy acertadamente, para facilitar la comprensión de esta figura, tradicionalmente confusa, a través de las fases del sistema hipotecario español y de la constelación de normas que sucesivamente han servido para proteger a dicho adquirente fiado en los libros fundiarios. Se examinan a continuación las condiciones de la protección registral acordada por la legislación hipotecaria al tercero que, habiendo adquirido mediante negocio jurídico válido de quien

en el registro figura como legitimado para transferir, actuó de buena fe, adquirió por título oneroso e inscribió en el registro el título de su adquisición; el ámbito de la protección que el registro dispensa al tercero; y la naturaleza de la adquisición que en virtud del registro opera en favor del mismo tercero. Este capítulo, de estructura muy diferente a la que el estudio del mismo tema tenía en las anteriores versiones de la obra, merecía quizá por sí solo el que se publicara la actual versión de estas lecciones de Derecho inmobiliario registral; en él han llegado sus autores a exponer con una claridad, con una sencillez y con una profundidad y un rigor técnico seguramente no alcanzados en nuestra literatura jurídica el concepto de tercero y el alcance de la protección registral con que lo ampara nuestra Ley Hipotecaria.

En el capítulo VIII (págs. 261 a 317) se examinan las normas reguladoras de *los otros asientos* registrales (anotaciones preventivas, notas marginales) y de la *extinción y rectificación* de los asientos registrales (cancelación, caducidad, inexactitud, nulidad y rectificación).

La parte final del libro se destina a la organización formal de la publicidad registral y comienza con el capítulo IX (págs. 319 a 333), dedicado a examinar los *organismos de la publicidad inmobiliaria*. Se estudian en este apartado el registro de la propiedad y la publicidad formal que de él se deriva, la figura del registrador y la organización y funciones de la Dirección General de los Registros.

Los *presupuestos del procedimiento registral* son objeto de estudio en el capítulo X (págs. 335 a 345), en el que se examinan, como tales, la titulación ordinaria como cauce normal para acceder a los libros registrales y el requisito del tracto sucesivo o exigencia de la previa inscripción del derecho del otorgante.

En el siguiente capítulo XI (págs. 347 a 363) se examina ya, como tal, el *procedimiento registral*, su concepto, su iniciación, el llamado «principio de legalidad» y la calificación registral, la denegación de la inscripción por parte del registrador, las faltas subsanables e insubsanables que afecten al título cuya inscripción se ha solicitado y los recursos que caben contra la calificación suspensiva o denegatoria del asiento solicitado.

En el capítulo XII (págs. 365 a 381), con el que acaba el apartado dedicado a la organización de la publicidad, se exponen el *concepto de inmatriculación* o ingreso de la finca en el registro y *los medios de inmatriculación*, así como el significado y alcance de la *reanudación de la vida registral de la finca*, cuando por las causas que fueren se hubiere interrumpido el tracto sucesivo, y el llamado *procedimiento de liberación de gravámenes*.

El último capítulo XIII (págs. 383 a 388) de la obra se dedica a estudiar los aspectos de *Derecho internacional* que pueden presentarse en tema de publicidad inmobiliaria, materia a la que no se había dedicado especial apartado en las versiones anteriores. Tras estudiar en este capítulo los autores la doctrina general aplicable a estos temas, se refieren a las particularidades del Derecho hipotecario material y a las del Derecho hipotecario formal en el espacio y a su alcance frente a ordenamientos extranjeros.

El libro se cierra con un índice sumario de materias, recogiendo la jurisprudencia que por las fechas en que se produjo no pudo ser tenida en

cuenta durante la realización de la obra y añadiendo, en unas láminas fuera de texto, la historia registral de una finca, que ha de ser de gran utilidad práctica para los estudiantes.

El lector que conozca las anteriores versiones de la obra podrá comprobar, por esta breve enumeración de las cuestiones tratadas, que los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida han seguido el mismo sistema de sus *Lecciones* en la edición de 1957. Como es natural, se han servido también de los materiales acumulados para aquel estudio, y, como también es lógico, reafirman las posiciones fundamentales allí alcanzadas. A pesar de ello, la obra que comento tiene un aspecto absolutamente nuevo: desde la perspectiva indicada de centrar la atención en las cuestiones que consideran fundamentales para la mejor comprensión de nuestro sistema hipotecario, los autores han ido redactando de nuevo cada uno de los párrafos en que se divide la obra en su versión actual, con frecuencia rectificando algunas posturas anteriores y empleando en parte sólo fragmentaria el texto de las anteriores redacciones. Muchos párrafos de éstas se suprimen, en general aligerando el texto de cuestiones menos fundamentales, y otros muchos se añaden para reforzar y fijar más, con nuevos análisis de los problemas, en la atención y en la comprensión del lector los temas claves de la disciplina.

Los autores indican en las palabras preliminares con que justifican la edición que al explicar las líneas esenciales de los temas centrales del libro lo han hecho repitiendo, incluso, estos temas clave, con cierta machaconería y en diversos lugares, a fin de que se graben mejor en la memoria y resulten fácilmente inteligibles. Ahora bien, estas palabras, destinadas, sin duda, a prevenir a los estudiosos contra algunas particularidades de los libros que se dirigen a los estudiantes, no deben equivocar al lector sobre las características de este manual universitario. Antes decía que el libro de los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida no era una obra dogmática; ahora quiero añadir que, por su método de exposición, por la hasta visible tipográficamente graduación de los problemas, por las apreciaciones críticas muy matizadas, por la adecuada indicación de las posturas contradictorias, por las constantes tomas de posición —que nunca se eluden y siempre se razonan—, por la presentación de muchas opiniones como sólo más probables, por tener en cuenta y ensamblar entre sí todos los textos de la legislación hipotecaria y por las frecuentes referencias jurisprudenciales que muestran los claroscuros de la aplicación de las normas y del traslado de las doctrinas a la vida real, este libro ayudará grandemente a nuestros estudiantes a penetrarse de la problemática de nuestro sistema inmobiliario registral y a llegar a pensar por sí mismos, o lo que es lo mismo, a conocer bien la trascendencia de lo que ahora estudian y a poder resolver, en su día, los problemas que se les propongan. Estas mismas características le hacen también una obra valiosa para el estudioso y para el práctico del Derecho civil.

Obvio es decir que el libro de los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida —a la vez que la evolución del pensamiento de los autores, que se manifiesta a lo largo de la obra con orientaciones nuevas, con cambios de criterio en cuanto al alcance de algunas normas e instituciones, con rectificaciones doctrinales, con una mayor riqueza problemática—, refleja la evolu-

ción de las leyes, de la doctrina y de la jurisprudencia en el período de tiempo que media entre la actual y la anterior versión.

El tercero de los aspectos que quiero resaltar en esta nota es el atento examen de la jurisprudencia al tratar de cada uno de los puntos que son materia propia del libro. Entre nuestros expositores, con frecuencia, sea por comodidad —pues trabajar con la jurisprudencia exige mucho tiempo, mucha fatiga y mucha atención—, sea porque su dogmatismo no les permite percatarse de su gran trascendencia, abandonan bastante la consideración de la evolución de la jurisprudencia de los tribunales en la fase de individualización y aplicación del Derecho. El libro de los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida es, en este sentido, un libro ejemplar, en el que se recoge la totalidad de la jurisprudencia más reciente en materia de publicidad inmobiliaria. Esta característica del libro lo enriquece extraordinariamente como obra verdaderamente científica, como manual universitario y como obra de valor y utilidad prácticos. El estudio, la elaboración y la formulación del Derecho son impensables sin pulsar los pasos de la jurisprudencia, que muestra al estudioso las tensiones de la vida real, la virtualidad de las normas y aun la trascendencia de los conceptos; que enseña también al estudiante el alcance de cuanto estudia y el modo de razonar sobre las leyes; y que señala al intérprete y al práctico el camino de la aplicación del Derecho y les socorre con los instrumentos hermenéuticos que necesitan para su tarea.

Por todas estas razones considero la obra de los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida un libro importante. En España, aunque ya existen algunos muy valiosos, es necesaria la difusión de buenos manuales universitarios de Derecho civil y la colección institucional que los catedráticos aragoneses han iniciado con su *Derecho de Familia* y este *Derecho inmobiliario registral* tiene todas las características y todos los valores de una obra de primera categoría en este género. Quien esto escribe, dedicado desde hace tiempo a las tareas docentes universitarias (por fortuna bajo el entrañable magisterio de los autores del libro comentado), conoce bien aquella necesidad y aprecia en lo que vale la realidad de la publicación de estas instituciones. Así lo manifiesta sin temor a que sus apreciaciones parezcan empañadas por la admiración y por la amistad que siente hacia sus maestros.

AGUSTÍN LUNA SERRANO.

LATORRE, Angel: «Introducción al Derecho». Ediciones Ariel. Barcelona, 1968; 229 págs.

He dicho, en varias ocasiones, que pertenezco a la escuela de Pascal. Y tal es cierto, si es que en el autor busco, como lo hago, el hombre.

En lo que aquí y ahora importa, me precio de conocer, de una vez, por golpe de armónica mirada, lo uno y lo otro: el autor y la entrañada encarnadura de su espíritu.

El profesor Latorre —discípulo mío, ayer; maestro, hoy y bien probado— figura entre esos escasos hombres que no ven traicionada su firme y recia

inteligencia por ciertos desarreglos temperamentales. Sereno, lúcido, juicioso, se entrega a su quehacer, al que es propio de su oficio, con soberana sencillez. Exonerado de todo compromiso, según manda la mística —la que es con cada uno de nosotros, a sabiendas o no—, Latorre se acerca al mundo del Derecho con miras a entenderlo. Le importa a él entender todo eso que reza con la esencia del Derecho. Y también el decirlo, el confesarlo con bondad, sin falacia, a los demás.

De lo antedicho queda buena constancia en esta «Introducción al Derecho», que Latorre brinda ahora a un largo público lector. Porque el libro interesa al estudiante de Derecho, mas también, y mucho, al que, siendo o no jurista, se sabe atento a una suerte cualquiera de inquietud o quehacer humanístico.

Un lector avisado no necesitaría detenerse en el Prólogo para descubrir la posición que, frente a dos cuestiones magnas —afirmación o negación del Derecho natural, de un lado, y comunicación de lo jurídico con lo político, de otro—, ha de adoptar el autor, cualquier autor de un libro que aborde la problemática general del Derecho y, más que nada, lo que importa a la definición de lo esencial de éste.

Hay profesionales del Derecho que tienen exclusivo trato con principios, reglas e instituciones más o menos friamente inventariadas. Los que tal hacen, pueden seguir su paso, con todo lo torpe que sea, sin preocuparse lo más mínimo por descubrir el común y vivo manadero de esa especie —y así lo ven ellos— de variados cuerpos materiales. Hasta puede ocurrir que en esa su manera de oficio utilicen instrumentos consagrados en otras profesiones: el número, la balanza y la cinta métrica.

En cualquier caso, dichos profesionales no se ven obligados a entrar en uno de esos dos opuestos círculos en que hoy se agrupan los juristas. Porque los juristas se dividen hoy en dos clases: los que creen y los que no creen en el Derecho natural. Tal división, con todas las subdivisiones que se quieran, da lugar a dos Filosofías del Derecho, o si se quiere, a dos maneras radicalmente distintas de entender el cometido de la Filosofía del Derecho.

Nuestro autor nos dice que no se suma a la corriente iusnaturalista, hoy muy extendida en España y por fuera de ella. Tampoco acepta la tendencia, muy viva en algunos sectores del pensamiento actual, que pretende diluir el estudio del Derecho en la Sociología. Afirma Latorre: «En cierto modo, por su importancia para la convivencia. Se inserta así en la línea post-esta introducción pretende ser una apología del Derecho por el Derecho mistiva de la doctrina jurídica, si bien confío en que se trate de un positivismo actual, abierto a las necesidades e inquietudes de nuestro tiempo».

Quien aquí glosa el libro de Latorre, se adscribe a la tendencia por éste combatida. Creo, en efecto, que hay en la concepción filosófico-teológica de la Escuela española del Derecho natural todo cuanto es necesario para librar de muerte, en la asfixia de un mundo civil desorbitado, a la persona. Hay también un modo de salvación para ese mismo mundo, por erguimiento de lo humano de todos, en la perfección de la fe de cada uno. Fe perfecta, fe

cristiana, sin tiempo para lo mezquino y fugaz de la política de menudencias, de la «política al menudeo» (1).

Según Latorre, es dudoso que el nuevo iusnaturalismo haya logrado superar las viejas objeciones que se hicieron a sus predecesores. Dice así: «Aun dejando aparte problemas de fundamentación filosófica, los principios en que intenta apoyarse o son de una vaguedad que no resuelve más que los problemas ya resueltos, o se trata de cristalizaciones de opiniones y corrientes ideológicas, muy respetables, sin duda, pero a las que es difícil dar una fundamentación con una validez general. Es fácil combatir la esclavitud, que ningún pueblo civilizado hoy acepta, pero no es tan fácil saber qué ha de hacerse con la pena de muerte o con el régimen jurídico de la propiedad, por referirse sólo a dos problemas hoy muy discutidos» (2).

No convengo con Latorre, porque entiendo que el Derecho natural no está integrado por tantas o cuantas prescripciones, como lo está el Derecho positivo. El Derecho natural se limita a decidir sobre la bondad, o mejor, sobre la justicia que asiste a las normas positivamente estatuidas. El Derecho natural descansa en unos escasos «principios primeros», como diría Santo Tomás. De ellos arranca la luz que debe iluminar la varia suerte de las singularidades reales, por manera que en cada una de éstas tenga su silla lo justo (3).

