

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXII
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLXIX

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

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

SUMARIO

Páginas

Notas necrológicas

<i>José Castán Tobeñas</i> , por FEDERICO DE CASTRO	435
<i>Luis Martí Ramos</i> , por JUAN VALLET DE GOYTISOLO	439

Estudios monográficos

JUAN MARTÍ MIRALLES: <i>De juris et facti ignorantia</i>	441
CELESTINO A. CANO TELLO: <i>El concepto de finca agraria, dentro de la clasificación de los bienes inmuebles por naturaleza en el Derecho español</i>	529
VICENTE ESCRIVÁ MONZÓ: <i>El artículo 235 del Código civil: El parentesco y la línea de parentesco en el protutor</i>	545

Estudios de Derecho extranjero

JOSÉ BONET CORREA: <i>El régimen jurídico alemán de las inversiones de capitales privados</i>	597
--	-----

Vida Jurídica

Notas Críticas

La financiación de empresas mediante tipos especiales de obligaciones, por LUIS ROJAS MONTES 639

Bibliografía

Libros 649

Libros recibidos: ALONSO OLEA, Manuel: *Lecciones sobre contrato de trabajo*, por J. Vallet de Goytisolo.—CODIGO CIVIL, *Versión del texto y estudio preliminar*, por Jerónimo López y López y Carlos Melón Infante, por Federico de Castro.—CODIGO CIVIL, por José Bonet Correa.—LANCUENTRA, Antonio y Pont Magín: *Por qué y cómo constituir una Sociedad Anónima*.—VINTRO, Santiago y LLOR, Domingo: *El Mercado Inmobiliario ante el Fisco*.—VINTRO, Santiago, y LLOR, Domingo: *Edificación, venta y administración de inmuebles*.—VINTRO, Santiago, y LLOR, Domingo: *Propiedad de fincas y apartamentos*, por Jesús Carnicero y Espino.—RUIZ JARABO Y BAQUERO, Francisco: *La Misión de Juzgar*, por Jesús Carnicero y Espino.—LASOK, Dominik: *Polish Family Law with a chapter on Adoption*, by Ladavik Frenzl, por Gabriel García Cantero.—LUCAS FERNANDEZ, F.: *La contratación en España por personas naturales y jurídicas extranjeras. Principales problemas que plantea*, por José Bonet Correa.—ROTTER, Frank: *Zur Funktion der juristischen Person in der Bundesrepublik und in der DDR*, por José Bonet Correa.

Revistas

A cargo de Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano y Antonio Manuel Morales Moreno 669

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas:

1. *La renta de un local de negocio pactada según los índices de vida generales para Madrid*, por José Bonet Correa 683

2. *El Derecho Foral como supletorio del Derecho Mercantil (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968)*, por Jesús Díez del Corral Rivas 691

II. Sentencias 703

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 XXII
FASCICULO III



JULIO - SEPTIEMBRE

MCMLXIX

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.

NOTAS NECROLOGICAS

JOSE CASTAN TOBEÑAS

Nos ha dejado don José Castán. Su muerte ha conmovido profundamente, como nunca con otras pérdidas, el mundo de los juristas y, hecho éste más notable, a la sociedad española en general. Ello no puede extrañar. Don José se había ido convirtiendo, durante sus más de cincuenta años de magisterio, en exponente máximo del Derecho civil, y su vida, austeridad y generosidad, se hizo ejemplo para todos, paradigma del jurista laborioso y del hombre bueno.

Este ANUARIO, por su misma dedicación, ha de sentir más que nadie la pérdida del maestro del Derecho civil y todos los que con él trabajamos en su publicación, compartimos el dolor de su hijo, don José Castán Vázquez, que tantas veces nos ha honrado con su colaboración.

Sobre la labor y la personalidad del profesor Castán parece haberse dicho todo. Sus discípulos más directos, aquellos que trabajaron y convivieron con él más íntimamente, en distintas anteriores ocasiones solemnes, y ahora con motivo de su muerte, con un cariño, cuidado y devoción que mucho les honra, han sabido bien valorar su obra y dibujar su biografía. Nada hay que añadir. En verdad sería ocioso repetir lo que ya se ha expresado y repetido en modo y forma inmejorable. Por ello, nos permitimos tan sólo recordar algunos hechos para destacar brevemente en la perspectiva de nuestra Historia del Derecho, el significado señero de la personalidad de don José Castán.

Cuando comienza sus estudios universitarios, la escena jurídica, en lo que se refiere al Derecho Privado, estaba ocupada por dos grandes figuras: don Felipe Sánchez Román y don Felipe Clemente de Diego Gutiérrez. Sánchez Román representaba la conexión con las concepciones anteriores al Código civil; empezó a escribir antes ya de su publicación; como los hombres que se ocuparon de la redacción y discusión del Código, fue político influyente y abogado distinguido y, también como ellos, tenía una discreta, admirativa curiosidad, por lo hecho al otro lado de los Pirineos. El otro don Felipe, don Felipe Clemente de Diego, aunque también actuara de abogado, lo hizo secundariamente y fue, sobre todo, un universitario, un auténtico maestro; su cálido entusiasmo, su profundo conocimiento de la antigua literatura jurídica española, su interés por la labor jurídica extranjera (alemana, italiana, francesa) cambia el panorama de nuestra ciencia jurídica. Nace entonces aquella escuela en la que se forman y trabajan personalidades como las de De Buén, Candil, Garrigues, Xirau, Alas, Ramos. A ella se debió un cambio radical en la enseñanza del Derecho: se

publican importantes monografías y, también, nace la preocupación por formar debidamente a quienes se preparaban para el ingreso en los grandes cuerpos de funcionarios jurídicos. Esta última ha tenido en nuestra vida jurídica, una importancia no siempre apreciada. Origina la serie de Contestaciones a los cuestionarios de oposiciones a dichos cuerpos. Ellas no sólo sirvieron para el aumento progresivo del nivel cultural de los futuros funcionarios, sino que contenían, en muchos casos, importantes aportaciones científicas. De entre las Contestaciones que se publicaron, muy pronto, enseguida, se destacan las del joven profesor Castán. Y de las mismas sobresale el “Derecho civil común y foral, Obra ajustada al Programa para las Oposiciones a Notarías determinadas”.

Nació así “el Castán” como familiarmente se le denomina. Su importancia puede apreciarse desde distintos puntos de vista. En primer término, llama la atención su difusión inmensa. No existe libro alguno en nuestra literatura jurídica —posiblemente tampoco en la extranjera— que se haya impuesto de modo más completo. No se encontrará, posiblemente, un jurista español que no estudiara Derecho civil “por el Castán”. Popularidad merecida. La obra responde a una nueva y más severa dirección de la ciencia jurídica. Centrada en la exposición ordenada del Código civil, su estricta sistemática inculca en el lector el debido respeto por el contenido de nuestro primer cuerpo legal. Lo que tuvo desde entonces un gran valor formativo para los estudiosos del Derecho.

“El Castán” se ha desarrollado a través de numerosísimas y siempre corregidas y adicionadas ediciones. Así, ha ido dejando su antiguo carácter de “Contestaciones” y se ha convertido en un Tratado fundamental del Derecho civil. En su lenta y continuada evolución, va perdiendo su escueta línea primitiva y aumentando su contenido; en ella, también, se revela el carácter del autor. Gran lector y concienzudo erudito, su interés por la obra ajena va unido a una llamativa generosidad. El “Derecho civil español común y foral”, como toda la masa impresionante de sus trabajos, libros, discursos, artículos, comentarios, notas bibliográficas, muestra siempre de un impresionante caudal de lecturas, recojen, destacan, valoran y hasta supervaloran los dichos de autores españoles y extranjeros, de los maestros consagrados y de desconocidos principiantes. Criterio magnánimo, que le lleva a la utilización y hasta al más generoso elogio de los criterios de aquellos mismos que más discreparon o criticaron sus teorías y opiniones.

El profesor Castán, en la primera época de su vida, fue un universitario de plena o exclusiva dedicación, consagrado a la docencia y a la tarea de escribir. Pronto, sin embargo, fue llamado para actuar en otras esferas. Es bien conocida, por cercana, su actividad en la Comisión General de Codificación. No debiera olvidarse otra anterior e importante labor. Formó parte de la Comisión Jurídica Asesora y trabajó en los proyectos que se redactaron para modificar el articulado del Código civil y adaptarlo a los preceptos de la Constitución de 1931; entre ellos, los referentes a la igualdad de tratamiento jurídico de hombre y mujer y de los hijos legítimos e ilegítimos. Proyectos notables y que posiblemente no hubieran de-

bido olvidarse, cuando en 1958 se hizo la gran reforma del Código civil.

También en esos días de la segunda República, el profesor Castán ingresa en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Con su nombramiento y el de don Jerónimo González, como magistrados de la misma Sala, puede decirse que se abrió una nueva época en la jurisprudencia civil. Desde entonces, las Sentencias de dicha Sala adquieren un tono más doctrinal, utilizan los nuevos conceptos y atienden a las teorías más modernas de la ciencia jurídica. No es este momento adecuado para matizar sobre el bien y el mal que puede resultar de la preocupación del juzgador por seguir "teorías a la última moda"; mas de una cosa no puede dudarse, del alto valor doctrinal, del fino sentido jurídico y de la justicia intrínseca de las Sentencias en las que figura Castán como ponente. Sería una buena contribución a su memoria dedicar un libro a la publicación y comentario de dichas Sentencias.