Soy de los que creen que el Derecho es una manera de segunda religión, a la que hay que ayudar con la primera y superior. Lo peor es que nadie o muy pocos entiendan que tal ayuda debe prestarse por vía de actuaciones.

Nada de todo eso que llamamos Religión, Política y Derecho debe tener su única manera de vida en la palabra o en la letra impresa. Su vivir real y verdadero es otro: el del obrar efectivo, el de la acción, el del amor puesto por obra.

No soy de los que creen que una constitución política o un código civil cargados de máximas religiosas sirvan para operar nada verdaderamente salvador. La perfección ético-doctrinal de todo eso está siempre amenazada por unos destinatarios entregados a la gran tarea de aniquilarse (4).

(1) Juan IGLESIAS, *Estudios*, Madrid, 1968, pág. 222.

(2) LATORRE, *Introducción*, pág. 158.

(3) Bien dice RENARD (*Introducción filosófica al estudio del Derecho*, traducción esp., Buenos Aires, III, 1947, pág. 96): «La moral y el Derecho natural tienen, pues, que intervenir, al día, en los debates que comparten los legisladores, los juristas y hasta los economistas, pero no tienen necesariamente que transigir sobre el particular. Nueve veces de diez, no tienen ninguna solución a proponer, se limitan a juzgar las soluciones que se les proponen; pronuncian un *licet* o un *non licet*. Y, para citar un ejemplo, es bien cierto que un régimen capitalista dominado por una fuerte disciplina moral, puede prevalecer victoriosamente del Derecho natural contra el socialismo materialista, pero un socialismo depurado y templado puede retornar el Derecho natural contra los juegos de la especulación, de la cual un capitalismo desenfrenado hace hoy uno de los más efectivos resortes de la vida de los negocios». Cfr. LECLERQ, *Diálogo del hombre y de Dios*, trad. española, Buenos Aires, 1944, pág. 129.

(4) Acaso venga en ayuda de lo que digo este pensamiento de RECASÉNS SICHES (*Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México, 1956, página 17): «Lo que acontece es más bien que el capitán perdió todo control y se ha quedado sin empleo dirigente en la historia; y que los soldados, cada

Latorre, por otra parte, se pronuncia así: «Defiendo la tradición humanística y liberal que triunfa en el siglo XVIII, el «siglo educador», como lo llamó Ortega, y cuyo principio esencial es la idea kantiana de que todo ser humano es un fin en sí mismo y no debe servir de instrumento a nadie ni a nada. Y creo que esa tradición hay que perfeccionarla hasta darle un contenido pleno y auténtico para todos los seres humanos» (5). Sin entrar aquí en disquisiciones filosóficas sobre el «yo», entiendo bien en qué razón y medida comulga Latorre con Kant. Y añadido, con Ortega: «El imperativo de Kant, en sus varios dictados, aspira a que los demás hombres sean para nosotros *personas*, no utilidades, *cosas*. Y esta dignidad de persona le sobreviene a algo cuando cumplimos la máxima inmortal del Evangelio: trata al prójimo como a ti mismo» (6). El imperativo de Kant se hace vivo en la medida en que se *cumple*, y no cuando queda encerrado en una bella declaración. Cabalmente, por ese *cumplimiento* aboga el Derecho natural (7).

Si apartamos el Derecho de la Gran Causa —*totius iuris fundamentum Deus est* (Leibniz)—, nos debatiremos «en afanosa e infructuosa búsqueda de sombras y fantasmas» (8).

Lo que dejo dicho, no debe entenderse como censura, ni grande ni pequeña, al libro de Latorre. Dentro de la brevedad que impone una recensión, me he limitado a ponerme de acuerdo conmigo mismo, o si se quiere, a reponerme en el lugar por el que hasta ahora he venido discurriendo en cuestión de soberana importancia.

Por lo demás, Latorre se pronuncia, aquí y allí, en todo lugar, con suma elegancia, con la misma elegancia «liberal» por la que él aboga, y para la que yo guardo el máximo respeto. No sólo no quiere imponerse dogmáticamente al lector, sino que le ofrece los datos iniciales para ir al encuentro de soluciones distintas aun opuestas a las que él considera más acertadas.

El libro de Latorre es tan breve como conveniente. El título dado a su obra le hubiera permitido tratar de *omni re scibili et quibusdam aliis*. Tiene él más que sobradas capacidades para ofrecernos un largo, enjundioso y profundo tratado sobre innumerables cuestiones que están clamando, cuando menos, por una clarificación expositiva.

La brevedad, toda brevedad, es de suyo benéfica. Los juristas romanos, que tan bien conoce Latorre, andaban por casa con una bata llamada *synthesis*.

Esta obra de Latorre debe tener por primeros destinatarios a los estudiantes de las Facultades de Derecho. Veo en ella un precioso instrumento para adentrarles, con serena dulzura, en los vastos territorios de lo jurídico. Los estudiantes que lo sean de verdad —los inteligentemente estudiosos—, estarán en circunstancias de encontrar contestación a las más de sus demandas. Bien sé que la materia tratada exige muchas puntualizaciones, pero a éstas puede llegar quien tiene capacidad para descubrir las que por doquiera aparecen

uno de ellos por sí, indisciplinadamente, siguen una ruta propia y singular, cayendo a menudo en conflictos unos con otros».

(5) LATORRE, pág. 6.

(6) ORTEGA Y GASSET, *Obras completas*, VI, Madrid, 1947.

(7) Cfr. Juan IGLESIAS, *Estudios*, págs. 214 y sigs.

(8) Federico DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Parte General, Madrid, 1949, pág. 13.

sugeridas o insinuadas. En cualquier caso, todo el que se acerque con amor al Derecho encontrará aquí la letra que le inste a mayores devociones.

Los juristas, los metidos, de uno u otro modo, en la cotidiana batalla por el imperio de lo justo, encontrarán aquí una bella búsqueda de lo mejor del Derecho, que es su trasmundo. No lo aparential, sino aquello que es contigo, y conmigo, y con todos nosotros. Porque sin el Derecho no sería posible el convite, la convivencia, la con-vida, que es decir nuestra única manera de vida verdadera.

El libro aparece dividido en dos partes: Primera: El Derecho (I. ¿Qué es el Derecho?; II. Los fines del Derecho; III. Las fuentes del Derecho; IV. La aplicación del Derecho); Segunda: La Ciencia del Derecho (I. El problema de la Ciencia del Derecho II. Objeto y métodos de la Ciencia Jurídica; III. Las ramas del Derecho).

No es cuestión de entrar aquí, con puntos y tiempos, sobre la variada temática con la que se enfrenta el autor. Quede todo en lo hasta aquí dicho.

Un jurista fino, sutil, penetrante, ha escrito una obra en la que se espeja su manera de entender —cordialmente, amorosamente— el Derecho. El suceso, anotémoslo, no es frecuente.

JUAN IGLESIAS.

PALLADINO, Alfonso: «II Procedimento civile avanti al giudice conciliatore». *Manuale Teorico-Pratico. Edizione reveduta e aggiornata al 31 dicembre 1966. Milano. Dott. A. Giuffrè. Editore. 1967.*

El propósito de este libro consiste en proporcionar al Juez de conciliación la información necesaria para que cumpla debidamente sus complicadas funciones. El Juez de conciliación tiene la categoría de magistrado honorario y al haberse dispuesto que haya uno, incluso en los municipios más pequeños, muchos carecen de estudios y de adecuada preparación técnica. De ahí, la preocupación del autor de suministrar una información completa, a la vez que clara y sencilla.

El contenido y la forma corresponden al propósito del autor. Trata del Juez de conciliación y de sus auxiliares, de sus atribuciones y deberes, describiéndose con cuidado los varios procedimientos en que ha de intervenir.

La obra se acompaña de unos formularios muy completos y de un Apéndice, en el que se recogen las disposiciones legislativas, administrativas y fiscales que pueden interesar al Juez de conciliación y a sus auxiliares.

R.

PUIG FERRIOL, Luis: «El albaceazgo». Premio Antonio María Borrell y Soler. Prólogo de Ramón María Roca Sastre. Bosch, Casa Editorial, Urgel, 51 bis. Barcelona, 1967, 307 páginas.

Como las monedas, el valor de esta obra está grabado en su mismo anverso. La portada ya nos dice: Premio Antonio M.^a Borrell y Soler; prólogo

de Ramón M.^a Roca Sastre. Y Roca Sastre, con doble autoridad, la de su bien ganada fama y la de artífice muy principal de la regulación del capítulo "De los albaceas" en la *Compilación de Derecho especial de Cataluña*, todavía la avala con estas palabras: el libro debido a la hábil elaboración de Puig Ferriol constituye "no sólo un magnífico modelo del profundo conocer jurídico de este autor, sino que revela un sentido práctico importante en el estudio del Derecho privado".

El libro reseñado comienza planteando la problemática del albaceazgo, para lo que estudia el problema de la ejecución de las últimas voluntades en varios sistemas jurídicos, hace su historia y procura destacar la naturaleza jurídica del albaceazgo. Después, en los capítulos siguientes y centrales, se trata de la constitución del albaceazgo, de su ejercicio y de su extinción. Termina con dos capítulos, uno sobre Derecho transitorio y otro sobre Derecho internacional.

La obra que nos ocupa está centrada en el estudio del capítulo diez del libro segundo de la *Compilación catalana*, aunque haciéndose continuadas referencias al Código civil para comparación o contraste y para su utilización en concepto de Derecho supletorio. Ello limita, consiguientemente, la posibilidad de su apreciación crítica, con el debido fundamento, por quienes no sean especialistas del Derecho catalán y no conozcan a fondo su tradición jurídica. Lo que no disminuye, ciertamente, su interés para los juristas de otros territorios, no sólo en cuanto tengan que aplicar la *Compilación*, sino también como materia de comparación, orientación y guía respecto al Derecho común, dado lo más completo de dicha regulación sobre el albaceazgo.

La lectura de esta notable monografía, no puede olvidarse, plantea también problemas de naturaleza general y toca cuestiones propias del Derecho común; sobre ellas, incluso el no especialista se puede creer autorizado a dudar sobre las soluciones propuestas. En comprobación de lo dicho, y para no exceder los límites propios de estas notas, bastarán un par de ejemplos.

Se nos asegura que "el albacea ejerce su misión en nombre propio" (p. 46) y que es "una manifestación típica del negocio fiduciario" (p. 61). De otra parte, se muestra una decidida inclinación a considerarlo como expresión de "una autorización que sólo haya de ser eficaz después de la muerte del autorizante" (p. 55). Frases que, entendidas en su sentido jurídico corriente, parecen llevarnos a conclusiones contradictorias y ninguna muy convincente.

El albacea no se advierte cómo adquiere el poder de actuar "proprio nomine" y tampoco cómo puede adquirir sobre los bienes de la herencia que se le confían una titularidad real, a la manera del "trustee". Cuando el albacea ejerce las amplísimas facultades que le permite ejercitar la *Compilación* (art. 237), no lo hará en su condición personal de Ticio, sino en el ejercicio del cargo y encargo de albacea, como representante del patrimonio—herencia de Mevio— en administración y liquidación.

La autorización, por otra parte, se viene concibiendo no como una verdadera titularidad—y menos la plena del "trustee" o fiduciario—, sino como el permiso que otorga el carácter de la licitud a una actuación en la esfera jurídica ajena. El albacea, además, desde que acepta el "oficium" o "misión"

que se le confía, adquiere la obligación de cumplir el encargo conforme a las instrucciones del causante y a lo mandado por la ley, respondiendo de su buen ejercicio en el momento de la rendición de cuentas (art. 238 Comp.).

También produce extrañeza que al tratarse de la posibilidad de que los menores emancipados o habilitados de edad puedan ser albaceas, se nos presente la contradicción entre los artículos 236, 237 de la Comp. y los artículos 59, 317 del C. c., sobre la base de que, según aquéllos, los albaceas están facultados para disponer de los bienes hereditarios, mientras que los preceptos del Código civil prohíben únicamente al menor emancipado o habilitado *disponer de sus propios bienes* (p. 97). Cuando, como resulta de la letra de los artículos últimamente citados, dichos menores pueden disponer de todos sus bienes, excepto gravar ni enajenar bienes raíces, y que el menor emancipado por matrimonio no tiene la limitación para comparecer en juicio, impuesta a los demás emancipados.

R

PUIG BRUTAU, José: «Fundamentos de Derecho civil». Tomo IV, volumen I.

«El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes». Bosch. Casa Editorial. Barcelona, 1967; 877 p.

Quien conozca y haya estudiado la ya importante obra de Puig Brutau, sabe que estos Fundamentos merecen bien su nombre, en el sentido de libro fundamental en la doctrina española. No habrá que decirle aquí nada en especial; bastará darle a conocer la buena nueva de la publicación de este tomo IV, 1.º. Al que ignore la producción científica de Puig Brutau, habrá simplemente que instarle a que remedie esa grave laguna en su formación jurídica.

El contenido del libro de que se da cuenta es bastante amplio. Comprende el estudio de la regulación del matrimonio en sus aspectos personal y patrimonial. Trata, como introducción de la familia; después del matrimonio, esponsales, formas del matrimonio, nulidad, disolución y separación del matrimonio, dedicando especial atención a los problemas sobre la separación de hecho en el matrimonio; por último, de los efectos del matrimonio en las personas de los cónyuges, régimen matrimonial de bienes, la dote y el régimen dotal, bienes privativos de los cónyuges, la sociedad de gananciales y otros regímenes de comunidad, régimen de separación de bienes. Concluye con unos Apéndices, recogiendo las disposiciones sobre la Compilación del Derecho civil aragonés y sobre la Ley regulando el ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa.

Las peculiares características de los trabajos científicos de Puig Brutau son sabidas. Frente al empacho conceptualista de tantos autores y a su postura mimética respecto al neo-pandectismo de la mayoría de la doctrina italiana, ha creído oportuno oponer, ponderándola como ejemplar, la concepción jurídica anglosajona. Ciertamente que, como todo movimiento de reacción, ha podido llevarse a extremos excesivos; que, a veces, todavía perduran, en la repudiación, a veces indiscriminada, de precedentes históricos y doctrinales (como p. ej.: p. 604). Mas, años y experiencia, traen consigo

moderación. Ahora, sin dejar de mantenerse un prudente alejamiento de los excesos del conceptualismo y del método de la inversión, se utilizan los viejos recursos de la dogmática, cuando ellos sirven para esclarecer una institución (así, se discute la *naturaleza* de la intervención de la mujer, en el artículo 1.413, C. c., p. 755 y sig.), se reducen discretamente las citas al Derecho y a la doctrina jurídica estadounidense y se pallan las críticas a la legislación y a la doctrina españolas. Como siempre, hay que destacar lo cuidado del estudio hecho de la doctrina del Tribunal Supremo, que da sentido realista y práctico a todo el libro.

Si algo pudiera reprocharse al autor, es su modestia excesiva, que en muchas ocasiones, después de haber expuesto con minuciosidad la opinión ajena, sobre alguna importante cuestión, nos deja sin saber cuál sea la propia; precisamente, la que más nos interesa.

Como en otros volúmenes, en éste se da cuenta al lado del Derecho español, de las particularidades de los Derechos de Puerto Rico y de Filipinas.

R.

ROSENSTIEL. Francis: «El principio de la supranacionalidad. Ensayo sobre las relaciones de la política y el Derecho». Traducción por Fernando Murillo Rubiera. Instituto de Estudios Políticos. 215 págs.

«El principio de la supranacionalidad» de Rosenstiel va precedido de un prólogo debido a Julien Freund. Ambos se completan. Grito de prudencia frente a esperanzas utópicas. Puesta en guardia respecto de un universalismo tiránico. Sugestivos y chocantes. Descorazonadores y rezumantes de excepcionalismo.

Freund predica una lógica que no se sacrifique a las astucias de la ética. Consiguientemente, se adhiere a Kelsen, cuando dice ser verdadero Derecho las disposiciones nazis sobre las matanzas de judíos. La institución supranacional, saldrá calificada de estadio políticamente provisional y jurídicamente inconsistente.

Rosenstiel va diseccionando las comunidades europeas (CECA, CEE, CUD). ¿Vocación política de las entidades tecnocráticas? Pregunta que contesta diciendo: «El poder hipnótico de la Administración no tiene igual para anquilosar el sentido jurídico de los individuos». «Las comunidades *supranacionales* tienen mucho más de la mecánica que de la cibernética». «La comunidad *supranacional* se convierte en el servidor común de muchos señores, de la que ninguno renuncia a las prerrogativas magistrales».

La gran lección, nos dice, que da lo político a lo jurídico, la observa en que lo político no es ni profecía, ni clericalismo, ni caridad, es acción. Los federalistas, conscientes de «la revolución a hacer» o son profetas o serán mártires. Los rutinarios del nacionalismo, tienen la ventaja de vivir en un presente cuya permanencia esperan asegurar; son los clericales de una ideología. Los alquimistas de ideas generosas que buscan vaciar al Estado nacional de su contenido sin reencarnarlo en el Estado federal, ofrecen la hos-

pitalidad de alguna administración, el principio de *supranacionalidad*; son los caritativos de Europa.

Conclusiones: «La teoría de la *supranacionalidad* ha nacido a propósito de las Comunidades europeas, aunque esas administraciones no merezcan tal calificativo, político por esencia». «Frente al monolito del poder convendrá en adelante no dejarse más ilusionar por cualquier fórmula jurídica que pretenda adularlo e, incluso, desnaturalizarlo, sino retornar al individuo, a la vez en tanto que hombre y que ciudadano».

R.

RUIZ SANCHEZ, José Luis: «El crédito personal agrario y sus garantías jurídicas». Editorial Santillana, Madrid, 1968. Un volumen de 934 páginas.

Pone de relieve el prologuista de la obra, López Ortiz, Magistrado del Tribunal Supremo, cómo dentro del gremio judicial aumentan en nuestro tiempo las publicaciones en progresión extraordinaria y sobre los más variados temas jurídicos. En efecto, si la magistratura española contó siempre entre sus filas con algún tratadista importante, es lo cierto que sólo en época reciente se ha extendido entre sus miembros la afición a poner por escrito y publicar el resultado de sus meditaciones, y que hoy, en cuanto clase, puede presentar un acervo ingente en cantidad y calidad de doctrina escrita. En esta línea de publicistas que, formándose continuamente mejor, aportan además contribuciones importantes a la ciencia española del Derecho, se inserta, en un puesto relevante, el autor cuya obra voy a comentar.

Se trata de un libro de gran ámbito y extensión. El título acaso no refleja exactamente su contenido o, al menos, no da cuenta de cómo, junto a la exposición de las instituciones y reglas jurídicas directamente versantes sobre el crédito agrario o sus garantías, se traza un cuadro, en la medida precisa para la comprensión y valoración de aquéllas, de los principios y caracteres más salientes de la Economía, la Sociología y el Derecho agrarios. Hasta el punto de que la obra difícilmente podrá dejar de ser citada por quien sobre Derecho agrario piense escribir. Con justicia hace notar a este propósito el ilustre prologuista que Ruiz Sánchez “es un jurista de totales dimensiones, alguna adornada de especialización. En el curso de las páginas que siguen también surgirá el economista, el humanista versado en sociología técnica, económica y cristiana, con altos vuelos culturales pese a ir encadenado a un riguroso método. En la obra aflora, abundante, reciente y de primera mano, la más selecta bibliografía”. Y que el autor “no se concreta a un alicorto estudio de mera transcripción de conceptos legales con algún modesto comentario, para uso de prestatarios indoctos o del prestamista previsor”, sino que, “por el contrario, levanta un alto vuelo de amplitudes dilatadas, y el crédito agrícola se estudia en sus raíces económicas, agrosociales y jurídicas; en sus matices civilísticos, mercantiles, administrativos, hipotecario, etc.».

La necesidad de contemplar los temas sociológicos y económicos queda puesta ya de relieve en el preámbulo de la obra, cuando el autor advierte

“la escasa atención que al crédito personal se dedica, como medio de capitalización del agro, como consecuencia de que el ciclo normal de inversión ha de ser a largo plazo, con una rentabilidad inicial, para el capital desembolsado, de escasa entidad comparado con otros sectores de la producción”. “Esto nos ha impulsado —continúa— a examinar lo que nosotros hemos calificado de *interés de producción*, así como las posibilidades *lege ferenda* de una situación de privilegio en beneficio del procedente de un crédito calificado como agrario”.

La obra que comento se centra sobre el estudio del crédito individual agrario, dejando el estudio del colectivo para otro volumen; dadas las dimensiones del libro, se comprende que no podía ser de otra manera.

Consta de una primera parte, destinada a los problemas generales del crédito personal agrario, y una segunda dedicada a los particulares problemas del crédito individual.

Tras describir los caracteres económico-sociales del medio en que el crédito agrario desarrolla sus efectos, pasa el autor a ocuparse del crédito, integrado, en el orden económico, por dos elementos de carácter positivo, a saber: la confianza, factor imprescindible para la conclusión de un negocio de crédito, y la solvencia, factor indispensable para el cumplimiento de la obligación prometida. Señala la marcada intensidad con que opera el elemento de la confianza en el crédito personal y, en consecuencia, el carácter *intuitu personae* que lo tipifica, no como elemento esencial, pero sí natural.

Crédito agrario es el que hace referencia al campo: a toda actuación que tenga relación directa e inmediata con el campo y, por consiguiente, como concepto de tipo genérico, comprende el crédito agrícola, más específico y referido al cultivo del campo. El crédito es personal cuando la garantía no es real: cuando se ofrece como “garantía agraria” la persona misma del prestatario, prescindiendo de su cualidad como titular del predio que trabaja: tal garantía está representada por las intrínsecas cualidades de quien recibe el crédito, “basado en las circunstancias *ad personam* del prestatario. El concurso de otra u otras personas que asuman solidaria o mancomunadamente el compromiso contraído por aquél no desvirtúa la naturaleza personal atribuida al crédito concedido en contemplación estricta de la garantía agraria personal”.

El autor estudia luego las características que debe tener el crédito personal; las modalidades del mismo y sus clases (sobre todo, créditos de ejercicio; de renovación o mejoramiento del equipo mobiliario; y los que suponen una adherencia o incorporación al suelo). Luego viene la organización del crédito agrario, para dejar paso, en tema de crédito agrario individual, a un detallado estudio histórico de los sistemas españoles; al de sus diversos elementos, con descripción de los mismos, y al de la legislación positiva, y en particular a la susceptibilidad de servir como garantía de la solvencia del que toma un crédito agrario, de las diversas titularidades reales y personales sobre la tierra, tema eminentemente civilístico al que el autor dedica gran atención.

Describe ulteriormente los diversos elementos reales que cuentan en la concesión del crédito (aparte lo dicho antes) y la naturaleza y caracteres

de la inversión a realizar. Hace oportunas reflexiones sobre las garantías personales, y tanto la fianza como las fórmulas de Derecho mercantil, deteniéndose especialmente en la cambial agraria, estudiada a fondo, con criterio propio y sugerencias interesantes y acertadas.

En los últimos capítulos describe la proyección proteccionista del poder público sobre el agro, con el funcionamiento de los organismos adecuados, los derechos y obligaciones creados por el crédito, entre los que podría incluirse el control de la inversión, y los efectos y resolución del crédito personal agrario.

Nos encontramos ante una obra extraordinariamente llena de sugerencias, puntos de vista valiosos y descripciones ricas de matices. Se ve el gran trabajo del autor, y cómo se trata de un libro maduro y madurado a través de largas vigiliias. La obra es útil, incluso fuera del tema del crédito agrario, por los horizontes que abre en puntos muy distintos del Derecho agrario español. La aportación de Ruiz Sánchez, hasta ahora competente magistrado en la Audiencia Territorial de Zaragoza; colaborador en la cátedra de Derecho administrativo y autor de una larga serie de trabajos sobre Derecho hipotecario, procesal y agrario, bien conocidos y reputados, y actualmente Juez en Madrid, representa una contribución importante, que desde ahora no podrá dejar de ser tenida en cuenta por los agraristas, y que honra por igual al autor y a la magistratura a que pertenece.

J. L.

SANCHEZ CALERO, Fernando: Instituciones de Derecho mercantil. I. Editorial Clares, Valladolid, 1967, 310 págs.

Las Instituciones del profesor Sánchez Calero se publican con una finalidad bien delimitada. En su Prólogo se nos advierte que pretende ser una exposición sistemática elemental del Derecho mercantil. Destinado el libro a los alumnos de la Facultad de Ciencias Económicas, en aras de la concisión —se insiste— se sacrifica la posibilidad de descender en muchas ocasiones a casos y problemas. Este propósito se ha cumplido fiel y hasta generosamente. Es cierto que respecto de más de una figura jurídica, el autor no trata o deja sin respuesta un interrogante que nos preocupa; pero, no podemos quejarnos de ello, porque ya se nos ha advertido del carácter limitado de la obra.

Este primer tomo de las Instituciones, trata, en su primera parte, del concepto, caracteres generales y fuentes del Derecho mercantil; la segunda parte se ocupa del empresario y la empresa; la tercera parte, en fin, estudia las empresas sociales.

De las diversas materias examinadas, nos parece de mayor interés lo que se nos dice sobre el negocio del empresario, como manifestación objetiva de la empresa, el contenido de los capítulos dedicados a la sociedad anónima y, sobre todo, las sugestivas consideraciones sobre la regulación de la competencia.

Se debe destacar, y en primer término, como valor específico y relevante de la obra, la claridad y concisión con la que se ha redactado, mérito máximo, dada su inmediata finalidad pedagógica.

R.

SOTO, Domingo de: «De la Justicia y del Derecho». Edición «De Iustitia et Jure». Edición facsimilar de la hecha por D. Soto en 1556, con su versión castellana correspondiente. Versión española del P. Marcelino González Ordóñez, O. P. Introducción histórica y teológica-jurídica por el Dr. P. Venancio Diego Carro, O. P. Tomo I. De las leyes, en general y en particular, Instituto de Estudios Políticos. Sección de Teólogos Juristas. I. Madrid, 1967, 200 págs. dobles, a dos columnas, más LXX de la Introducción. Tomo II. Del Derecho en cuanto objeto de la Justicia (lib. III). Del dominio o Derecho de propiedad y de la justicia conmutativa (lib. IV). Madrid, 1968, 386 págs. dobles, más XXVII págs. Tomo III (libros V y VI). De la injusticia que procede de una acción injuriosa. De la usura y sus fuentes; de los contratos de compraventa. Madrid, 1968, 616 págs. dobles, más XXI págs. e índice general.