Otro aspecto a tener en cuenta, para apreciar la influencia de Castán en la historia de nuestro Derecho, ha de ser el de su contribución al renacimiento de los Derechos forales. Terminada la guerra civil, pasó por unos momentos críticos la perduración de la pluralidad jurídica de nuestro Derecho; pues la opinión pública dominante unían los Derechos forales a los movimientos políticos separatistas. Esta situación difícil cambia, gracias al buen éxito que tuviera el Congreso Nacional de Derecho civil (Zaragoza 3-9, octubre 1946). Castán fue presidente de la Mesa definitiva del Congreso. Su autoridad y discreción fueron seguramente decisivas en ese momento crucial. Después, su renombre de moderación y prudencia, sus elogios o defensa de las instituciones aragonesas y, en general, de las forales, en libros, discursos y comisiones, hicieron mucho en favor de los Derechos forales. Por último, en la presidencia de la Comisión General de Codificación contribuiría eficazmente al reforzamiento, renovación y ampliación de la legislación foral en las sucesivas Compilaciones.

Al intentar describir el significado de la obra de Castán, no debe olvidarse su continuada preocupación por las cuestiones básicas del Derecho, por aquellas que se le plantean al jurista como necesarias para justificar su vocación y oficio. Ella se manifiesta especialmente en los Discursos que pronunciara en los momentos solemnes de la apertura de los Tribunales, en su condición de presidente del Tribunal Supremo. Todavía en este mismo año, como presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, en la sesión inaugural del Curso 1968-1969, leería su discurso sobre "Los derechos del hombre". Quiere, nos dice, conmemorar el vigésimo aniversario de la Declaración Universal, y compensar con él la poca atención dedicada por los juristas españoles a los derechos humanos, no obstante que su reconocimiento tenga en España una tradición muy gloriosa. Este Discurso, nos advierte, se reducirá a "un sencillo esquema doctrinal e histórico-político, que nos muestre la esencia y fundamento de los llamados derechos del hombre y la evolución de sus declaraciones"; añadiendo que lo expondría "a modo de introducción, a un más cabal estudio, que no sé si alguna vez podré acometer, comprensivo de la extensa problemática de los derechos fundamentales humanos". Estas palabras,

parecen condensar el programa de su vida laboriosa; la modestia de y para la calificación de la obra propia, y su programa de siempre continuado trabajo.

Don José Castán nos ha dejado, pero nos queda su obra y el vivo recuerdo de una vida ejemplar.

FEDERICO DE CASTRO

LUIS MARTI RAMOS

El colaborador de ANUARIO DE DERECHO CIVIL y buen amigo nuestro Luis Martí Ramos (q. e. p. d.) ha entregado su alma a Dios. Era “un hombre justo y recto”, como dijo ante su lecho mortuario el presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona, magistrado Obiols. Quienes le conocieron saben de su bondad, su modestia, su escrupulosa y tenaz dedicación a su quehacer, su sentido de la responsabilidad y entrega al estudio de los asuntos con fidelidad y amor al cliente que para él era un prójimo al que Dios ponía en su camino.

Nació en Barcelona el 21 de octubre de 1898, hijo del eximio jurista Juan Martí y Miralles, una de las figuras cumbres de nuestra vida jurídica del primer tercio de este siglo, estudió en los Hermanos de las Escuelas Cristianas, en el Instituto y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, y se colegió de abogado en 1923, colaborando con su padre. Actuó de Juez Municipal de Barcelona, e interinó los juzgados de 1.ª instancia de Gandesa y Areny de Mar, en momentos difíciles y con la mayor pulcritud. Después, durante treinta años, su trabajo profesional se ha centrado en una asesoría jurídica en la que cumplió su cometido con las virtudes que antes hemos referido.

Ha dejado traducidas al castellano las obras que su padre escribió en catalán. De ellas, el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, ha publicado los famosos “Principios del Derecho sucesorio”. Esperemos que llegue el día en que se publiquen las obras completas del gran Martí y Miralles, que con tanto cariño, ordenó, clasificó y tradujo (las escritas en catalán) Luis Martí Ramos.

Ultimamente, con su hermana Lola, habían clasificado las Misceláneas Jurídicas que Prat de la Riba publicó en “Revista Jurídica de Cataluña”, elaborando sus índices, para colaborar a su publicación, precedida de la *Miscelánea de las misceláneas* que su padre Martí y Miralles publicó con ocasión de la muerte de Prat en la misma Revista, y que esperamos realice la Diputación Provincial de Barcelona.

En “Revista Jurídica de Cataluña” publicó, Martí Ramos, en enero de 1950, un cuidado trabajo: “El usufructo de montes en Cataluña”, documentado con el mismo rigor con que lo hacía su padre, a cuya memoria dedicó el trabajo, con las opiniones de Accursio, Voet, Molina, Juan Gutiérrez, Castillo de Sotomayor, recogidas con el mayor escrúpulo.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL, ha tenido la satisfacción de publicarle el

año 1959, otro trabajo suyo "La rescisión de los contratos por lesión enorme, en Cataluña", inspirado en un caso real vivido.

La publicación de esta nota necrológica coincide emotivamente, en este mismo número de ANUARIO, con la publicación del trabajo póstumo de de su padre, *De juris et facti ignorantia*, que hasta ahora había permanecido inédito.

Descanse en paz Luis Martí Ramos y reciban sus hermanas nuestro más sentido pésame.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario

De juris et facti ignorantia *

(Lib. XXII, tit. 6 Digesto; Regla XIII, 6.º Decretales; arts. 2.º y 6.º del Código civil)

JUAN MARTI MIRALLES †

PRELIMINAR. IGNORANCIA DEL HECHO

IGNORANTIA FACTI, NON JURIS EXCUSAT (REGLA XIII, 6.º). “DE REGULI IURIS”

Los tratadistas definen la ignorancia distinguiéndola del *error*, diciendo que, así como el error es un juicio positivo, pero falso de una cosa, la ignorancia es la carencia de conocimiento sobre una cosa de la cual se puede tener noticia. Y distinguen entre la ignorancia de los hechos, de la ignorancia del derecho en todas sus manifestaciones: leyes, decretos, jurisprudencias, etc.

También distinguen en la ignorancia —tanto de los hechos como la del derecho— en *vencible* o *invencible*; la *invencible*, que también llaman justa, es la que no se consigue desvanecer, a pesar de la diligencia que para conseguirlo se emplea. *Vencible*, la que con esfuerzo se puede desvanecer, adquiriendo el conocimiento que respecto de una cosa o materia se puede y se debería tener.

La ignorancia *vencible* se subdivide o clasifica en *crasa* o *supina* y en *voluntaria* o *afectada*, según dimana de negligencia, o se atribuya o sea debida a la intención de querer ignorar lo que se podría y debería saber.

La regla que se deja enunciada se ha de examinar en sus dife-

(*) La Redacción de ANUARIO DE DERECHO CIVIL ha estimado de gran interés la publicación de este trabajo, hasta ahora inédito, del eximio jurista don Juan Martí Miralles (e. p. d.), aun a pesar de hallarse inacabado, tal cual lo dejó a su fallecimiento, ocurrido el 5 abril 1949. De la extraordinaria producción jurídica de este insigne jurista catalán, que fue presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos tuvo el honor de publicar, en 1964, la traducción al castellano, efectuada por su recientemente fallecido hijo Luis Martí Ramos (e. p. d.), de una de sus obras más importantes, los “Principios del Derecho sucesorio”, que, publicados originariamente en catalán, en 1925, recoge las lecturas públicas que en el Colegio Notarial de Barcelona efectuó en mayo y junio de 1923.

rentes aspectos: de ignorancia del hecho y de ignorancia del derecho; si es o no invencible; si se presume o no; si excusa en orden a la evitación de un daño, o si afecta a la privación de un lucro, etc.

La ley 1.^a del título de Juris et facti ignorantia (Digesto XXII-6), en aclaración de uno y otro aspecto de la ignorancia, o sea, de la ignorancia del hecho y la del derecho, pone algunos ejemplos, de los cuales citamos los que expone en los siguientes términos:

Si alguno ignora que una persona cuya posesión de bienes le pertenece, *ha fallecido*, el error es de hecho y la ignorancia no le perjudica. Pero si le consta la defunción y sabe además que el difunto era pariente suyo, pero ignora que por la proximidad de parentesco le pertenece la posesión de los bienes, la ignorancia es de derecho.

Si uno ignora que ha sido instituido heredero en un testamento, su ignorancia es de hecho; pero si sabiendo esto, ignora que puede reclamar la posesión de los bienes, su ignorancia es de derecho.

Puede darse el caso en el cual concurren ambos errores, el de hecho y el de derecho. Esto sucederá si uno ignorase que fuese pariente de un difunto con derecho a sucederle; el no saber que era pariente es ignorancia de hecho; el no saber que el parentesco le daba derecho a la herencia, lo es de derecho.

La ignorancia de hecho, regla general no perjudica; pero sí que es perjudicial cuando es ignorancia crasa o supina, porque como dice Pablo (ley 9.^a del citado artículo 2.^o: *Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur*). Y añade a continuación, a manera de fundamento y a la vez de aclaración: *quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat?*

Por eso la ley sexta del mismo título dice que en cuanto a la ignorancia del hecho, ni se ha de permitir la crasa, ni se ha de pedir el más diligente cuidado; se ha de apreciar de modo que no sea demasiado el descuido, ni se exija la más minuciosa averiguación: *Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis: ut nec scrupulosa inquisitio exigenda. Scientia enim hoc modo aestimanda est, ut neque negligentia crasa, aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur.*

Pero se ha de tener presente que la ignorancia de los hechos excusables es la que se contrae a los hechos ajenos, porque las de los hechos propios es generalmente inexcusable; y decimos *generalmente* porque puede justificarla la circunstancia de que se trate de hechos realizados con mucha antelación a la exculpación (ley 7.^a, proemio del título ad S. C. Velezano XVI-1D.), porque a nadie se le supone ignorante de sus propios hechos, a no ser que por la indicada circunstancia o por la multitud y complejidad de los negocios justifiquen el olvido; salvedad que admitió la doctrina de los expositores antiguos que cita Barbosa en su axioma 113, números 4 y 5 al razonar este enunciado en los siguientes términos: *Ignorantia facti propii excusat illum, qui multis negotiis implicatus est, aut in extremis laborat*. Doctrina que Menochius también proclama en su "Presunción" 23 n.^o 49 del libro sexto, citando en apoyo de ella la ley hac

consultissima del título *Quit testam, facere potest* (22 del libro VI del Código), ley que regula el testamento del ciego; refiriéndose al inciso de dicha extensa constitución, el cual empieza con las palabras “*At cum humana fragilitas*”, en el que se autoriza a que escriba otra persona la voluntad del ciego en consideración a que, por la fragilidad humana, muchas veces el pensamiento de la muerte perturba la mente y debilita la memoria.

Otro motivo que encontramos muy racional como justificante de lo que aparezca ser ignorancia o error referente a hechos propios, y en el que el mismo Menochius expresa en el número 41 de la misma presunción, cuando después de las siguientes palabras: *Ignorantia facti propii praesumitur et excusatur quando factum est involutum (embrollado) et intricatum*, añade: *Idem quando hoc proprium factum fuisset explicatum non per se, sed per filium, vel procuratorem*; supuesto que a su vez subordina el autor a las siguientes contraexcepciones, en el caso de que los actos sean realizados por un procurador, a saber: Si se trata de un negocio árduo y de importancia; si del hecho realizado por el procurador resulta alguna ventaja al interesado o mandante; si el procurador para realizar el mandato ha de hacer grandes gastos; y, por último, cuando el procurador actúa mediante poder especial.

Estas presunciones o excusas fundadas en la realización de actos propios del que las alega están relacionadas con la regla general que hace excusable la ignorancia de los actos ajenos. Sobre esta materia, es decir, sobre cuando se presume la ignorancia de los hechos, así como cuando la presunción se rechaza o deniega, dado el interés que innegablemente tiene, queremos insistir teniendo a la vista el citado capítulo del tratado de *Praesumptionibus*, de Menochius.

Las reglas generales alrededor de las cuales giran las presunciones son éstas: La ignorancia de los hechos propios no se presume, ni por tanto excusa. Por el contrario, se presume, y por lo mismo excusa, la ignorancia de los hechos ajenos.

Cuando se alega como excusa la ignorancia de los hechos propios, el que la invoca debe probar las circunstancias determinantes de la excepción contraria a lo que pretende. Y también al contrario, cuando el que se opone a que se admita la presunción y excusas fundadas en la ignorancia de un hecho ajeno a quien de ella pretenda ampararse, debe probar que el que en tal ignorancia se ampara era sabedor del hecho que dice haber ignorado.

Hemos referido antes las excepciones que tiene el principio según el cual no se consideran ignorados los actos propios. Veamos ahora las excepciones que limitan la aplicación de la regla opuesta a la anterior, o sea, la de que se presume la ignorancia de los actos ajenos.

Se refiere la primera excepción a los hechos que aun siendo realmente ignorados de quien alega no tener conocimiento de ellos, sin embargo tenía la obligación de saberlos. Porque saber y tener la obligación de saber se equiparan fácilmente ante el Derecho:

scire et scire debere posse in Jure paria habentur, máxima que los Autores extraen del proemio de la ley Si Titius (48, tit. de Fidei-jussoribus, del Digesto, XLVI-1), en donde se lee: Si Titius et SEIA pro Maevio fidejusserint, subducta muliere dabimus in solidum adversus Titium actionem: cum sciret potuerit aut ignorare non debuerit mulierem frustra intercedere; texto que en la versión castellana de Fonseca y José María de Ortega dice así: Si Ticio y Seya fuesen fiadores de Mevio, excluida la mujer, daremos acción in solidum contra Ticio; porque pudo saber, o no debió ignorar que la mujer no pudo ser fiadora, versión que estimamos exacta, si bien la frase "subducta muliere", para mayor claridad pudo traducirse, en vez de con la frase "excluida la mujer", completando el concepto de la exclusión con la indicación de que la exclusión se refiere a la obligación que en otro caso tendría, es decir, de no estar imposibilitada de afianzar por virtud del Senado Consulto veleyano y para ello traducir la indicada locución: "subducta muliere" (en la cual el vocablo "subducta" tiene el doble sentido de descartada y de engañada) de una manera más gráfica, empleando la misma palabra con que la aclara la Glosa, o sea, la de "exenta"; exenta de las responsabilidades de co-fiadora.

Pero dejando de lado esta observación, se ha de hacer notar que salvando la equiparación entre el "saber" y el "tener la obligación de saber", que se contiene en el proemio de la ley antes transcrita a doble texto, la deducción que de ella han extraído los comentaristas no coincide con la finalidad del mismo, ya que con él se pretende demostrar una excepción a la regla que excluye de la exculpación los "hechos propios" de quien quiere exculparse con la ignorancia de éstos, por medio de una máxima contenida en un texto legal que se contrae a una ignorancia, no de un hecho, sino de una disposición de carácter legal, cual es la del Senado Consulto; y que, por tanto, no se trataba, según el texto, de una ignorancia de hecho, sino de derecho.

Queda, no obstante, en pie la citada máxima aceptada por la doctrina de todos los expositores y corroborada por la razón, al admitir en general que no puede servir de excusa la ignorancia de lo que se tiene obligación de saber; que, si cuando se trata de una ley o de un derecho, se tiene generalmente el deber de saberlo, cuando se trata de hechos ajenos, la obligación de conocerlos se limita a determinadas circunstancias, que a su vez son determinantes de la exclusión de la exculpación de quien los ignora.

Y así siguiendo la relación de ellas que se contiene en la ya citada Presunción núm. 23 del libro sexto de las de Menochius, en la cual, después de explicar en el núm. 66 la primera excepción al principio de que es lícito ignorar los hechos ajenos, enunciado que dice: "Ignorantia in facti alieno quod quis scire tenetur non praesumitur, sed scientia", dice en los números 68 y 69: "Ignorantia in facti alieno non praesumitur, sed scientia, quando quid est publice factum, in facto enim notorio praesumitur scientia" (1. 1.º pf. de ex-

cep. glosa.—1. si duobus pf. de acquir, haeredit.—1. si tutor C. de periculo tutor.—11.ª de except. rei vendite et tradita, XXI-XXII-3.—11.ª de except. res judicata 44-2).

Como uno de los fundamentos legales de esta excepción cita Menochius la ley 5.ª del título 38 del libro V del Código, que dice: Si fuiste nombrado tutor o lo fuiste dado por testamento e ignoraste tu nombramiento, no por negligencia imputable, sino por razón justa, y puedes debidamente justificarlo, no serás responsable del tiempo transcurrido sin administrar la tutela. De cuyo texto, para que con él se pueda justificar la enunciada excepción será necesario atribuir el concepto de hecho notorio al que se realiza mediante el nombramiento de tutor; supuesto que no se deduce como consecuencia necesaria. Cierto que el texto al invertir la necesidad de probar, tratándose de un hecho ajeno implica que sea del conocimiento del tutor nombrado; pero dada nuestra actual legislación, no se deduce del supuesto a que se aplica el texto, o sea, a la “notoriedad del hecho”, que no la tienen los nombramientos de tutores por testamento; y si bien a los dativos se les ha de hacer saber en forma su nombramiento, a tales tutores, una vez notificado su nombramiento, no se alcanza la razón que puedan tener para ignorar el nombramiento que se les ha notificado.

Los antiguos expositores en muchas ocasiones se esforzaban en entresacar la fundamentación legal de sus doctrinas, de textos que guardaban una relación muy remota con las proposiciones que defendían. En comprobación de esta observación dejamos transcritas la que deducían de la ley que se refiere a los nombramientos de tutores, que, como se puede ver, no guarda aquella estrecha relación con el concepto de notoriedad, determinante de la obligación de saber que una persona ha obtenido el nombramiento de tutor de otra; defecto de tanto mayor relieve, en cuanto para fundamentar la excepción de que el desconocimiento de los hechos ajenos no constituye excusa alguna, no es necesario —a nuestro modo de ver— acudir a tan alejados argumentos legales, teniendo tan a mano un texto legal tan racionalmente decisivo como lo es para el caso, las leyes del título que nos sirve de rótulo del presente estudio; de las cuales hacen el caso la sexta, según la cual no se ha de permitir la ignorancia crasa o supina de los hechos, aun cuando no se haya tampoco de exigir la más minuciosa averiguación; y el pf. 2.º de la ley novena del mismo título, según el cual si bien se sienta la regla que excluye de todo perjuicio la ignorancia de los hechos, sienta asimismo la excepción de los casos en que sea debida a un insuperable descuido; porque, como se dice en el citado párrafo: ¿qué se dirá, si a todos es notorio, aquello cuya ignorancia alega solamente quien pretende excusarse con ella?, quid enim si omnes in civitatem sciant, quod ille solus ignorat? Es en estos textos, y principalmente en el último, en donde de una manera clara y precisa se encuentra la fundamentación legal de la excepción de la regla que hace excusable la ignorancia de los hechos,

los notorios, los que todos saben, menos el que pretende ampararse de su crasa y supina e indiscutible ignorancia.