La obra magna del P. Domingo de Soto sobre Justicia y Derecho no era desconocida de los juristas y hasta quienes no manejaban con facilidad la lengua latina podrían utilizar la traducción vulgarizadora de J. Torrubiano Ripoll (1922). Ello no podría bastar a quienes tienen deseos de precisión y exactitud. Ahora el Instituto de Estudios Políticos nos hace el regalo de una cuidada reproducción facsimilar de la edición más autorizada de la obra, la de 1556, que se publicara revisada por el mismo P. Soto, y vertida al castellano con la mayor exactitud y elegancia. Para mayor facilidad del lector, los textos latinos y castellanos van en páginas enfrentadas y con la misma numeración. Todavía, para contento del lector curioso o erudito, las citas del texto latino, en abreviaturas no siempre fáciles de descifrar y siempre difíciles de reducir a la manera moderna de citar, han sido completadas y precisadas para su más rígido manejo por el Padre Crescencio Palomo al final del volumen, bajo el título Notas de los dos primeros libros de la obra de D. Soto contenidas en este volumen, págs. 191-194.

La valoración de la personalidad y de la obra de Domingo de Soto se hace en el Prólogo e Introducción del P. Venancio D. Carro; seguramente su mejor conocedor y erudito investigador de la producción teológico-jurídica de la época. El significado de Domingo de Soto en la Historia de la cultura se nos señala después de recordar las obras de los profesores de la Universidad de Salamanca, que preanuncian el Siglo de Oro, diciendo: "pero son Vitoria y Domingo de Soto los que le dan impronta definitiva, los que dan vida al Renacimiento teológico y teológico-jurídico español, dentro de un sistema granítico, que se trueca en patrimonio común a través de los discípulos de uno y otro". En el capítulo Síntesis biográfica de Domingo de Soto se dibuja de modo atrayente su personalidad polifacética y se narra el hecho poco conocido de que formulara "sesenta años antes de

Galileo las leyes de la caída de los cuerpos". Después, el P. Carro prepara al lector para el estudio de "De la Justicia y del Derecho", explicando los postulados fundamentales del sistema teológico-jurídico de Domingo de Soto, y, al efecto, destaca los caracteres propios de cada una de las leyes, eterna, natural, civil y divina positiva, el concepto de Derecho y las distintas clases de Derecho, los derechos y deberes del hombre, la postura de Domingo de Soto ante los problemas planteados por el descubrimiento del Nuevo Mundo, actualidad y trascendencia de la doctrina del maestro Soto ante los problemas modernos. Todavía el P. Carro dedica algunas páginas como Introducción especial a cada uno de los libros de la obra, contenidos en los sucesivos tomos publicados, que ayudan al conocimiento de su doctrina.

R.

SUAREZ, Francisco: «Tratado de las Leyes y de Dios legislador, en diez libros». Reproducción anastática de la edición príncipe de Coimbra 1612, versión española por José Ramón Eguillor Muniozguren, S. I. Con una introducción general por Luis Vela Sánchez, S. I. Instituto de Estudios Políticos. Sección de Teólogos Juristas. II. Madrid, 1967. Volumen I (libros I y II), 194 págs. dobles, a dos columnas, más XLIII págs. de introducción. Volumen II (libros III y IV), págs. 196-454. Volumen III (libro V), Madrid, 1968, págs. 455-621. Volumen IV (libros VI y VII), páginas 622-865.

El Instituto de Estudios Políticos ha emprendido una tarea admirable y ejemplar, al facilitar el manejo de las obras de los grandes maestros del pensamiento jurídico español, publicando en ediciones cuidadísimas, de elegante apariencia, en reproducción facsímil de las mejores ediciones originales, acompañadas, en páginas enfrentadas, de unas seguras versiones españolas. Por ello, bien merece la imperecedera gratitud de todos los estudiosos del Derecho (1).

De Francisco Suárez se ha escrito mucho. Resumiendo la opinión común, se ha dicho: Es uno de los más profundos pensadores que Europa ha producido, nuestro más alto metafísico y, sin duda, en su Tratado de las Leyes y Dios legislador, el más hondo filósofo del Derecho que España ha tenido (2).

El primer volumen de la obra se publica con una introducción general del P. Vela. Su lectura es una delicia. Se nos da en ella una visión ágil y nerviosa de las ideas suarecianas, desde la mentalidad del hombre de hoy; de máxima agudeza e interés, de modo que se nos hace vivo y actual el pensamiento de Suárez, convenciéndonos de su perenne modernidad.

R.

(1) Del *Tractatus de Legibus et Deo legislatore in decem libros distributus*, se hicieron muchas ediciones. Existe la traducción de Torrubiano Ripoll, de 1918-1921.

(2) CASTRO, *Derecho civil de España*, I, pág. 177.

VITORIA, Francisco de: «*Relectio de Indis o libertad de los Indios*». Edición crítica bilingüe por L. Pereña y J. M. Pérez Prendes, y Estudios de Introducción por V. Beltrán de Heredia, R. Agostino Iannarone, A. Truyol y L. Pereña. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1967, 239 págs., más CXCI de introducción; las págs. 1-134 son dobles (texto latino y versión española).

La influencia decisiva del pensamiento de Francisco de Vitoria en la formación del moderno Derecho Internacional es hoy universalmente reconocida. También ha podido señalarse la importancia de sus lecciones en la Universidad de Salamanca para la formulación de la doctrina de los derechos del hombre y de los derechos de la personalidad (1). De aquí el interés de su obra para los estudiosos del Derecho.

De lo que nos queda de sus obras, la "Relectio de Indis" ha sido la más reproducida y traducida. Ahora, el Consejo de Investigaciones Científicas publica de nuevo, con la correspondiente versión castellana, en la colección "Corpus hispanorum de pace". Se trata de una edición crítica, hecha con la máxima exigencia; sobre su dificultad, procedimiento seguido y aparato utilizado, informa Luciano Pereña en su estudio "El texto de la Relectio de Indis" (p. CLIX-CXCII); acompañándose en apéndice textos de otras versiones, como la del Códice de Sevilla, la de Gregorio López y Domingo de las Cuevas, para mejor información del lector.

La publicación va precedida de los estudios sobre "Personalidad del maestro Francisco de Vitoria y trascendencia de su obra doctrinal" (Vicente Beltrán de Heredia), "Génesis del pensamiento colonial en Francisco de Vitoria" (Reginaldo di Agostino Iannarone), "Síntesis teológico-jurídica de la doctrina de Vitoria" (Teófilo Urdanoz), "Vitoria, en la perspectiva de nuestro tiempo" (Antonio Truyol) y el ya mencionado de Luciano Pereña.

Como apéndices, además de los ya señalados, se incluyen una carta de Francisco de Vitoria y tres de Carlos V. En fin, la obra se termina con unos cuidados índices de fuentes, bibliográfico e ideológico.

Todavía, aunque ello pueda ser exceder del marco estricto de una reseña, se excusarán unas citas de la carta de Francisco de Vitoria al P. Arcos, en la que se muestra bien a las claras la recia personalidad de Vitoria, ejemplo de hombre y de jurista. Sabe, y no se arredra, que sus lecciones serán escándalo de curialistas y regalistas. Dice: Y los unos llegan al Papa, y dicen que sois cismático, porque pones en duda en lo que el Papa hace; y los otros allegan al Emperador, que condenáis a su Majestad y que condenáis la conquista de las Indias; y hallan quien les siga y favorezca. *Itaque fateor infirmataten meam*, que hago cuanto puedo de romper con esta gente. Pero si *omnino cogor* a responder categóricamente, al cabo digo lo que siento". Conoce bien la fuerza e influencia de los encomenderos, cuyos intereses su doctrina amenaza, y ante sus duras presiones, con no oculta indignación, exclama: "Si yo desease mucho ser el arzobispo de Toledo, que está vaco y

(1) CASTRO (Federico de), *Los llamados derechos de la personalidad*. A. D. E. XII, 4 (1959), p. 1241, nota 14.

me lo hubiesen de dar porque yo firmase o afirmase la inocencia de estos peruleros, sin duda no lo osara hacer: Antes se seque la lengua y la mano, que yo diga ni escriba cosa tan inhumana y fuera de toda cristiandad" (Apéndice I, págs. 137 y 139).

R.

WESTERMANN, Harm Peter: «Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht». *Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen. Herausgegeben von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln. Walter de Gruiter & Co. Berlin, 1967, 255 págs.*

Este libro, seguramente habrá de proporcionar una gran satisfacción a los juristas de los países del «ius civile», que apreciando las valiosas aportaciones de la ciencia alemana al «ius commune» europeo continental, no podían menos de lamentar su descuido o ceguera hacia la figura de la causa.

Nada más que abrir sus páginas, puede advertirse que en la obra opera la tensión entre dos criterios. De una parte, se ha creído necesario señalar que en Alemania y Francia, la idea de la causa, como dogma general, ha perdido influencia, aunque manifestándose en determinadas instituciones de Derecho positivo. De la otra, se reconoce un significado «a priori» de la causa, al decirse que todo ordenamiento jurídico tiene que decidir sobre hasta qué punto ha de tenerse en cuenta la finalidad que se encuentra detrás de cada atribución patrimonial de naturaleza obligatoria o real. Lo que explicará ciertas vacilaciones. Naturales en el estado actual de la doctrina alemana y también reveladoras de una crisis de conciencia sobre el concepto y el significado real de la causa.

El amplio contenido de la obra puede verse, mejor que de otro modo, dando cuenta de su plan. Comienza contraponiendo la situación del concepto de causa en los Derechos francés y alemán, respecto del negocio jurídico, de la tradición y del enriquecimiento injusto. Después, comenzando por el Derecho francés y siguiendo con el alemán, trata de la inmediata caracterización del «fin» de una atribución patrimonial. Pasa luego a la delimitación de la causa de las instituciones consideradas semejantes: motivo, condición, fundamento del negocio; distinguiendo también lo «causal» de la onerosidad y de la accesoriedad. Por último, se ocupa del significado de la causa en los Códigos civiles alemán y francés, en la doctrina del error, del enriquecimiento injusto, pago de lo indebido y «actio ni rem verso».

Como se ha podido ver, se trata de una obra de Derecho comparado, en la que se van analizando las especialidades del Derecho alemán y francés. Hubiera sido deseable que el campo del estudio se extendiese hasta comprender, al menos, los Derechos español e italiano, pues ello habría permitido al autor considerar el concepto de causa desde una perspectiva más amplia. Mas esto, posiblemente, resultaría prácticamente imposible, si había de hacerse con la hondura y cuidado con las que el autor ha trabajado. El material utilizado sobre Derecho alemán moderno es completísimo; sobre el Derecho

francés, aunque la bibliografía no sea exhaustiva, se ha recogido la de los autores más influyentes en su doctrina.

Convendrá tener en cuenta que la exposición de la doctrina alemana se hace desde un punto de vista especial. El autor, llevado por su interés por el tema, lo destaca y acentúa al máximo. Lo que es natural, pensando en su lectura por los juristas alemanes. Los extranjeros, en cambio, pueden resultar confundidos y llegar a la conclusión inexacta de un interés general por el concepto de la causa en la doctrina alemana. Así, al tratar de la época anterior al Código civil alemán, se nos expone el pensamiento de Lotmar y de Schlossmann, de modo que parece el representativo de ella; cuando la doctrina entonces dominante, la de los grandes pandectistas, la desconsidera, siguiendo la enseñanza de Savigny. De modo semejante procede al examinar la moderna doctrina alemana y poner de relieve las referencias al fin, que se encuentran en los autores.

En conclusión, puede recomendarse este libro como una importante aportación al estudio de la causa, por su espléndida información sobre el moderno Derecho alemán y por el buen criterio seguido al realizar el estudio comparado de los Derechos alemán y francés.

R.

REVISTAS

A cargo de BERCOVITZ, Rodrigo
MORALES MORENO, Antonio Manuel

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

BARTH OLOMEYCIK, H.: *Das Familien —und Erbrecht als Studien— und Prüfungsfächer*, ZGF, julio 1968; págs. 341-350.

La Comisión para la reforma de los estudios de la Asamblea de Facultades de Derecho decidió en sus acuerdos eliminar el Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones de las asignaturas obligatorias en los estudios de licenciatura, pasando a integrarlas en uno de los ocho grupos de disciplinas entre los que cada estudiante podrá elegir uno. El profesor B. critica esta decisión acudiendo a una exposición del carácter fundamental de estas ramas del Derecho civil para la ordenación de la sociedad.

LOUMAGNE, André: *Sobrevivencia de los "usatges" de Cataluña en el Rosellon*, RJC, enero-marzo 1968; págs. 7-21.

Traducción de José María Pascual Senes de este artículo en el que, con motivo de una Sentencia del Tribunal de Apelación de Montpellier, que fundamenta el Derecho de las partes en las Costumbres de Cataluña, se estudia brevemente la historia, el valor y la codificación de los "usatges". La parte más extensa se dedica a una exposición del Contenido de la Colección de "Usatges" de los Pirineos Orientales.

MENÉNDEZ, José: *El mundo jurídico y el mundo fiscal. Su deseable encuentro*, RGLJ, septiembre 1968; págs. 252-284.

Bajo este título el autor atiende a diversos problemas nacidos de la diversa terminología utilizada por el ordenamiento sustantivo y las normas tributarias para señalar las figuras jurídicas sobre las que recae el fenómeno impositivo.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Derecho y sociedad de masas*, RJC, año LXVI, núm. 1, enero-marzo 1967; págs. 7-62.

Tras analizar las causas, la esencia, las características y las consecuencias de la sociedad de masas, Vallet toma el pulso a la posición del Derecho ante el fenómeno de las masas.