Otra de las presunciones por ciencia respecto de hechos ajenos, existe cuando en el acto ajeno realizado, estuvo presente la persona de cuya pretendida ignorancia se trate; circunstancia que, si de momento parece que no necesita de constatación, ya que parece cosa fuera de toda duda, que quien presencia un acto, un hecho, se ha de considerar sabedor de que el hecho, el acto, se ha realizado; ello no obstante, requiere esta excepción a la presunción de que los hechos ajenos son generalmente ignorados, algún mayor detenimiento; y aun cuando el Autor a quien seguimos en la explicación de esta materia dedica a esta circunstancia de la presencia de los actos no propios todo el capítulo o presunción núm. XXI, bajo el epígrafe "*Praesentem praesumi scire, quae ibi acta fuerunt*", en cuya Presunción se refiere a la fuerza probatoria de los testigos presenciales y a la presunción de ciencia de, quienes citan presentes en juicio, y a la que se puede atribuir a los que deponen sobre la presencia de otras personas, enunciados que no guardan verdadera relación con el tema que nos ocupa, no obstante no deja de tener algún interés esta circunstancia, ni deja de ser conveniente hacer constar que el Autor cita en apoyo de esta excepción de la ley Si tutor C. de periculo (V-38) que se deja citada y transcrita anteriormente al tratar de la ignorancia de los hechos notorios y que a nuestro entender no tiene mayor relación respecto de la presencia que respecto de la notoriedad.

Por ello nos parece más propio dejar escuetamente enunciada dicha excepción como una verdad perteneciente al ámbito de lo que es evidente, o sea, que quien presencia un acto tiene conocimiento del mismo, que estos textos legales inadecuados a lo que se pretende justificar.

Otra circunstancia determinante de que un hecho ajeno no es ignorando, es la que cita el mismo Autor alegando la opinión de otros anteriores al mismo, consistente en el hecho de que ya sea conocida parte de un acto, para que se deduzca el conocimiento del resto, o alguna cualidad para que se presuma el conocimiento de la sustancia. Respecto de cuyas proposiciones entendemos que es cosa algo aventurada el admitirlas sin reserva, si bien los ejemplos que se aplican sean conformes a las reglas de la buena crítica. Porque estimamos que es una deducción muy racional que, cuando el hijo que paga los legados ordenados en el testamento de su padre, se presume que no ignora, sino que conoce perfectamente, íntegramente el testamento de su padre y causante.

Algunos Autores como Baldo, que también citan a la antes transcrita ley Si tutor —que por lo visto sirve de doctrina de los expositores para fundar en ella las más dispares conclusiones— declaran constituir una presunción de conocer un hecho ajeno, la circunstancia de que en un testamento se instituya un extraño, opinión que estimamos tanto más peligrosa cuanto mayor es el ámbito del concepto de "extraños", ya que comprende a todos los herederos no legítimos. Y nos parece tanto más atrevida y peligrosa esta presunción

de ciencia, en cuanto no se cita otro fundamento de ella que la afirmación misma, o sea, que después de afirmar la excepción a la ignorancia por la razón de que se presume que el extraño sabe la otorgación del testamento "Nam is scire praesumitur confectum testamentum et quae in eo disposite fuerunt (ita Baldus in l. Si tutor C. de periculo tutor) quem secutur Socin. Bartol. Ripa", sin embargo pone una limitación a esta presunción consistente en ceñirla al caso en que el extraño sea una persona que no tenga derecho a suceder ab-intestato al testador, cuya circunstancia hace pensar en una gran probabilidad de que habría sido enterado del testamento por el mismo testador.

Se estima también como excepción a la regla de que los actos de otro son ignorados, la circunstancia de que por ellos reciba alguna ventaja o emolumento el que alega o invoca su desconocimiento (número 84). Decimos de esta presunción, o mejor dicho indicio o conjetura, lo mismo que dejamos expresado de la anterior. No nos parece decisiva por sí sola, y, cuando más, puede servir en caso de que se plantee controversia referente a la cuestión de si el favorecido con algún beneficio o liberalidad en un acto, cuyo desconocimiento o ignorancia sea el objeto de la contienda lo conocía o no, para que unida a otros u otros indicios o conjeturas puede determinar en el ánimo del juzgador el convencimiento de que era sabedor del supuesto acto; por aquella norma que con tanta frecuencia se encuentra citada por los antiguos para casos parecidos: "singula quod non prorsum unita juvant", lo que aisladamente no aprovecha, unido, ayuda a una demostración.

Y por último el repetido Autor pone como otra presunción de ciencia de un acto ajeno, la circunstancia de que se trate de un hecho realizado por parientes o vecinos, porque suelen ser conocidos por los vecinos y parientes; circunstancia a la cual atribuye Menochius tal importancia que la examina minuciosamente dedicando al estudio de ella toda la Presunción 24 del citado libro VI, la cual se compone de 48 apartados o números. No podemos por la extensión que ello exigiría, examinar cada uno de los supuestos que examina Menochius referentes a la indicada circunstancia de vecindad o parentesco en cuanto de ella pueda deducirse, o al menos suponerse, que el pariente o vecino esté enterado de hechos del vecino o pariente. Pero indicamos que de la lectura del capítulo que se deja citado se desprende que los hechos examinados por el Autor tienen el carácter o naturaleza de meros indicios o conjeturas, de mero valor racional, cuya apreciación en nuestro tiempo (y aun en el procedimiento antiguo) son materia dejada a la libre apreciación del juzgador, según su criterio guiado por las reglas de la sana crítica: el mismo Autor pretende atribuir a la indicada circunstancia un valor superior, dado que en el examen de la indicada circunstancia que hace en todo el capítulo, gira alrededor de opiniones de autores, casi siempre discordes en cuanto al alcance de la fuerza probatoria de la circunstancia refe-

rida con relación a los hechos realizados por un consanguíneo o por un vecino. No obstante, y para dar a nuestros lectores una idea sintética de la dilucidación de que tratamos, diremos que del examen de dicho capítulo resulta que únicamente aquellos hechos que por su reiteración y publicidad es probable o casi seguro que sean conocidos del vecindario y de la parentela, se supondrá que aun no siendo actos propios, sino del pariente o vecino se presumen conocidos por los vecinos y por los parientes; y por el contrario, los hechos aislados, respecto de los cuales se acostumbra a guardar cierta reserva o cautela para que no trasciendan al exterior, de éstos no se puede presumir sabedor al pariente o vecino. Menochius señala entre los hechos de la primera clase las circunstancias o hechos siguientes: si el vecino es rico o es pobre; si es de buena o mala fama; de las personas que trata como a hijos; si presta a interés; si es jugador o blasfemo o mujeriego. Y menciona como hechos de la segunda naturaleza, o sea, hechos sobre los cuales se procura guardar la cautela de la ocultación y del secreto; el hecho de si se ha otorgado testamento o un contrato, si se ha cometido adulterio, si un parto se ha supuesto o no, si se ha cometido algún otro delito oculto, etc.

De todo ello pueden resultar conjeturas, favorables unas y contrarias otras, a que una persona tenga conocimiento de hechos o actos que no sean propios de ella.

Y nada más que eso, porque todas esas elucubraciones no traspasan los reducidos límites del aspecto probatorio de la ciencia o de la ignorancia de un hecho ajeno, sin penetrar en el exculpatorio de la ignorancia del mismo, que es el que en definitiva nos interesa para la dilucidación de nuestro tema, si bien, implícitamente, del mismo hecho, cuando su prueba es plena, de la sola suposición de que él no sea realmente conocido, ya se deduce queda desechada la exculpación que de su ignorancia se puede deducir. Y por el contrario, es decir, cuando la prueba es incompleta y queda en la penumbra de lo dudoso si el interesado sabe o no el hecho ajeno, entonces podrá servir la prueba para apreciarla con relación a las demás que se hayan practicado, teniendo en cuenta el conjunto de todas ellas; pero no para concluir la exculpación del mismo por razón de su ignorancia, para lo cual la prueba habrá de ser plena.

Como puede verse, de la doctrina expuesta se desprende que la regla general que establece la ley, según la cual la ignorancia del hecho no perjudica, constituye una regla que, si bien tiene aplicación en algunos casos, tales como los que se dejan relacionados, su exclusión de la regla no viene impuesta por precepto alguno de carácter legal, sino por presunciones de naturaleza meramente racional determinantes de que en ellos la persona que alega la ignorancia de un hecho, no debe ser creída, porque las circunstancias que en el caso concurren son racionalmente bastantes para convencer al que ha de

juzgar de que dicha persona está bien enterada del hecho que dice ignorar.

En este sentido puede decirse que dichas circunstancias no constituyen verdaderas excepciones de la regla que excluye de toda responsabilidad al que pretende ignorar el hecho, sino simplemente de la presunción meramente racional de que el hecho ajeno es ignorado, sentido en el cual los citados autores las examinan.

De ello dimana la diferencia sustancial entre las verdaderas excepciones a la regla que hace excusable la ignorancia de los hechos ajenos, como lo son los casos en que la ignorancia es supina o crasa, que constituyen verdaderas excepciones legales de la indicada regla o principio de derecho; y la exclusión de la otra regla que establece la presunción meramente racional *juris tantum* de que el hecho ajeno es ignorado, excepción cuya aceptación se difiere a la apreciación del juzgador, que no tiene otro control que el de su conciencia guiada por las reglas de la crítica racional.

De ahí se deduce, que ni todas las apuntadas circunstancias son de apreciación obligada por los tribunales, ya que pueden concurrir con otras que desvanezcan o enerven su fuerza probatoria, ni a la enumeración de ellas se le puede atribuir la consideración de escala cerrada, fuera de la cual no sean admisibles otros casos que puedan determinar el mismo convencimiento en el juzgador de que quien alega ser ignorante de un hecho, es en verdad sabedor de él.

De manera que de toda la doctrina sobre este tema expuesta, se deduce que se trata de una materia comprendida y regulada por las normas referentes a la apreciación de la prueba, especialmente a la de conjeturas e indicios; de lo cual se desprende que ni en dicha enumeración figuran todas las circunstancias que puedan determinar el convencimiento del juez, ni que las que se dejan de examinar hayan de ser rechazadas; o sea, que ni son todos los que están, ni están todos los que son.