ZANNONI, Eduardo Antonio: *En el año de los derechos humanos*, RGLJ, julio-agosto 1968; págs. 9-33.

El trabajo contiene una exposición de los esfuerzos realizados a nivel internacional para la protección de los derechos humanos, bajo dos metas aparentemente opuestas, pero que el autor considera coincidentes: la primera atiende al desarrollo integral de los pueblos; la segunda atiende a la protección de los derechos individuales de la personalidad.

2. Derecho de la persona

HUET, André: *Les atteintes a la liberté nuptiale dans les actes juridiques*, RTDC, t. 65, año 1967; págs. 45-81.

La libertad de la persona, en su aspecto de libertad para contraer matrimonio o para contraerlo con persona determinada, queda afectada cuando en un acto jurídico se condiciona a un tipo de estado o a una modalidad de matrimonio la atribución de unas ventajas a una de las partes. El autor, por ello, se muestra partidario de que la vida privada de las personas sea protegida frente a la intervención de poderes extraños.

MARTÍNEZ RUIZ, Luis: *Los derechos de autor sobre el film cinematográfico*, RJC, enero-marzo 1968; págs. 23-50.

Este trabajo consta de una introducción donde se examinan los diversos aspectos económico, personal y jurídico de la creación artística. En sucesivos apartados se estudian: los textos que rigen la producción cinematográfica como objeto de protección en la propiedad artística, quién tiene la condición jurídica de autor con relación a la obra de cine, el ejercicio de las prerrogativas del derecho moral y la realización del derecho material o monopolio a la explotación económica del film. En unas conclusiones finales se expone brevemente la normativa de la ley de 31-5-1966 sobre los autores de film, la posición de la empresa productora en cuanto a la explotación del film y el régimen internacional de los derechos de autor.

SCHWALM, Georg: *Über den Beginn des menschlichen Lebens aus der Sicht des Juristen*, MDR, abril 1968; págs. 277-280.

La doctrina y la jurisprudencia atienden hoy en día a la procreación, al comienzo del nacimiento y a su terminación como momentos jurídicamente relevantes del comienzo de la vida humana. El autor estudia estas variaciones sobre el momento en que el Derecho considera que ha comenzado a vivir el ser humano según que le conceda una protección como objeto o como sujeto de derechos. El autor atiende también a los métodos por los que se puede originar una vida humana.

3. Derechos reales

DORAL, José Antonio: *Interés público e interés privado en la "servitus altius non tollendi"*, RDP, noviembre 1968; págs. 923-954.

El viejo planteamiento individualista que teñía la vieja concepción del Derecho se pone a prueba en la servidumbre *altius non tollendi*. En ella se ponen en contraposición la ventaja que otorga al fundo dominante (mostrar la belleza del panorama) y el interés social de fomentar el desarrollo de la construcción. Precisamente a esta pugna de intereses se consagra el estudio de Doral.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Función del justo título en la adquisición de derecho por usucapión*, RDP, octubre 1968; págs. 833-841.

El título adquisitivo tiene una función compensatoria en la usucapión. La comparación que hace el autor del justo título con el requisito de la buena fe, otro de los exigidos en la usucapión abreviada, le lleva a reconocer en nuestro Código civil un doble concepto de la buena fe según opere en el marco de la usucapión o en el de la adquisición de frutos. Esta idea está llena de interés, más cuando la doctrina ha reiterado que entre el artículo 433 y el 1.950 no hay más diferencia que la resultante de un enfoque negativo y positivo de la cuestión.

"Por virtud de la usucapión ordinaria quedarán subsanados no sólo la falta de titularidad en el transferente, sino también la falta de legitimación y de capacidad en el mismo, o cualquier otro defecto del negocio transmisivo que no tropiece con los requisitos exigidos a éste."

FUENTES LOJO, Juan V.: *Duración del derecho de superficie*, RJC, año LXVI, núm. 3, julio-septiembre 1967; págs. 560-596.

Partiendo de una decisión judicial, se analiza el derecho de superficie en la legislación extranjera y en la legislación y jurisprudencia españolas. Tras despejar el problema de las fuentes legales y el orden de su prelación, entra en el estudio del concepto, doctrinal y positivo, constitución... Para Fuentes Lojo el derecho de superficie es el derecho real de levantar y conservar indefinida o temporalmente una construcción o plantación sobre o bajo el suelo o edificación ajenos.

KORFF, Clemens: *Neues Nachbarrecht in Niedersachsen*, MDR, marzo 1968; págs. 195-197.

El Estado de Baja Sajonia ha regulado por ley de 31-3-1967 (que entró en vigor el 1-1-1968) las relaciones de vecindad. La ley insiste en su carácter subsidiario frente a los acuerdos contractuales, que recomienda. Su principio rector es el de conceder tanta libertad como sea posible y establecer tanta sujeción como sea necesaria. Junto a esta orientación general se erige como segundo principio el de imponer la máxima consideración por los intereses de los vecinos, lo que se completa con una extensa aplicación de la responsabilidad objetiva basada en el riesgo creado.

MAESTRE ROSA, Julio: *Los regantes en el Derecho español*, RDN, abril-junio 1968; págs. 215-272.

El estudio comprende una primera parte dedicada al dominio sobre las aguas, en la que se considera previamente el agua como objeto del Derecho, y una segunda parte con los antecedentes históricos de la figura del regante. Termina con un pequeño apartado sobre Derecho comparado en materia de aguas.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis: *El usufructo "ex testamentis" en su regulación positiva*, RDN, abril-junio 1968; págs. 273-399.

En un título primero se estudia la figura en los Códigos civiles francés, italiano y portugués. El segundo título comprende cuatro capítulos: regulación del usufructo testamentario en el C. c. Su cuestionabilidad; referencia al usufructo "mortis causa" del viudo; referencias al usufructo testamentario en el Derecho foral; reforma del C. c. español, como cuestión de "lege ferenda".

ROCA TRÍAS, M.^a Encarnación: *Problemas de "lengany de mitges"*, RJC, año LXVI, núm. 2, abril-junio 1967; págs. 263-299.

Sobre el tema de la rescisión por lesión *ultradividuum* se plantea la determinación de la naturaleza de la facultad del comprador entre rescindir o completar el precio, así como los riesgos de la cosa vendida, en caso de rescisión por lesión proveniente de esta causa. En buena técnica, reconoce la autora, la solución correcta es entender que los riesgos los sufre el vendedor; pero esta solución abstracta merece mutaciones al adaptarse a las situaciones existentes. Así, si la cosa dejare de existir y el comprador optase por la rescisión, el vendedor podrá entablar una acción de enriquecimiento injusto para reclamar los productos de la cosa desde el momento en que se entregó hasta que se perdió o depreció.

4. Obligaciones y contratos

BLOMEYER, Jürgen: *Die zeitliche Boegrenzung der Gebrauchsvergütung nach § 2 AbzG — Zugleich Bemerkungen zum Verhältnis von § 2 AbzG zu §§ 346 f. BGB*, MDR, enero 1968; págs. 6-9.

En las compraventas a plazos, la resolución del contrato debidamente ejercida por el vendedor le concede el derecho de exigir una compensación por la cesión del uso de la cosa, además de la indemnización por los gastos del contrato y por los daños que el comprador ha provocado en la cosa. Por ello es importante determinar el momento final que se ha de tener en cuenta para saber el período de tiempo relevante a efectos de fijar la mencionada compensación o precio por el uso.

CATALA-FRANJOU, Nicole: *De la nature juridique du droit de rétention*, RTDC, t. 65, año 1967; pág. 9-44.

Aunque este derecho comporte una función de garantía de un acreedor, debe ser separado, según el autor, del grupo de las seguridades reales. La retención, ligada a la conservación material de la cosa, viene a implicar, más que el nacimiento de un nuevo derecho, la modificación de la obligación, sometida en su ejecución a un término incierto.

Así como la teoría de la causa actúa creando la excepción de inejecución, el derecho de retención, en cambio, se mantiene alejado del campo de acción del principio de causalidad.

Se justifica, en fin, que se circunscriba el derecho de retención a las obligaciones de entregar una cosa, porque tratándose de obligaciones de hacer, el obligado puede rehusar el cumplimiento en virtud del principio *Nemo potest cogi ad factum*, y tratándose de obligaciones de satisfacer una cantidad actuaría la compensación.

CHABAS, François: *Remarques sur l'obligation "in solidum"*, RTDC, t. 65, año 1967; págs. 310-338.

La obligación *in solidum* pasa por un momento de crisis. En ella se suceden los ataques de los autores y de la propia jurisprudencia, al reducirla a un mero factor de equidad. En esta dirección proclama Mlle. Fossereau, en un artículo publicado en 1963, que es un medio práctico destinado, en el fondo, como otras muchas construcciones jurisprudenciales, a otorgar un régimen de favor a la víctima de un daño a la que se estima protegible. Esta función de mero factor de equidad, se añade por los atacantes, se hace hoy innecesaria al poner a disposición de la víctima medios nuevos como la responsabilidad presunta del artículo 1.384 o el fondo de garantía del automóvil.

Frente a toda esta línea doctrinal, el autor del trabajo viene a destacar que la obligación *in solidum* no se justifica simplemente por la equidad y, además, que el mantenimiento de la obligación *in solidum* clásica se impone.

GÓMEZ CALERO, Juan: *Sobre la nulidad del artículo 1.494 del Código civil*, RDP, noviembre 1968; págs. 955-967.

El autor entiende que si bien los dos párrafos del artículo 1.494 declaran nulo el contrato de compraventa a que, respectivamente, se contraen, es lo cierto que mientras el párrafo primero trata realmente de nulidad, el párrafo segundo envuelve un supuesto de anulabilidad.

LLAMAS VALBUENA, Eugenio: *El problema de la jubilación del trabajador autónomo arrendatario de local de negocio*, RDP, octubre 1968; págs. 842-852.

Se apunta y estudia el problema de la divergencia entre dos normas: de la Mutualidad de autónomos, que exige el cese en el ejercicio de la industria para gozar de la jubilación, y la de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que

considera causa de desahucio la cesión o subarriendo incontinentes o el traspaso no hecho en forma.

PFISTER, Bernhard: *Kauf eines Neuwagens mit Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens*, MDR, mayo 1968; págs. 361-366.

Se estudia la naturaleza de un tipo de contrato, que se ha generalizado actualmente en el tráfico, por el que una persona adquiere un coche nuevo a cambio de la entrega de su coche ya usado más el abono de una cantidad de dinero. El BCH ha considerado que se trata de una compraventa con una facultad de sustitución por parte del comprador, frente a lo que el autor opone serios reparos.

PUENTE MUÑOZ, Teresa: *El lugar de cumplimiento de la obligación, en especial en la esfera de la compraventa civil y mercantil*, RCDI, año XLIV, julio-agosto 1968, núm. 467; págs. 905-949.

El cumplimiento y el pago son términos equivalentes, por eso el lugar de uno y otro también lo son. El lugar de cumplimiento tiene por significado el ser un requisito para que la obligación se entienda cumplida, el deudor satisfecho en su interés y el deudor liberado. Este lugar no puede quedar al arbitrio de una de las partes.

Se estudia el derecho tradicional y moderno, y tras él se pasa a analizar el derecho positivo español, junto con la doctrina del Tribunal Supremo. Por fin, tras ofrecer una revisión de este régimen, estudia los efectos del cumplimiento de la obligación en lugar distinto del pactado.

TUNC, André: *Sur un projet de loi en matière d'accident de la circulation*, RTDC, t. 65, año 1967; págs. 82-97.

Para una mejor determinación de la responsabilidad del sujeto causante en materia de accidentes de circulación, propone el autor su noción de falta inexcusable, la que tiene por contrapartida la de falta excusable.

Las estadísticas señalan que el conductor prudente comete un error de conducta cada tres kilómetros. Ante este estado social destaca: "Las faltas que todo el mundo no puede dejar de cometer, las faltas que son estadísticamente inevitables y frecuentes por parte del hombre más prudente, no deberían comportar consecuencias jurídicas".

5. Derecho de la familia

ARENS, Peter: *Aktuelle prozessuale Probleme der Abstammungsklage*, ZGF, abril 1968; págs. 183-187.

Frecuentemente en las acciones de reconocimiento o de desconocimiento de la paternidad, las partes no aportan pruebas suficientes para que los jueces puedan decidirse claramente por una de las soluciones.

De acuerdo con las reglas procesales sobre la carga de la prueba, tales si-

tuaciones habían de desembocar en sentencias firmes con valor de cosa juzgada. Lo que parece inadecuado. Así lo reconoció el Reichsgericht y, más recientemente, el Bundesgerichtshof. Parece lógico dejar abierta la posibilidad de ejercer nuevamente la acción cuando aparecen nuevos métodos científicos para la aclaración del nexo natural de filiación, lo que habrá de encajar con los principios del Derecho procesal.

DEUBNER, G.: *Die Ehe ein Rechtsgrund?* ZGF, julio 1968; págs. 351-356.

El Bundesgerichtshof ha resuelto recientemente un caso en el que el marido divorciado culpable exigía a su mujer la devolución de una cantidad de dinero entregada a la misma para la construcción de una casa. Considera el T. S. alemán que la causa de esta atribución era la vida en común propia del matrimonio, por lo que la desaparición de esa causa concede una acción al marido para exigir la mencionada devolución en base a la "conductia ob causam ginitam" (812, I, del BGB). El autor critica esta solución que considera simplista.

FENEUX, Henri, *Le changement de régime matrimonial et les droits des tiers*, RTDC, t. 65, año 1967; págs. 545-580.

Los cambios en el régimen matrimonial tal como quedan regulados en la nueva redacción del artículo 1.396 del Código civil francés a tenor de la Ley de 13 de julio de 1956 suscitan una problemática a la cual se destina este trabajo. Los puntos en que el mismo se centra son: relaciones entre el donante y los esposos, en donde se muestra el posible interés de aquél en orden a la ejecución de las cargas impuestas, y relaciones entre los esposos y terceros.

KRÜGER, Inge: *Das Eherecht Indiens*, ZGF, noviembre 1968; págs. 564-568.

No existe un Derecho matrimonial indio de carácter uniforme. La inmensa pluralidad de comunidades religiosas da lugar a que ni siquiera la norma monogámica tenga vigencia general. La autora nos expone esta multiplicidad de regímenes matrimoniales, basada en una variada legislación: Hindu Marriage Act (1955), Christian Marriage Act (1872), Special Marriage Act (1954), Indian Divorce Act (1869), Muslim Marriage Act (1939).

KÜHNE, Gunther: *Die Rückforderung von Vermögenszuwendungen zwischen Ehegatten bei Scheidung der Ehe unter besonderer Berücksichtigung des Bereicherungsrechts*, ZGF, julio 1968; págs. 356-363.

Con motivo de la misma sentencia del BGH de 5-10-67, el autor realiza un estudio sobre la problemática que plantea el fundamento de las atribuciones entre cónyuges y su devolución con motivo de la disolución del matrimonio.

OPPETIT, Bruno: *Les fins de non-recevoir a l'action en recherche de paternité naturelle*, RTDC, t. 65, año 1967; págs. 749-781.

Se estudia esta figura procesal a propósito de la acción de reconocimiento de la paternidad natural que regula el artículo 340 del C. c. francés. En el

puro ámbito procesal y teniendo en cuenta su función, el autor se plantea la cuestión del momento de la instancia en que puede y debe actuar esta forma de paralizar la acción.

RASSAT, Michèle-Laure: *Père de droit et père de fait*, RTDC, t. 65, año 1967, págs. 249-309.

Se suscitan múltiples problemas cuando no coincide la paternidad legal con la de hecho, resultado del dato biológico de haber engendrado al nuevo ser. Rassat cree, en este delicado punto, que en la medida en que la obligación alimenticia del padre de hecho no reposa sobre una verdadera paternidad, sino sobre una convicción de paternidad, una falta o un vínculo de sangre constatado sin ser proclamado, no hay incompatibilidad entre este vínculo de puro hecho y un verdadero vínculo de filiación. Sin embargo, la jurisprudencia está influenciada por consideraciones más de tipo práctico y moral que de carácter jurídico. Por todo ello se hace conveniente una reforma legislativa.

VÉRON, Michel: *Volonté du père et reconnaissance d'enfant*, RTDC, t. 65, año 1967; págs. 521-544.

A principios de siglo, Ambrosio COLIN vino a afirmar que el vínculo de filiación paterna no puede resultar más que de una manifestación de voluntad del hombre y no de la naturaleza, demostrando el significado que esta voluntad debía tener en el derecho positivo francés. El viejo problema no ha perdido todavía su interés y vuelve a ser tratado a través de este artículo, el cual aplica sus empeños al problema de la libertad en la manifestación de la voluntad, y al de la eficacia limitada de la misma en caso de conflicto.

WAEHLER, Peter: *Neues sowjetisches Familienrecht*, ZGF, noviembre 1968; págs. 557-564.

El Soviet Supremo de la URSS ha promulgado el 27-6-1958 las bases legislativas para toda la Unión sobre Matrimonio y Familia. Este trabajo contiene una descripción de dichas bases, apuntando a sus características más sobresalientes.

WEYER, Friedhelm: *Bedarf die Anstaltungserbringung unehelicher Kinder der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung?*, ZGF, abril 1968; páginas 188-190.

El internamiento en una institución con privación de libertad de un hijo ilegítimo requiere una autorización del Tribunal Tutelar sólo cuando el cuidado del menor no corresponde a la madre.

6. Derecho de sucesiones

CABRERA HERNÁNDEZ, J. M.: *El albacea en el Derecho común y en la Compilación catalana*, RJC, año LXVI, núm. 3, julio-septiembre 1967; páginas 519-559.

Albacea es la persona encargada por el causante de una sucesión de ejecutar, en todo o en parte, sus últimas voluntades, cuidando del cumplimiento de las disposiciones piadosas, liquidando las deudas y entregando los legados, así

como administrando el caudal relicto. Se analiza la constitución del albaceazgo, el contenido y la extinción. Uno de los aspectos contemplados en el contenido del albaceazgo es el de la posesión de la herencia. El albacea tiene la posesión inmediata sobre los bienes hereditarios, con posibilidad de ser defendida a través del interdicto, pero sin que le pueda conducir a la usucapión. Los herederos tienen, en virtud del artículo 440, la posesión mediata, con carácter interdictal y *ad usucapionem*. La solución sigue, según expresa el mismo autor, una línea diferente de la de Alpañés, para quien la posesión del albacea excluye la del heredero.

DOPFFEL, Peter: *Zum Erbrecht des unehelichen Kindes*, ZGF, abril 1968; págs. 175-182.

Estudio crítico de Derecho comparado en torno al derecho hereditario de los hijos ilegítimos, con motivo del Proyecto de Reforma sobre la descendencia ilegítima elaborado por el Gobierno, en el cual se llega prácticamente a una parificación de aquéllos con los hijos legítimos en el plano del Derecho de sucesiones.

III. DERECHO MERCANTIL

2. Comerciantes y sociedades

BROSETA PONT, M.: *La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento*, RDM, enero-marzo 1968; págs. 59-106.

Texto de tres conferencias que se pronunciaron en el Colegio de Abogados de Valencia. En una primera parte introductiva se expone: el concepto económico y jurídico de la Empresa, la Empresa ante las diversas ramas del ordenamiento jurídico, el sentido y finalidad del problema de la naturaleza jurídica de la Empresa y la problemática general de la Empresa como objeto de tráfico jurídico. A continuación se estudia la Empresa como objeto del contrato de compraventa y el contenido del contrato de compraventa. Finalmente, el concepto y la función económica del arrendamiento de Empresa, la delimitación del arrendamiento, su naturaleza y régimen jurídico.

FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*, RDM, enero-marzo 1968; págs. 13-57.

La primera parte estudia los principios aplicables a las expresiones publicitarias, tratando especialmente los principios de competencia leal y de veracidad publicitaria. La segunda parte contiene una exposición de los criterios adoptados en la jurisprudencia y la doctrina alemanas con respecto a la interpretación del anuncio, labor que necesariamente han de realizar los Tribunales siempre que tengan que juzgar sobre la adecuación de una expresión publicitaria a los principios normativos sobre las mismas.

3. Cosas mercantiles

RODRÍGUEZ SANTOS, Baltasar: *La cláusula "sin gastos" en la letra de cambio*, RJC, año LXVI, núm. 3, julio-septiembre 1967; págs. 563-629.

Con el análisis del concepto y contenido de la cláusula "sin gastos" y la consideración de las personas que pueden estamparla, así como de los efectos que surte en cada caso, se concluye: "Del abuso del crédito, de su deformación nace el giro desmesurado de letras de cambio en operaciones de todo género reales o simuladas que a veces rayan (siendo benévolo) con lo inmoral. La letra se ha hecho instrumento falaz en el mundo de los negocios, y la cláusula, tal como se pretende sea entendida en nuestro derecho, favorece este resultado. Piénsese, de lo contrario: el deudor de buena fe, ¿alegará la excepción?"

4. Obligaciones y contratos

ROSELLÓ PICORNELL, Jaime: *El billete o carta de porte, como requisito legal en el contrato de transporte*, RJC, año LXVI, núm. 4, octubre-diciembre 1967; págs. 823-844.

La exigencia de billete o carta de porte en los contratos de transporte contratados individualmente se adapta, en cuanto a su emisión y control, a nuevas técnicas ante la creciente masificación del usuario. Todo ello no elimina a la carta de porte, "carta magna de los derechos del viajero".

6. Derecho de quiebras

PAJARDI, Piero: *La regulación de la quiebra en Italia*, RJC, año LXVI, núm. 2, abril-junio 1967; págs. 321-331.

En una apretada síntesis, ofrece este trabajo los rasgos fundamentales de la quiebra en el Derecho italiano. Situada en un marco procesal, como proceso ejecutivo, es considerada en sus presupuestos y efectos.

IV. DERECHO NOTARIAL

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: *Comentario a la Reforma del Reglamento Notarial (Decreto de 22 de julio de 1967)*, RDN, abril-junio 1968; páginas 55-214.

En sucesivos epígrafes se estudian los siguientes problemas: el despacho, los aranceles y la residencia del notario; las sustituciones, excedencias, concursos y duplicidad de clientela; el turno; grafía y subsanación de errores; desburocratización y modernización de la notaría; la lectura de la escritura; licencia marital, representación, ratificación y adhesión; el juicio de identidad; actas de notificación y actas de requerimiento; las actas de notoriedad; el sufragio activo y pasivo.

C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba Argentina).
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 ODA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquia).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (Méjico).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).

- NR = Nuestra Revista (Madrid).
NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht (Viena).
P = Pretor, Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
PC = Propiedad y Construcción, Revista Técnico-Informativa (Valencia).
RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
RDC = Rivista del Diritto Commerciali e del Diritto Generali delle Obbligazioni (Milán).
RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
RFL = Revista del Foro (Lima).
RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (Paris).
RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).

- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
 RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (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 Juridica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
 RLJ = Revista de Legislaçao e Jurisprudença (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlin).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
 RS = Rivista delle Società (Milán).
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (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 Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS

I. Colaboración a cargo de Julio GARRIDO AMADO

1. ARTÍCULO 4.º C. C.: NORMAS PARA SU RECTA APLICACIÓN: *Reiteradamente tiene declarado esta Sala, en orden a la recta aplicación del artículo 4.º del Código civil, que este precepto se limita a formular un principio de gran generalidad, lo que restringe mucho su eficacia práctica para dar impulso a la casación, y que no ha de interpretarse con criterio rígido sino, como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible; y que el principio general que dicho artículo 4.º establece, se ha de aplicar en concordancia con las normas que regulan cada institución; sin que quepa pensar que toda disconformidad haya de llevar aparejada la sanción extrema de la nulidad, sobre todo cuando existe una legislación especial que regula la materia; porque no todo hecho contra la Ley es absoluta o radicalmente nulo, pues no toda Ley contiene una norma de derecho necesario; a lo que hay que añadir, también en el aspecto doctrinal, que la infracción del artículo 4.º requiere, indispensablemente, la invocación precisa y concreta de la disposición legal que, al ser incumplida o violada, de origen a la nulidad del acto de que se trate.*

CAUSA RESOLUTORIA: NULIDAD E INEXISTENCIA DEL CONTRATO: *No cabe confundir, cual lo hacen los recurrentes, una causa resolutoria de un contrato, invocable por quien tiene acción para solicitar la resolución contractual, con la nulidad radical o de pleno derecho, y menos con la inexistencia jurídica.*

ACTO DE CONCILIACIÓN SIN AVENIENCIA: *Celebrado el acto sin avenencia, no puede decirse hubiese allanamiento, aunque se admitiesen algunos de los extremos de la demanda con limitaciones que alejan toda idea de convenio.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *La misma forma anómala en que aparece enunciado el motivo, al aducirse «error de hecho en la apreciación del documento o acto auténtico que demuestra la equivocación del Juzgador» bastaría para desecharlo, puesto que el ordinal 7.º del artículo 1.692 L. E. C., que se contrae al error de hecho que haya habido en la apreciación de las pruebas, resultante o contrastando por documentos o actos auténticos que, por sí mismos, demuestren la equivocación evidente del juzgador.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: NO LO ES UNA CERTIFICACIÓN DE ACTO DE CONCILIACIÓN: *La certificación del acto conciliatorio no es un documento auténtico a efectos de casación, máxime si se tiene presente que ese documento ha sido examinado por el Tribunal de instancia, y relacionado con otras pruebas para construir la tesis decisoria del litigio.*

COMUNIDAD DE BIENES: LIBERTAD DE PACTOS SOBRE LAS CUOTAS DE LOS PARTICIPES: *El artículo 399 del Código civil, si bien establece que todo condueño*

tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, asimismo reconoce que puede, en su consecuencia, enajenarla, cederla e hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratase de derechos personales, viniendo de ese modo a consagrar la libertad de pactos. [S. 20 de abril de 1967; no ha lugar.]