IGNORANCIA DEL DERECHO O DE LA LEY

Síntesis de este trascendentalísimo problema del Derecho es el principio que el artículo 2.º de nuestro Código civil proclama con estas concisas, claras y precisas palabras: “La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”. Que es el que me propongo examinar con alguna detención.

Bajo la denominación moderna genérica de leyes se comprenden también —según declaró la R. O. de 22 de mayo de 1891— los Reglamentos, Reales Decretos, Instrucciones, Circulares y Reales Ordenes, dictadas por el Gobierno en uso de su facultad reglamentaria.

Pero según la denominación genérica de la jurisprudencia antigua, bajo el precepto que indirectamente impone el conocimiento de las leyes, al negar como excusa la ignorancia del Derecho, venían comprendidos el Derecho divino y el natural, el Derecho humano,

fueren leyes, fueren cánones y lo mismo los estatutos municipales que las costumbres recibidas.

En el Cuerpo del Derecho civil, la ley 3.^a del Código, del título de Legibus (1-4) declaró que: Serán consideradas por todos como leyes generales las que enviamos al Senado, por cuyo cuerpo fueron aprobadas; las que llevan la denominación de edictos, las promulgadas por Nos en vista de súplica o con ocasión de algún litigio. Debiendo entenderse lo mismo si llevan el nombre de Edictos, cuando se mande comunicarlos a todos los jueces, o mejor, cuando expresamente se dice que el Príncipe ha declarado en cierto caso y quiere que se aplique a los que representen de igual naturaleza.

Y en la ley 12 del título de juris et facti ignorantia (18 del lib. 1 del Código) se proclama sustancialmente el mismo precepto del antes transcrito artículo 2.^o del Código. No es lícito ignorar o disimular las constituciones de los Príncipes. "Constitutiones Principum nec ignorare quanquam, nec disimulare permittimus" (quod nos est simulo, dissimuloque quod est; palabras con las cuales la Glosa da idea del sentido del verbo disimular); y antes se lee en la misma Glosa de Viviani que dice así: Hac lege cavetur, quod nulli est permissum ignorare vel dissimulare constitutiones Imperatorum: et dicit, illum simulare qui nos scit eas, et disimulare qui scit, et ne nescire dicit.

Y la ley Leges Sacratissimae, 9, del título de Legibus del Código (lib. 1 tít. 14) preceptúa igualmente la obligación de conocer las leyes en los términos que siguen: Las sagradas leyes que contienen a los hombres en el límite de sus deberes, deben ser conocidas por todos, para que sepan lo que les está prohibido y lo que les está permitido.

Añadiendo a continuación lo que procede hacer cuando la ley es dudosa u oscura: "Pero si la ley es oscura, es necesario que se aclare por la interpretación que le diera el Emperador y del mismo modo debe moderarse su rigor si no estuviese en armonía con nuestra benignidad."

Es de notar que, según la opinión de Socino y del Cardenal Tushi, citados por Barbosa, la ignorancia de las leyes implica culpa lata, doctrina que a pesar de la autoridad de los citados expositores nos parece muy peligrosa y arriesgada por las consecuencias extremadamente rigurosas que de la misma podrían deducirse si se tiene en cuenta que el error se equipara a la ignorancia y que la culpa lata se equipara al dolo; y con mayor motivo si se tiene en consideración que la obligación de conocer el derecho se entiende referirse no sólo al derecho natural, sino al divino positivo y al humano, no sólo común, sino que se pretende por algunos autores, al estatutario municipal y hasta al consuetudinario.

Pero la regulación de esta materia, que con tanto rigor y con tal extensión tan repetidamente condenaba la ignorancia de toda disposición de carácter legal, admitía en cambio una pluralidad de excep-

ciones y limitaciones a dicha regla, unas relativas a las personas y otras relativas a la materia.

Exceptuados de la obligación de tener conocimiento de las leyes, lo estaban según el Derecho romano: a) los militares, b) los menores de edad, c) la gente rústica en los lugares donde no había jurisperito, d) las mujeres.

Y por razón de la materia se exceptuaban de la consabida obligación, aquellas leyes cuya regulación jurídica era oscura, ambigua o muy controvertida por los juriconsultos.

La ley Regula (9.^a) pf. 3 ff. de nuestro título, dispone en su párrafo 1.^o que si el hijo de familia soldado ignorase que le es lícito adir la herencia sin permiso de su padre, por constituciones de los príncipes, no le perjudica la ignorancia del derecho, y por tanto no le corre el término para la adición de la herencia. Y el pf. 3.^o dispone que también dice Labeón que se ha de entender que no aprovecha la ignorancia del derecho en esta forma: "si no hubiese juriconsultos de quien aconsejarse", o no estuviese instruido de lo que fácilmente podría saber por sí; que en este caso le perjudicará la ignorancia del derecho, lo que rara vez sucederá. Y en el proemio de dicha ley 9.^a del título de *Juris et facti ignorantia* se lee: Es regla que a cualquiera perjudica la ignorancia del derecho y no la de hecho; veamos, pues, en qué casos podrá tener lugar, suponiendo que es permitido a los menores de veinticinco años ignorar el derecho; lo que también se dice de las mujeres en ciertas causas, por lo poco estable de su sexo.

Por otra parte, y con relación a la materia de los actos que se realizan mediante ignorancia o error del derecho, la legislación romana establece una separación que afectaba a muchos actos que no estaban sometidos a la regla que estamos examinando; separación o distinción que la ley 7 del título que estudiamos, estatuye y según la cual la ignorancia del derecho no aprovecha a los que quieren adquirir; pero no perjudica a los que pierden lo que es suyo.

De manera que, por lo que se deja explicado, la regla general según la cual la ignorancia del derecho no era excusable, y su contraria, la de que todos estaban obligados a conocer las leyes, tenían múltiples excepciones, unas por razón de las personas, y otras por razón de los actos que constituían la materia o sustancia de los hechos o actos realizados por el ignorante de la ley.

PARTIDAS

La regulación romana de esta materia pasó en sustancia al código alfonsino, cosa que nada tiene de sorprendente si se tiene en cuenta que dicho código, como los demás de la época en que fue confeccionado, tuvo como base, y aun más que como base, como verdadero patrón en la generalidad de las instituciones aceptadas en él, la legislación romana.

Véase, resumidamente, cómo quedó regulada en dicho código la materia que nos ocupa.

La ley 20 del título 1.º de la Partida 1.ª explica “por qué razón los homes no se pueden excusar del juicio de las leyes, por decir que las non saben”, y empieza diciendo que “escusar no se puede ninguna de las penas de las leyes, por decir que las non sabe: ea pues que por ellas se han de mantener, recibiendo derecho e faciéndolo, razón es que las sepan e que las lean: o por tomar entendimiento de ellas o por saberlas el mismo razonar en otra manera, sin leer: ea escusa han los homes en sí mismo por muchas cosas que les contescen, así por enfermedades, o otras cuitas muchas que pasan en este mundo; pero non se pueden excusar que non envíen otros en su lugar, que muestren su derecho: e si non hubiere quien enviar, debenlo facer sus amigos que en aquel lugar fueren do se ellos han de juzgar por las leyes, que lo razonen, o los muestren por ellos, o darles poder como lo fagan: e pues por sí, o por sus mandaderos, o por cartas se pueden excusar, non son de ellos excusados por decir que non sabían las leyes: e tal razón como esta, si la dixeren non les debe dar cabida”.

Y a continuación de la transcrita ley que establece la regla general que hace inexcusable la ignorancia de las leyes, viene en la ley 21 del mismo título a establecer dicho código las excepciones bajo el siguiente enunciado: “Quales pueden ser excusados por no saber las leyes.”

Y dice la ley: “Señaladas personas son las que se pueden excusar de non rescibir la pena que las leyes mandan, maguer non las entiendan, ni las sepan al tiempo que yerran, haciendo contra ellas; así como aquel que fuese loco de tal locura que non sabe lo que se face. E maguer entendieron que alguna cosa fizo, porque otro hombre debiese ser preso o muerto, catando en como aqueste que diximos, non lo fuese con seso, no le ponen tamaña culpa, como al otro que está en su sentido. Eso mismo decimos del mozo que fuese menor de catorce años o la moza menor de doce, maguer que probase fecho de luxuria, sol que non lo supiese facer. Estos tales excusados serían de la pena de las leyes porque no han entendimiento: más si por aventura fuesen menores de diez años y medio, e ficiesen algún otro yerro, así como furto o homicidio o falsedad o otro malfecho cualquier, serían excusados otrosí de las penas que las leyes mandan por mengua de edad y de sentido. Otrosí decimos que los caballeros que han de defender la tierra e conquerirla de los enemigos de la Fe por las armas, deben ser excusados, por no entender las leyes: e esto sería si perdiesen o menoscabasen algo de lo suyo, andando en juicio o por razón de posturas o de pleytos que hobiesen fecho a daño de sí: o porque hobiesen perdido algo de lo suyo, por razón de tiempo: pero todas estas cosas se entienden siendo ellos en guerra: ea bien es derecho e razón, que aquel que su cuerpo aventura en peligro de prisión o de muerte, que nol den otro embargo, porque aquello se estorbe: sol que se non meta a estudiar, ni aprender leyes, porque

el fecho de las armas dexa: fueras ende si el caballero ficiese traición o falsedad, o aleve, o yerro, que otro home debiese entender naturalmente que tal era, no se puede escusar que no haya la pena que las leyes mandan. E esto mismo decimos de los aldeanos que labran la tierra, o moran en lugares do no hay poblado, e de los pastores que andan con los ganados en los montes, e en los yermos; o de las mujeres que morasen en tales lugares como estos."

De las anteriores disposiciones que como puede verse coinciden en lo sustancial con las del Derecho romano, hizo una aplicación práctica al pago de lo indebido la ley 6.^a del título 14 de la 3.^a Partida, y la 29 del título 14 de la Partida 5.^a. Y la 37 de este mismo título hizo otra aplicación al pago de los legados ordenados en un testamento imperfecto, textos que para la dilucidación de nuestro tema conviene examinar:

La ley 6.^a del título 14 de la Partida 3.^a plantea la siguiente duda: Como el que ficiese paga a otro, si dixere despues que la oviesse fecho que la ficiese con yerro como non devía, qual es tenido de provar.

Y resuelve la duda en los términos siguientes:

Pagas fazen a las vegadas los omes de dineros, o de otra cosa. E despues piden en juicio que les tornen lo que pagaron, diziendo que dieron por yerro, debda que non devían. E los otros a quien es fecha esta demanda, responden que era valedera la deuda de que les fue fecha la paga. E podría nacer dubda qual de estos es tenido de provar lo que dize, queremoslo aqui departir. E dezimos, que aquel que dize que dio o pagó algo a otri por yerro, e como non devía, es tenido de lo provar, por esta razón: porque sospecharon los Sabios antiguos que ningún home non es de tan mal recaudo, que quiere dar de su auer, pagándole a otri, a quien non lo deviese. Pero si este que dize que fizo paga a otri como non devía, es Cavallero, que bino en servicio del Rey, o de otro grand Señor, trabajándose en fecho de armas, o de Cavallería, o ome simple labrador de tierra que biua fuera en Aldea, e non sabidor de Fuero, o mozo menor de catorce años, o muger; qualquier de estos non sería tenido de provar lo que dize en el caso sobredicho, más su contendor que recibió la paga del, deve averiguar, que aquello que recibió de algunas destas personas sobredichas, por esso le fue pagado, porque gelo deuían verdaderamente. E si esto non pudiesse provar, deve tornar aquella cosa que le fue pagada a aquel que gela dio. Ca podamos sospechar, que la recibió como non deuía: porque el Cavallero deve ser más sabidor de fechos de armas que de escatimas e de rebueltas: e las otras personas que suso diximos, porque son simples de seso, e por eso erraron pagando lo que non deuían. Otrosí dezimos, que qualquier ome, o muger, que rescibiesse paga de maravedís, o de otra cosa de alguno, si despues le fiziessen demanda en juicio, que tornase lo que recibió, porque lo pagaron por yerro lo que non deuían que si este que recibió la paga negasse en todo, diziendo que nunca fuere fecha; si la otra parte pudiere provar e averiguar que la fizo, maguer non muestre

que fue fecha por yerro, o de cosa que non deuía, tenido es este que negó la paga, de fazer dos cosas la una, o de tornar a su contenedor lo que le prouare que él pagó; o de mostrar por pruevas valederas, que verdaderamente deuía aquella cosa de quel fue fecha paga.

Con esta ley coincide sustancialmente la 29 del título 14 de la Partida 5.^a

Y en este título se encuentra además la 31, referente al pago de legados ordenados en un testamento imperfecto, ley contenida en los siguientes términos.

“Acabadamente a las vegadas non fazen los omes sus testamentos, pero dexan mandas de ellos. E como quier que segon sotileza de derecho non podrian apremiar por juyció a aquel en cuya mano fuesse tal testamento como este, que pagasse las mandas que fuessen fechas en él, con todo esso si el o los herederos, de su voluntad las pagassen non pueden despues demandar gelas tornassen; maguer dixessen que se pudieron amparar por derecho, de non pagar tales mandas, porque eran dexadas en testamento que no fue fecho como deuía. A aun dezimos, que como quier que este que ouiesse pagado las mandas dixesse, que quando las pagó, non sabía que auía este derecho por si, de non pagar tal manda, e que por esta razón las deuía cobrar: que tal escusança non deve valer. Ca tenemos, que todos los de nuestra Señoría deuen saber estas nuestras leyes, si alguno por non saberlas fiziere contra ellas algunas cosas, que sean a su daño, tornese por ende a su culpa. Fueras ende, si el que ouiesse fecho tal paga como esta, fuese Cauallero de nuestra Corte. Ca los nuestros Caualleros mas se deven trabajar en uso de armas que en aprender leyes. O si fuese muger, o menor de veinte e cinco años, o labrador simple: ca estos atales bien se pueden escusar en tales razones como estas, diziendo que non sabían estas leyes.”

García Goyena en la explicación que da al artículo 2.º del Proyecto de Código civil, que dice: La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, y que como se ve coincide sustancialmente con el artículo de igual número del Código civil vigente, expone que el artículo 2.º de su proyecto coincide con el espíritu y sentido de la ley de Partidas que acabamos de transcribir, o sea, de la 31, título 14 de la 5.^a Partida, la cual, a su vez, no difiere en sustancia de lo que disponen sobre la materia los textos de la legislación romana.

Y aun cuando no podemos menos de reconocer la gran autoridad del citado juriconsulto, mayormente tratándose de establecer, de dejar definido el espíritu y sentido de un artículo del Proyecto, aun acatando, repetimos, la insuperable autoridad del egregio comentarista del Proyecto de Código civil de 1851, no podemos tampoco dejar de manifestar nuestras reservas en punto a la supuesta identidad de espíritu y de sentido entre la transcrita ley de Partidas y el artículo 2.º del citado Proyecto del 51. Reservas que nos inspiran una doble consideración, teórica y a la vez de posible trascendencia práctica.

Queremos a dicho efecto hacer observar que la ley 31 del título 14 de la Partida 5.^a contiene una regulación de los efectos de la igno-

rancia y del error tanto de hecho como de derecho, en forma tal, como también la observaron las leyes romanas, que, junto con la proclamación del principio o regla general de que el conocimiento de las leyes es inexcusable, establecía algunas excepciones, no todas las del Derecho romano, pero sí algunas de ellas. Mientras que el artículo 2.º del Proyecto de 1851, insiguiendo el mismo criterio que ha inspirado a los códigos modernos, tanto anteriores como posteriores al Proyecto del 51, tan autorizadamente comentado por García Goyena, establece una norma cerrada, absoluta y sin excepción alguna en términos que puede admitirse el comentario que nos ocupa si se ciñe a la *regla* que se contiene en el texto del Código alfoncino, pero no a la totalidad, *regla y excepciones*, contenidas en la transcrita ley 31 del título 14 de la Partida 5.^a

Y a la anterior salvedad puede atribuísele una trascendencia práctica que salta a la vista, porque si el sentido y el espíritu del artículo 2.º del Proyecto del 51 coincide con la transcrita ley de Partida, y el artículo 2.º del Código civil, concorde no sólo en su espíritu, sino que casi son idénticas en su redacción, llegaríamos a la conclusión, a la cual conduce el principio filosófico de que dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí, a la de que si el artículo 2.º del citado Proyecto y la ley de Partidas coinciden en su sentido y espíritu, y, a su vez, el artículo 2.º del Proyecto coincide literalmente y desde luego en su sentido y en su espíritu con el artículo 2.º del Código civil vigente, se podría llegar a la conclusión de que, coincidiendo el artículo 2.º del Código con la ley de Partidas, la regla que contiene el citado artículo 2.º, tanto del Proyecto como del Código vigente, no es una regla absoluta, sino que se habría de considerar limitada por las mismas excepciones de la ley citada del Código alfoncino.

A esta conclusión podría conducirnos la identidad de sentido y espíritu entre uno y otro texto, supuesta por el insigne García Goyena en su comentario al artículo 2.º de su Proyecto. Conclusión que de momento nos obliga a hacer constar nuestra reserva; reserva que nos ha de permitir examinar lo referente a la ignorancia de las leyes enfrente de la terminante disposición del artículo 2.º de nuestro Código civil vigente, a tenor de cuya letra, que consideramos reflejo exacto de su espíritu, o sea, de la intención del legislador, la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Precepto que por no ir acompañado de salvedad ni excepción, ni limitación alguna, se ha de interpretar de una manera absoluta y sin distinción de casos ni de personas; sin excepción de los militares, ni de los rústicos, ni de las mujeres; y sin distinción de si se trata de casos en que se pretende adquirir un lucro, o de los que se pretende evitar un daño; como hacía la legislación romana. Según el artículo 2.º del Código civil, toda disculpa, toda excusa, que se funde en el desconocimiento o ignorancia de las leyes, comprendiendo en esta palabra toda clase de disposiciones de carácter legislativo, deberá ser por los Tribunales de Justicia desestimada.

Entendemos que los antecedentes legislativos del artículo 2.º del Código civil no se pueden encontrar, en cuanto se refiere a lo escueto y absoluto de su redacción, en las leyes de Partidas ni en las leyes romanas. Los verdaderos antecedentes de dicho precepto se han de situar en el ámbito de la codificación civil moderna, y, en primer lugar, en el Código Napoleón.

CODIFICACION NAPOLEONICA

Pero conste bien que la discrepancia entre el Derecho anterior y el posterior subsiguiente a la codificación napoleónica no consiste en el principio mismo de la inexcusabilidad de la obligación de tener conocimiento de las leyes, sino que consiste en la concesión o negación de excepciones al principio, que concedía el Derecho anterior a la codificación moderna y que ésta las ha ido negando o excluyendo del principio que los modernos códigos proclaman de una manera absoluta y sin excepción alguna en la órbita del Derecho civil, extendiéndolo a toda clase de personas con capacidad civil y a todas las disposiciones de carácter legislativo, en general, sin exceptuar a las de naturaleza meramente reglamentaria.