2. SUBROGACIÓN POR PAGO: APROBACIÓN DEL DEUDOR: *Conforme al número 2.º del artículo 1.210 C. c., la aprobación del deudor, sea expresa o tácita, debe preceder o acompañar al pago.*

PAGO POR CUENTA DE OTRO: FACULTAD DE REPETIR: SOLIDARIDAD Y LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Resulta indudable el derecho que asiste al actor-recurrente para resarcirse de la cantidad que pagó con cargo a los deudores, sin adquirir el derecho que tenía el acreedor de solidaridad en los obligados, como determinan los artículos 1.158 y 1.159 C. c., pero siempre dentro del texto de la obligación; y como ésta determinaba la solidaridad entre los cuatro deudores, no cabe en modo alguno estimar dividida la deuda en cuatro partes iguales, como establece el artículo 1.138 para el caso de que nada se hubiera pactado en tal extremo y la primitiva obligación fuera mancomunada; ya que desconociéndose, como se desconocen los posibles pactos entre los codeudores sujetos entre ellos al pacto de solidaridad, la facultad de repetir, que es la atribuida al actor, está supeditada a dichos posibles pactos, y debió demandarse a todos ellos, y al no hacerlo está mal constituida la relación jurídico procesal (S. de 18 de marzo de 1967.)*

3. CONGRUENCIA: HA DE ATENDERSE AL SUPPLICO: *El término congruencia, en el ámbito procesal, significa conformidad entre el fallo y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, las que están concretadas en las súplicas de los escritos fundamentales, por lo que para fijar esa conformidad o discrepancia no puede atenderse a cualesquiera manifestaciones hechas en el cuerpo de dichos escritos, ni a las que sólo se han indicado, y si bien es cierto que en los escritos de súplica y réplica se han de fijar concreta y definitivamente los puntos de hecho y de derecho objeto del debate, tal concreción ha de puntualizarse en el suplico, único al que hay que atenderse para deducir la incongruencia.*

RENUNCIA A LA ACCIÓN: REQUISITOS: *La renuncia, para ser eficaz, ha de ser clara, terminante e inequívoca.*

CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Los invocados documentos (una declaración suscrita por persona que no es parte en el proceso, y ciertas afirmaciones de la demanda) no gozan de autenticidad a efectos de casación, pues ni la manifestación escrita y puramente singular de un testigo, ni las hechas por los litigantes en sus escritos hacen, por sí mismas, prueba de su contenido, según constante doctrina jurisprudencial.*

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *El fundamento del principio jurídico que veda el enriquecimiento injusto, es el tránsito del valor sin causa de un patrimonio a otro.*

RECURSO DE APELACIÓN: NATURALEZA: «REFORMATIO IN PEIUS»: INCONGRUECIA: Dado el alcance que la segunda instancia tiene en nuestra Ley procesal, la apelación somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio, en términos que le facultan para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas, según su propio criterio, pero no puede extender su resolución, en perjuicio del recurrente, a extremos que, por estar aceptados por el apelado, al no recurrir ni adherirse a la apelación, tienen la firmeza que el consentimiento de ambos les presta.

Desestimada por el Juez de primera instancia la petición de condena al pago de los intereses legales del valor de las acciones, y no apelada por el actor esta desestimación, la Sala no puede pronunciarse, agravando la situación del apelante, sobre tal condena de intereses, desestimada y consentida por las partes.

Al haberse consentido la desestimación de la condena al pago del interés del valor de las acciones vendidas por el actor, que no se personó en la apelación, la Sala sentenciadora, al ser firme dicho extremo, no podía resolver sobre el mismo, por lo que procede confirmar la sentencia de primer grado. [S. 31 de mayo de 1967; ha lugar.]

4. CASACIÓ: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE EMPLAZAMIENTO: Es doctrina de este Tribunal que el número 1.º del artículo 1.693 de la Ley de enjuiciar sólo se refiere a quienes, por ignorar la existencia del juicio, carecen de los elementos o medios adecuados para la defensa de sus derechos, no siendo aplicable, en cambio, cuando a pesar de tener conocimiento de la iniciación del pleito, no se procura la subsanación del vicio procesal, pues de otra suerte quedaría al arbitrio de una de las partes llamadas a intervenir en aquél, la validez y eficacia del procedimiento, lo que contradice el fundamento ético en que descansa el quebrantamiento de forma.

CASACIÓN: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: RECLAMACIÓN PARA SUBSANACIÓN DE LA FALTA: El hecho de no haberse reclamado la subsanación de la falta de emplazamiento, pudiendo y debiendo haberlo hecho para poder interponer después el presente recurso, caso de fracasar aquella reclamación, constituye una de las causas de inadmisión del mismo, con arreglo a lo previsto a los artículos 1.696, 1.750, 1.752, núm. 4, y 1.753 de la LEC, que una vez llegados a esta fase decisoria obra como causa de desestimación. [S. de 28 de marzo de 1967.]

5. CASACIÓN: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE PERSONALIDAD: NOTAS CARACTERÍSTICAS: La falta de personalidad en alguna de las partes, a que se refiere el número 2.º del artículo 1.693 de la LEC, presenta las siguientes notas o caracteres: A) Referirse a la capacidad procesal genéricamente considerada, o sea la aptitud para postular, por sí o en nombre de otro. B) Haber de apreciarse con independencia de la acción que, concreta o específicamente, se haga valer en juicio; y, de tales notas, se infiere que, la falta de personalidad denunciada, como vicio de forma, no se ha de confundir con la carencia de «título» o inexistencia del «derecho» que intente hacerse efectivo en juicio, bien sea en nombre propio o por transmisión de un tercero, pues tales supuestos, por no afectar propiamente a la «personalidad» del postu-

lante, solo pueden ser materia propia para un recurso de fondo; al no referirse a la aptitud genérica para ser parte, sino a la específica al argüirse que carece del título que se invoca para reclamar, el problema que intenta plantearse, afecta a la «legitimación activa» y no a la personalidad. [S. de 9 de marzo de 1967; no ha lugar.]

6. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *El error de «hecho» ha de resultar del propio documento que como auténtico se señala, sin necesidad de proceder a efectuar análisis, hipótesis, razonamientos, analogías e interpretaciones, ya que todas las cuestiones relacionadas con la exégesis de cualquier contrato tienen su adecuado cauce en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley ritualaria. Y por ello, si el Tribunal de Instancia estudió y valoró, por sí, el documento o documentos en cuestión —como ha sucedido en el caso de autos— queda descartada la posibilidad de denunciar con éxito, a su sola vista, un simple error de hecho cometido en la valoración de la prueba, y ha de adentrarse el recurrente en el problema jurídico del acierto o equivocación con que fue llevada a cabo la interpretación misma, por vía diferente a la aquí empleada.*

CONTRATOS: INTERPRETACIÓN: *Es constante doctrina de esta Sala que la interpretación contractual, es cuestión encomendada al juicio del Tribunal sentenciador en la instancia, cuyo criterio ha de respetarse en casación, aún cuando sobre el mismo pudiera existir alguna duda, a no resultar francamente erróneo, arbitrario o injusto, por haberse conculcado los preceptos legales que gobiernan en los Códigos sustantivos la interpretación misma [S. 7 de junio de 1967; no ha lugar]*

II. Colaboración de Manuel TRENZADO RUIZ.

1. DAÑOS Y PERJUICIOS: IMPRUDENCIA: CAUSALIDAD: *El nexo causal subsiste aunque la producción de resultado lesivo sea simplemente favorecida por una circunstancia fortuita, por lo menos, cuando su recurrencia es conocida previamente por el autor; razón por la cual el hecho de que el estado resbaladizo de la carretera a causa de la lluvia facilitase el desplazamiento marginal del automóvil ocupado por la víctima, carece de influjo para enervar la causalidad de la acción del conductor de otro turismo, el que, conocedor de dicha circunstancia de mayor riesgo para todos los partícipes en la circulación de los vehículos que rodaban por aquel lugar debió tenerla en cuenta, en unión de la peligrosidad del adelantamiento en curva de visibilidad reducida y de la terminante prohibición reglamentaria de incluso intentarlo. [S. de 26 de septiembre de 1967; no ha lugar.]*

2. COMPETENCIA: PLURALIDAD DE ACCIONES ACUMULADAS CON LUGAR DE CUMPLIMIENTO DISTINTO: *En la reclamación del importe de ocho cambiales: una domiciliada para su pago, en territorio del Partido Judicial de Tortosa y cuyo importe es muy superior a las otras reunidas, domiciliadas en Murcia, sin diferenciación alguna de matiz cuantitativo entre ellas, es por lo que procede decidir la cuestión de competencia entablada, a favor del Juzgado primeramente dicho. [S. de 21 de septiembre de 1967.]*

3. **COMPETENCIA : IRRELEVANCIA DEL ACTO DE CONCILIACIÓN :** *Como el acto de conciliación no era necesario para promover el pleito, ello no significa sumisión a los Juzgados del lugar donde se celebró y debe estimarse tan sólo como una gestión para resolver amistosamente el problema. [S. de 20 de octubre de 1967.]*

4. **RECURSO DE CASACIÓN : CAUSAS PARA EL RECURSO : PRUEBA : FINALIDAD :** *Si la finalidad de la prueba es la demostración de la existencia o falta de realidad de un hecho influyente en la cuestión debatida en la «litis», la apreciación resultante de la misma, ha de ser de índole puramente fáctica y la denuncia del error que permite el número 7 del artículo 1.692, implica sólo una cuestión de hecho, aunque el error acusado sea de «derecho», pues este sólo atañe al problema jurídico de la valoración que la Ley dé a un determinado medio de prueba, pero no permite discutir otras cuestiones que afecten a la inteligencia, interpretación, alcance o efecto de un acto jurídico determinado, lo que ha de tratarse, como cuestión jurídica, apoyándose en el número 1.º del artículo 1.692 citado. [S. de 6 de abril de 1967; no ha lugar.]*

II. SENTENCIAS DE SUPPLICACION

1. Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ

I. Derecho civil

1. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN: *Racionalmente la expresión literal que contiene la Ley «sobre la ocupada por familia menos numerosa» tiene forzosamente que interpretarse, o bien sobre la concepción vulgar y corriente de lo que se entiende por familia, como se hace en la sentencia suplicada, o bien a través del concepto que sobre la misma da la Real Academia de la Lengua Española al decir que es «el conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje», en cualquiera de cuyas acepciones hay que reputar que la hija casada y las dos nietas convivientes con la demandada, integran la familia a que se contrae la referencia legal sin distingos respecto a que exista o no independencia económica, con tal que exista de hecho, ostensible y públicamente verdadera y real convivencia toda vez que lo que la Ley Especial Arrendaticia pretende con su finalidad tuitiva social es que el sacrificio que supone el desalojo de la vivienda requerida afecte al más reducido número posible de personas.* (Sentencia de 3 de octubre de 1968; no ha lugar.)

2. SUBARRIENDO: INEXISTENCIA: *No se puede dar el subarriendo, por que se trata de la ocupación de la vivienda por familiares tan allegados, como son, la hija, el yerno y los nietos de la inquilina subrogada, supuesto incompatible con dicha figura locativa y con mayor razón cuando ya existiendo una antigua ocupación por parte de la hija y también por ser obligación de los cónyuges el vivir juntos, así como el tener con ellos a sus hijos menores de edad, no pudiendo desligarle al marido en este aspecto de su esposa y prole del matrimonio y toda vez que, no obstante el casamiento de la hija y su esencia temporal de la vivienda por razón del mismo, esta última con su marido y descendencia forma parte integrante de la unidad familiar de la inquilina subrogada como madre y abuela que es respectivamente de aquéllos, visto lo cual no se incurre en causa alguna de subarriendo por la expresada convivencia de tales familiares.* (Sentencia de 7 de octubre de 1968; no ha lugar.)

II. Derecho procesal

1. RECURSOS DE SUPPLICACIÓN: LEGITIMACIÓN: *Fallecido en el curso del procedimiento el actor, puede continuar el curso de los autos con intervencion y personamiento de aquellas personas que en forma legal y documentalmente acrediten en autos su legitimación activa, como herederos únicos continuadores del fallecido, sin que sea admisible en derecho la comparecencia de los*

mismos sin justificación legal alguna de la referida cualidad de únicos herederos del actor, y la excepción de falta de legitimación activa no sólo puede formularse por la parte sino inclusive estimarse de oficio por los Tribunales, conforme reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo. (Sentencia de 4 de octubre de 1968; nulidad de actuaciones.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALIDADES: *En el recurso de suplicación dado su carácter formal y su analogía con el recurso de casación por infracción de Ley, es necesaria la cita expresa del precepto o preceptos que se estiman infringidos y del concepto en que lo hayan sido, de tal modo que no basta una referencia a la supuesta infracción cometida para que sea viable el recurso; y siendo así que en el presente caso no se cita el artículo o artículos de la L. A. U. o de otra Ley sustantiva civil que haya resultado infringida, este defecto formal basta para que el recurso deba rechazarse. (Sentencia de 3 de octubre de 1968; no ha lugar.)*

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALIDADES: *Tanto en la sentencia del Juzgado Municipal como en el de Primera Instancia, se declaran como hecho probado que en la vivienda de autos habita, además de la demandada y con independencia de ésta, una familia compuesta por el matrimonio y un hijo, los cuales no han sido demandados en dicho juicio, por lo que se ignora si ellos, en el caso de haberlo sido, hubieran podido alegar alguna clase de relación jurídica con el inquilino fallecido, por lo cual no es procedente dictar un pronunciamiento que pueda afectarles sin haberles citado ni sido, e incluso llegar al desalojo de la vivienda, como hubiera que realizar si se estimara la súplica de la demanda; constituyendo, pues, la referida omisión un obstáculo que impide el triunfo de la acción, lo que no acontecería si el mencionado escrito inicial se hubiera dirigido contra todos los ocupantes de la vivienda. (Sentencia de 3 de octubre de 1968; no ha lugar.)*

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: COMPETENCIA: ACTOS PROPIOS: *En cuanto al primer motivo, razonado por el recurrido sobre la base de que siendo el contrato arrendaticio debatido de local de negocio y no de vivienda, corresponde su tramitación y competencia al Juez de Primera Instancia y no al Municipal actuante, procede ser desestimado, teniendo en cuenta que planteado con anterioridad el mismo e idéntico litigio ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente, se exceptió por el ahora recurrente sosteniendo la tesis de que el repetido contrato arrendaticio lo había sido de vivienda y no de local de negocio, cuya excepción fue admitida plenamente e incluso razonada por el Juzgado de Primera Instancia actuante, lo que dio lugar a que al ser esta resolución firme, la parte actora ejercitase de nuevo sus acciones ante el Juzgado Municipal declarado competente, conforme a la excepción sustentada por el demandado, que ahora con indudable olvido y menosprecio de los actos propios articula este primer motivo sobre la tesis totalmente contraria, sin que resulte permisible aducir que si antes se sufrió error en la calificación del contrato por el juzgador respectivo, se debió exclusivamente al mismo por que dicha calificación no fue estimada de oficio, sino precisamente a instancia del recurrente, y cuya indicada calificación la Sala la reputa correcta y procedente. (Sentencia de 7 de octubre de 1968; no ha lugar.)*

2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona.