La divergencia, más que en el terreno geográfico, se ha planteado en el aspecto histórico; puesto que podemos afirmar, por tanto, que antiguamente, o sea, en el período anterior a la moderna codificación, salvo diferencias accidentales y de importancia secundaria, el problema de la ignorancia del Derecho se resolvió de manera, en lo sustancial, idéntica, identidad sustancial que cabe atribuir a la época actual, a partir de la promulgación del Código civil francés; de manera que puede afirmarse que la disparidad de criterio, en lo sustancial del problema, se inició con los principios y orientaciones legalísticos de la Revolución francesa.

En la indicada época, la materia que nos sirve de tema estaba en la generalidad de los países regulada de una manera conforme con la legislación romana, o sea, proclamando el principio del deber de conocer el derecho, con su lógica consecuencia de que su desconocimiento no puede servir de excusa, pero al mismo tiempo estableciendo excepciones a dicha regla, de las cuales hemos citado como ejemplo que nos es conocido las que se dejan transcritas de las leyes de Partidas.

Pero vino después el período en que germinaron los principios filosóficos propalados por los tres grandes precursores de la Revolución del 79, Montesquieu, Rousseau y Voltaire, contrarios acérrimos del ideario medieval saturado de espíritu cristiano y adicto al Derecho justinianeo, intensamente influido por el canónico; y tales principios, al penetrar en el ámbito de la política y de la legislación, hicieron pensar en una reforma radical de la legislación civil; pensamiento o idea a cuya expansión contribuyó más que el deseo de poner fin a la complejidad y diversidad de las múltiples fuentes de Derecho

de que entonces se componía la legislación francesa, el de introducir las reformas trascendentales en lo tocante a la familia y a la propiedad inspiradas en el ideario de la revolución.

Y surgió la idea de la codificación civil como el medio más adecuado para conseguir la realización de las aspiraciones revolucionarias orientadas a la redacción de un Código con el cual se pudiesen satisfacer todas las necesidades jurídicas del pueblo francés, ideal que ha guiado siempre a los legisladores que han intentado o realizado la codificación del Derecho, labor que ha sido siempre acompañada de dos principios, a saber: la obligación impuesta a los súbditos de conocer las leyes y el de la exclusiva de la función de interpretarlas, bien directamente por la autoridad legislativa, o sea, del poder soberano, bien por medio de los funcionarios encargados de aplicarlo, o por otros delegados al efecto por el Príncipe; en definitiva, con exclusión de toda intromisión de los súbditos a quienes sólo incumbe la obligación de cumplirlas.

Y ambos principios fueron proclamados y defendidos en la época revolucionaria; y dejando de lado el segundo, con su instituto de la casación, y ciñéndonos al primero, nos limitaremos a recordar que después de las diversas tentativas y de los proyectos presentados a la Convención de Cambacères, el Consulado en 12 de agosto de 1800 creó la Comisión encargada de examinar y comparar el orden seguido por Cambacères en sus proyectos y de determinar el plan más conveniente para la discusión dentro del orden que se adoptare, y las bases principales de la legislación civil: trabajo que quedó terminado por la Comisión compuesta por los juriconsultos Tronchet, presidente del Tribunal de Casación, Bigat-Prémeneu, Comisario del Gobierno en el mismo Tribunal y Portalis, a la cual fue agregado Maleville en calidad de secretario; Comisión que después de cuatro meses dejó terminado el Proyecto de Código civil, que fue impreso el año 1801, para ser seguidamente sometido al Tribunal de Casación y a los tribunales de apelación, cuyas observaciones fueron publicadas en cinco volúmenes in 4.º, siendo sin demora sometido al proyecto y puesto en discusión según el orden propuesto por la misma Comisión ante la Asamblea general del Consejo de Estado, presidida por el primero o por el segundo Cónsul, después de haber oído a la Sección de Legislación del Consejo de Estado.

En marzo de 1804 (30 ventoso) fueron reunidos en un solo Código los diversos títulos del mismo previamente aprobados, del cual, después de proclamado Napoleón, se suprimieron las expresiones republicanas, dándole el nombre de Código Napoleón, con el cual se le designa aún generalmente, a pesar de que en 1814 se le devolvió el título de Código civil.

Este Código, que innegablemente forma época en la historia de la legislación mundial, tanto por su contextura como por las sustanciales y trascendentales reformas que contiene con relación a la legislación medieval, las cuales en su mayor parte, fueron elaboradas durante los diversos periodos de la Revolución del 79, nada

dispuso de una manera directa y expresa respecto del trascendental problema que nos ocupa. No contiene, ciertamente, ningún artículo que de una manera explícita se refiera a la obligación de conocer las leyes; pero cuando Portalis dirigiéndose a la Asamblea legislativa general del Consejo de Estado para defender la exposición de motivos del título preliminar del Código y refiriéndose a la promulgación de las leyes que establecía y regulaba el artículo 1.º del proyecto que fue aprobado, ya se expresó en términos que no dejaban lugar a duda respecto de lo que es consecuencia de la promulgación de la ley, o sea, su obligado conocimiento y por consecuencia la exclusión de su ignorancia como excusa.

He aquí las manifestaciones de Portalis, que copiamos de la traducción editada en 1839:

“No es preciso que la ley se dirija a cada individuo, ella mira a los hombres en conjunto, no a cada particular, sí a la sociedad en general. Basta pues, que los particulares *hayan podido conocer las leyes: la ignorancia del derecho no excusa*; impútensela a sí mismos si no tienen idea de aquello que han podido y debido conocer: idem est scire, debuisse aut potuisse.”

“En otros tiempos la ley era un enigma, un misterio, hasta que había recibido completamente el ser y la vida. Formada en el gabinete secreto de un príncipe; preparada sin examen público, sin discusión alguna solemne, estaba continuamente oculta al conocimiento de los ciudadanos, y sólo llegaba repentinamente a su vista, si puedo valerme de esta imagen, como un rayo que se desprende de la oscuridad de las nubes.”

“Hoy en día todo ha cambiado; las discusiones y las deliberaciones son conocidas, públicas; se tienen en presencia de la sociedad que las observa, y no las pierde jamás de vista; el legislador no se oculta nunca a sus miradas. Se conocen sus pensamientos antes de que sean encerrados en una fórmula, antes de que sean reducidos a un precepto.”

El término de diez días precede a la promulgación y durante él la ley corre y circula por todas partes del Imperio, siendo ya pública antes de que sea promulgada. Con todo, como entonces no hay más que publicidad de hecho hemos creído ser necesario y garantizar su observancia por esa otra publicidad de derecho que crea el deber eficaz hijo de la promulgación.

Hemos trasladado a estas páginas los transcritos fragmentos del gran civilista francés con el fin principal de dejar debidamente comprobado que el Código Napoleón aunque no contiene un artículo semejante al 2.º de nuestro Código civil, que declare explícitamente la inexcusabilidad que se pretenda fundar en la ignorancia de las leyes, no por eso este principio deja de estar implícitamente en el artículo 1.º del Código napoleónico en cuanto en su primer párrafo establece que “Las leyes serán ejecutorias en todo el territorio francés en virtud de su promulgación”, solemnidad a la cual según el alcance y efectos que le atribuye Portalis en su discurso de pre-

sentación del Proyecto en su parte preliminar, constituye la proclamación cuasi legal, a la manera de interpretación auténtica de que la ignorancia del Derecho a nadie excusa de su observancia y cumplimiento.

Ha sido esta afirmación que nos interesa comprobar, para poder a la vez dejar demostrada esta otra verdad; que la proclamación del indicado principio que se contiene de una manera explícita en casi todos los códigos modernos, comprendiendo el nuestro, no ese otra cosa que fiel trasunto del mismo principio implícitamente contenido en el primer apartado del artículo 1.º del Código civil francés.

Y al mismo tiempo hacer constar que el principio se proclamó de una manera absoluta, cerrada a toda excepción, y ello precisamente en el momento en que se abrió el período de mayor actividad y de un verdadero prurito de reformas legislativas que hacían más difícil el conocimiento de las leyes, hasta por los profesionales del derecho.

Por lo demás; por lo que toca a las otras apreciaciones contenidas en los otros párrafos del discurso de presentación a la Asamblea legislativa francesa que aprobó el proyecto, no podemos dejar de hacer constar nuestra sincera opinión de que si Portalis no hubiese demostrado sus grandes conocimientos del Derecho civil, sería cosa muy dudosa que sus apreciaciones sobre que en *otros tiempos* la ley era un enigma y un misterio hasta que habían recibido el ser y la vida, y que sólo llegaba al conocimiento de los ciudadanos repentinamente, como un rayo que se desprende de la oscuridad de las nubes, sería cosa muy dudosa, lo repetimos, que tales apreciaciones le hubiesen merecido la calificación de *inmortal* que le da el prólogo de la infeliz traducción del Proyecto del Código civil francés. Porque si con tales inculpaciones quiso dar a entender las ventajas del procedimiento legislativo moderno, digámoslo claramente, constitucional, parlamentario y revolucionario, habría tenido que dar alguna explicación por la cual se adivinase, si es que no le fuese posible demostrarla, la superioridad de la codificación moderna sobre la histórica o tradicional cuyas normas fueron con tanta frecuencia aprovechadas y aun copiadas para la elaboración del nuevo código, y en tan gran número que, según el mismo Portalis, el Derecho francés eran las mismas instituciones de Justiniano (véase el aludido prólogo de los discursos traducidos). Y en cuanto se refiere a las modificaciones que la legislación revolucionaria anterior al Código, reproducida en el mismo, y a las que se introdujeron al ser confeccionado dicho cuerpo legal, le habría sido difícil predecir, en aquella atmósfera filosófica y jurídica que respiraba, el desprestigio que algunas de ellas habían de caer después de un poco más de una centuria y de qué manera se habría de volver la mirada al renacimiento de las que habían conseguido una vida más de dos veces milenaria.