A cargo de José PERE Y RALUY

1. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *El que en el contrato de arriendo se diga que el objeto del contrato "se destinará exclusivamente a vivienda" no supone que necesariamente dicha vivienda haya de destinarse al uso del arrendatario.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENENCIA DE DOS VIVIENDAS: *No procede la denegación de prórroga, si una de las dos viviendas arrendadas la utiliza el arrendatario para casa habitación de los dependientes de su farmacia situada en la contigüidad del complejo formado por la vivienda que ocupa el arrendatario y la farmacia.*

COSTAS EN LA SEGUNDA INSTANCIA: TEMERIDAD: *Aunque en la sentencia de apelación se omita la declaración de temeridad, justificativa de la imposición de costas, no debe ser revocado el pronunciamiento imponiendo las costas, ya que hay que entender que tal pronunciamiento lleva implícita la declaración de temeridad.* [S. de 10 de mayo de 1968; no ha lugar.]

2. UNIDAD O DUALIDAD DE ARRIENDOS: *Existe unidad contractual si aunque se arrendara inicialmente una vivienda y luego otra, al concertarse el segundo arriendo se autorizó la comunicación de ambas viviendas, habiéndose producido, además, ulteriormente actos del arrendador referidos unitaria e indiscriminadamente al conjunto de las dos viviendas.*

NEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENENCIA DE DOS VIVIENDAS: ACTOS PROPIOS: *Si, en realidad, los dos pisos forman el objeto de un solo contrato, no cabe aplicar la causa 4.ª de denegación de prórroga y, por otra parte, no puede ir contra sus propios actos el que tras arrendar un piso alquila otro al mismo inquilino, teniendo en cuenta la situación social y posición económica del mismo.* [S. de 17 de noviembre de 1967; ha lugar.]

3. RENUNCIA DE DERECHOS: DESISTIMIENTO DEL ARRIENDO: *La renuncia de beneficios realizado por el arrendatario sólo es eficaz si es previa o coetánea a la celebración del arriendo, no si es posterior al contrato; las normas sobre irrenunciabilidad de beneficios no obstan a que el inquilino que está disfrutando de la prórroga forzosa, pueda renunciar a la continuación de la relación arrendaticia, sin que la existencia de subarrendatarios le impida poner término al arriendo.* [S. de 28 de septiembre de 1968; no ha lugar.]

4. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: REQUISITO DE CONVIVENCIA: *El cónyuge no tiene derecho a subrogarse, si no convivía con el cónyuge difunto, al tiempo del fallecimiento de éste.* [S. de 15 de noviembre de 1967; no ha lugar.]

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA: REQUERIMIENTO Y SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: *Realizado el requerimiento denegatorio de prórroga en la persona de quien, en tal ocasión, era arrendatario, puede ejercitarse la acción resolutoria basada en tal requerimiento contra el subrogado "mortis causa" en la titularidad arrendaticia del notificado, sin necesidad de realizar una nueva notificación al sucesor arrendaticio.*

COSA JUZGADA: *Si la sentencia dictada en un anterior proceso no abordó la cuestión de fondo por apreciar un defecto de legitimación, dicha sentencia no puede esgrimirse como base de la excepción de cosa juzgada para la resolución sobre el fondo en un ulterior proceso.* [S. de 21 de mayo de 1968; no ha lugar.]

6. NECESIDAD: EXCEPCIÓN AL CRITERIO GENERAL DEL DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *No viola la ley la sentencia que rechaza la resolución por necesidad por entender que no podía alegar la existencia de necesidad la propietaria, viuda sin hijos, que ha convivido toda su vida con su hermana, siendo ambas sexagenarias, y sin que se haya acreditado que la convivencia sea molesta para justificar la necesidad de vivienda independiente de ambas hermanas.* [S. de 16 de noviembre de 1967; no ha lugar.]

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: INCIDENCIAS DURANTE EL PLAZO DE PREAVISO: *No se opone a la viabilidad de la resolución por necesidad el que, durante el plazo de preaviso, el beneficiario de la denegación ocupe provisionalmente una vivienda para disponer de cobijo, en tanto no alcanza la disponibilidad de la que es objeto del proceso resolutorio.* [S. de 18 de junio de 1968; no ha lugar.]

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: *Las circunstancias de selección de la vivienda a que haya de afectar la denegación de prórroga han de referirse al momento del requerimiento previo.*

DOCTRINA LEGAL: *No constituyen doctrina legal las sentencias de las Audiencias Territoriales.* [S. de 12 de junio de 1968; no ha lugar.]

9. SELECCIÓN: NECESIDAD: PLURALIDAD DE INMUEBLES EN UNA MISMA POBLACIÓN: *No infringe las normas de selección del artículo 64 de la LAU, la sentencia que entiende que dicho artículo no limita la facultad del arrendador para escoger cualquier finca de su propiedad que posea dentro del término municipal.* [S. de 20 de junio de 1968; no ha lugar.]

NOTA: La LAU de 1946 no contenía previsión alguna respecto al supuesto abordado en la anterior resolución; pese a ello, el Tribunal Supremo, en S.S. 18 octubre de 1955 y 16 junio 1956, entendió que el propietario de varios inmuebles podía elegir vivienda situada en cualquiera de ellos, sin que la selección operase más que respecto a cada inmueble; la LAU de 1955 recogió, en un explícito texto, dicho criterio. La eliminación de este último texto ha planteado de nuevo la cuestión, y aunque no ha dejado de apuntarse la tesis de que dicha eliminación suponía el propósito del legislador de que en la selección se incluyesen la totalidad de viviendas incluidas en los diversos

inmuebles que el arrendador afectado pudiera tener en la localidad, la opinión dominante, y con ella la anterior sentencia, se inclina acertadamente a entender vigente el criterio de la LAU de 1955.

10. NECESIDAD: SELECCIÓN: CONCEPTO DE FAMILIARES: *A efecto de la selección no cabe entender que el concepto de familiares haya de restringirse sólo a aquellos que estén dentro de los grados en que cabe la subrogación "mortis causa".* [S. de 25 de junio de 1968; no ha lugar.]

11. NECESIDAD: REQUERIMIENTO: *Es defectuoso el requerimiento en el que no se expresan las circunstancias de posesión concurrentes en los otros inquilinos.*

SUPPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *Sólo constituyen doctrina legal las sentencias del Tribunal Supremo, no las de las Audiencias.*

SUPPLICACIÓN: FORMALISMO: *Es preciso citar el precepto concreto que se reputa infringido.* [S. de 24 de noviembre de 1967; no ha lugar.]

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: JUSTA CAUSA DE NO OCUPACIÓN: *Constituye justa causa el que el inquilino, por su mala salud y avanzada edad, abandonara por una temporada su vivienda para trasladarse a la pensión que regentaba su esposa, en la que podía estar mejor cuidado.* [S. de 7 de noviembre de 1967; ha lugar.]

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR: CONTENCIOSO INTERPUESTO CONTRA LA DECISIÓN DEL GOBERNADOR CIVIL: *El recurso contencioso-administrativo interpuesto por el inquilino contra la resolución del Gobernador civil autorizando la demolición, no interrumpe el plazo concedido al inquilino para que cumpla la obligación de desalojo que le impone el artículo 81 de la LAU.* [S. de 10 de junio de 1968; no ha lugar.]

14. REDUCCIÓN DE RENTA A LA QUE SIRVE DE BASE TRIBUTARIA: VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA: *Las normas del artículo 103 de la LAU sobre reducción de renta son aplicables a los arriendos de viviendas de renta limitada.* [S. de 17 de junio de 1968; no ha lugar.]

15. REDUCCIÓN DE RENTAS AL TIPO FISCAL: EFECTO DE LA DECLARACIÓN: *La LAU, al autorizar la reducción de rentas al tipo que sirve de base al tributo, tiene como finalidad sancionar la ocultación de ingresos, por lo que no procede la reducción si el arrendador formuló la declaración dentro del plazo legal, aunque no se tomara razón debidamente en Hacienda de tal declaración.* [Implícitamente, S. de 15 de noviembre de 1967; ha lugar.]

16. RESOLUCIÓN POR CESIÓN FAMILIAR NO NOTIFICADA: *Procede la resolución si el inquilino se internó en una residencia de las Hermitas de los Pobres y quedaron en la vivienda su hijo, nuera y nietos, sin realizar notificación alguna al arrendador.* [S. de 24 de noviembre de 1967; no ha lugar.]

17. RESOLUCIÓN POR CESIÓN O SUBARRIENDO: CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *El mero hecho de que el subarrendatario o cesionario tenga en su poder los recibos de renta expedidos por el arrendador no prueba el consentimiento de éste a la cesión o al subarriendo.* [S. de 2 de mayo de 1968; no ha lugar.]

18. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO DE VIVIENDA: CESIÓN: CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *No cabe la resolución por cesión de vivienda si se acredita que tal cesión tuvo lugar con el consentimiento del anterior arrendatario.* [S. de 20 de junio de 1968; no ha lugar.]

19. RESOLUCIÓN POR CESIÓN ILÍCITA: CADUCIDAD: APLICACIÓN A EXTRANJEROS: *El extranjero, aun prescindiendo de que haya o no reciprocidad, tiene derecho a beneficiarse del plazo de caducidad de la resolución por cesión ilícita.*

EXTRANJERÍA EN RELACIÓN A LA LAU: *El artículo 7 de la LAU hace referencia a beneficios de la LAU y no a prohibiciones, y si es aplicable la resolución por cesión a todo extranjero, también lo es la caducidad de la acción impugnatoria. El artículo 7 se refiere a beneficios sustantivos, no a los adjetivos.*

ADQUISICIÓN DE NACIONALIDAD EXTRANJERA: *El que el arrendatario, español de origen, adquiera la nacionalidad mejicana, no demuestra por sí solo la renuncia y pérdida de la española, dados los múltiples casos que registra el Derecho internacional de los españoles que han adquirido la nacionalidad en distintos países de América sin perder la española.* [S. de 3 de febrero de 1967; no ha lugar.]

NOTA: Es indudable el acierto de la doctrina sobre aplicación a todo extranjero del plazo de caducidad; en primer término, porque tiende a restringir el alcance de la norma— odiosa, como todas las discriminatorias de derechos civiles— que condiciona la aplicación a los extranjeros de los beneficios de la LAU a la prueba de la reciprocidad, y en segundo lugar, porque el criterio sentado tiene el acierto de huir de una fórmula que supondría la aplicación al extranjero de los gravámenes derivados de la LAU, pero no de sus posibles beneficios (aunque dicha fórmula pudiera ser deducida del desafortunado texto de la LAU). Respecto al tema de la adquisición de nacionalidad extranjera y correlativa pérdida de la española, conviene matizar un tanto las declaraciones de la resolución, ya que las mismas, en su tenor literal, pudieran producir cierto confusiónismo; en primer término, hay que notar que tratándose de adquisición originaria —por nacimiento— de una nacionalidad extranjera, tal adquisición no se opone a que de modo simultáneo se haya producido la adquisición de la nacionalidad española, y semejante supuesto se da con gran frecuencia respecto a hijos de españoles nacidos en Iberoamérica, que, por nacimiento, son a la vez españoles *iure sanguinis* y de otra nacionalidad *iure soli*. Por lo que a la adquisición de nacionalidad extranjera con posterioridad al nacimiento hace referencia, hay que notar que así como con anterioridad a 1954 tal adquisición, cuando se producía voluntariamente, llevaba aparejada simultáneamente la pérdida de la nacionalidad, tal situación ha cambiado como consecuencia de la reforma del C. c. realizada en dicho año y de los convenios de doble nacionalidad; en la actualidad, en efecto, se puede adquirir voluntariamente una nacionalidad extranjera y no perder la española, tanto si se trata de españoles en los que no concurren los presupuestos exigidos por el Código —residencia en el extranjero durante tres años, español sujeto al servicio militar, etc.— como si se trata de adquisición

ne nacionalidad iberoamericana de país sujeto al régimen de convenio bilateral de doble nacionalidad.

20. RESOLUCIÓN POR OBRAS: CARGA DE LA PRUEBA: *El arrendador que ejercite esta causa resolutoria ha de probar que el arrendatario realizó tales obras.* [S. de 23 de noviembre de 1967; no ha lugar.]

II. DERECHO PROCESAL

1. SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: *No cabe en suplicación la revisión de la prueba.*

SUPPLICACIÓN FORMALISMO: *No es estimable el recurso desprovisto de claridad.* [S. de 20 de noviembre de 1967; no ha lugar.]

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.
Extranjero, 540,— pesetas.
Número suelto: España, 125,— pesetas.
Extranjero, 150,— pesetas.