En cuanto a los elogios del procedimiento, de la manera de ela-

borar las leyes modernas con sus discusiones y deliberaciones públicas, propia del sistema parlamentario; circunstancia que le hizo afirmar que "hoy día todo ha cambiado", que las deliberaciones y discusiones son conocidas, públicas, que se tienen en presencia de la sociedad que las observa y no las pierde de vista y que el legislador no se oculta a sus miradas; habría tenido que recordar de qué manera se elaboraron la casi totalidad de los textos romanos, así como los del Derecho canónico y sobre todo los del Derecho consuetudinario, y también que el Derecho positivo tuvo su principal elementos en la opinión de los grandes jurisconsultos, las decisiones de casos planteados en la realidad de la vida y en la reiteración de normas espontáneamente adoptadas por el mismo pueblo, atribuyendo a este vocablo su más noble significado.

Y ciñéndonos a nuestro tema, el problema de la ignorancia de las leyes, si Portalis hubiere llegado a alcanzar la longevidad necesaria para poder examinar el libreto de Joaquín Costa, habría tenido ocasión de leer verdades como puños, y aun desplantes propios para producir las más violentas sacudidas sísmicas, contra el principio que de una manera tan absoluta venía implícitamente proclamado en el artículo 1.º del Código cuyo Proyecto, título preliminar, le correspondió defender ante el cuerpo legislativo francés que lo aprobó.

No queremos significar con lo que dejamos dicho que la jurisprudencia calificada de *moderna* en la época de la codificación napoleónica careciese por entero y en todas y cada una de sus innovaciones de todo fundamento de justicia y equidad natural; lo que sí nos atrevemos a decir que ni todas las innovaciones y reformas de que se envanecieron sus corifeos y seguidores, fueron justas y equitativas, ni enteramente beneficiosas para el bien público ni para el de los particulares, ni en aquello en que pudiera estar justificada la reforma estuvo inspirada por finalidades nobles y de una irreprochable rectitud; sino más bien, por lo que se refiere a los iniciadores del ideario enciclopedista, por principios vulnerables, por ser contrarios a toda idea de autoridad, desde la pública a la de la familia, y a toda idea de privilegio, por justa que hubiese sido su concesión desde el punto de vista de la justicia distributiva. Y en cuanto a la gran masa de seguidores, o bien por el deseo de obtener las ventajas políticas o económicas dimanantes de dichas innovaciones, o bien obsesionados por la corriente de la moda, y ofuscados por aquella ignorancia de las instituciones que se combatían, ignorancia que inspiró al canonista Berardi aquella diatriba con que reprochó a los doctores de su tiempo, echándoles en cara que únicamente habían estudiado la jurisprudencia en el mismo título que nos sirve de tema, en el título de *ignorantia juris et facti*.

Nos alejaríamos mucho de nuestro tema si quisiésemos examinar lo que había de justo y lo que era creación artificiosa y errónea en aquellos principios, en aquella orientación de la jurisprudencia reformista de la Revolución del 79 sobre la supresión de la enfiteusis, la de la perpetuidad de los censos, y en general de todas las cargas

que pudieran dificultar la libre circulación de la propiedad inmobiliaria; la limitación de imponer sustituciones fideicomisarias; la del retracto gentilicio; la modificación del sistema de la sucesión intestada; la supresión de la interdicción por razón de prodigalidad; la de la necesidad de institución de heredero en los testamentos y la de institución de herederos de confianza, etc., etc. Y en fin, aquella hostilidad manifiesta a toda idea de feudalidad, de la que se consiguió borrar todo vestigio, con tal aversión que hace necesario un gran valor para llegar a afirmar que no todo era injustificado en tal sistema, ni su origen, ni su desarrollo, ni justificada su cancelación *ex radice* de la vida jurídica.

CODIGOS CIVILES

Repetimos que nos llevaría muy lejos el examen de todas las cuestiones que se podrían plantear en el terreno de la historia del Derecho, o mejor dicho en el de la Filosofía del Derecho histórico; y ciñéndonos a nuestro tema, después de una somera indicación de los Códigos modernos que han establecido el principio de la inexcusabilidad fundada en la ignorancia del Derecho, vamos a llegar a la conclusión de que la regulación del problema por medio de una regla absoluta y sin excepción alguna, en frente de las reglas con que la jurisprudencia antigua lo condicionó, constituye a nuestro entender, en vez de un progreso, una verdadera agravación de las consecuencias del principio de que nos ocupa. Ya que la Jurisprudencia histórica reconocía y regulaba la regla general con las limitaciones y excepciones que reducían la extensión de su aplicabilidad.

De los Códigos civiles que han adoptado el mismo criterio que el de Francia sobre el problema de la ignorancia del Derecho, podemos citar los siguientes:

El de Chile, promulgado en 14 de diciembre de 1855.

Art. 1.º No podrá alegarse ignorancia de la ley por ninguna persona, después del plazo común o especial, sino cuando por algún accidente hayan estado interrumpidas durante dicho plazo las comunicaciones ordinarias entre los referidos departamentos.

En este caso dejará de correr el plazo por todo el tiempo que durare la incomunicación.

El de Portugal, promulgado en 1.º de julio de 1867.

Art. 9.º Ninguém pode eximirse de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto de ignorancia desta, ou com o seu desuso.

El de Uruguay, promulgado en 23 de enero de 1868.

Art. 2.º La ignorancia de las leyes no sirve de excusa.

El de la República Argentina, promulgado en 29 de septiembre de 1869.

Art. 2.º La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley.

Este Código como hacen la inmensa mayoría de sus artículos lo anota con las siguientes citas. I. 3 tit. 14 Part. 5.ª.—Cód. de Luisiana art. 7.—Cód. de Austria, art. 2.—Véase el Proyecto de Goyena (1).

LA PROMULGACION

Para que la ley sea conocida de los súbditos, y por tanto para que no puedan excusarse con la ignorancia de ella, es preciso que el Príncipe, el Soberano, se la dé a conocer, de manera que la promulgación es el requisito correlativo del deber que tiene el ciudadano de estar enterado de la ley. Todas las legislaciones han proclamado que ninguna ley que no haya sido previamente promulgada tiene fuerza de obligar, aun cuando haya sido discutida y aprobada por el legislador y sancionada por quien tiene el poder de sancionarla, ya que nadie está obligado a cumplir disposiciones que no le hayan sido notificadas en la forma y con los requisitos debidos.

Una cosa es la sanción de la ley, y otra distinta es su promulgación.

La sanción tiene un doble significado, uno el que antiguamente se le atribuyó, y que aún se le da, como equivalente a la pena que se impone al infractor de toda ley prohibitiva: "Ideo et legum eas partes quibus poenas constituimus adversus qui contra leges facerint sanctiones vocamus" (Inst. 11-1 párrafo 10); y otro sentido moderno que equivale a la solemne aprobación que le da el poder, a

(1) Se refiere al proyecto que formuló en 5 de mayo de 1851 la Sección del Código civil, y que García Goyena, que no formaba parte de dicha Sección, adornó con unas anotaciones valiosísimas de citas legales del Derecho antiguo y de Códigos modernos y de interpretaciones de un gran valor doctrinal, reconocido reiteradamente con citas que de ellas se encuentran en las anotaciones y comentarios valiosísimos puestos al pie de los artículos de su Código por su autor el egregio juriconsulto Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, a quien su ciudad natal de Córdoba, de la Argentina, dedicó en 1897 un magnífico monumento.

Bien persuadido de la utilidad insuperable de las indicadas anotaciones, habríamos conseguido, con imitar dicho sistema de interpretación casi auténtica, las mismas ventajas si lo hubiésemos adoptado en la confección del anteproyecto de apéndice del Derecho catalán al Código civil, aun cuando dicho anteproyecto no hubiese alcanzado la categoría de ley y se hubiese quedado en la de mero proyecto, pues aún con este carácter, habría tenido un valor doctrinal de que hoy carece, por la circunstancia de que en él están confundidas reglas que tienen su fundamentación en textos legales vigentes con otras normas de nueva formulación que la Comisión Oficial nombrada al efecto —de la cual formábamos parte— entendió de alta conveniencia introducir para atender a las nuevas necesidades jurídicas de este Territorio.

No queremos terminar esta nota sin hacer constar el homenaje de nuestra más profunda admiración y efusivo elogio al gran juriconsulto argentino doctor Vélez Sarsfield, cuyo Código y cuyas anotaciones valiosísimas consultamos con preferencia a los otros códigos modernos siempre que nos vemos obligados a dilucidar alguna dificultad de Derecho civil.

quien corresponde adornarla con este requisito, por medio de la firma bajo la fórmula con que ordena su cumplimiento, o sin fórmula expresa cuando la ley no la exige.

Pero ni aun después de sancionada la ley por el poder soberano, tiene existencia con relación a los súbditos mientras no sea debidamente promulgada o publicada de conformidad y por los medios que el mismo poder soberano tenga adoptados, regularmente en nuestros tiempos por medio de la inserción de ella en el periódico oficial destinado al efecto; en España actualmente en el Boletín Oficial, y en el régimen extinguido en la llamada Gaceta. La promulgación es pues el acto material y solemne en virtud del cual el Poder público da a conocer la existencia de la ley a los súbditos, en el cual fija un determinado plazo a partir de cuya expiración el legislador da por supuesto que la ley es debidamente conocida y que por lo mismo ha entrado en vigor; así pues, que la promulgación y publicación solemne de la ley no son sino una misma cosa.

La promulgación de la ley se ha considerado siempre indispensable para que tenga fuerza de obligar; puede variar su forma y el plazo o término que en ella se establezca para que entre en vigor, pero siempre se ha considerado como un requisito indispensable para que produzca el efecto que sus preceptos o reglas sean obligatorios.

El Código Justiniano en su ley de la constitución 9.^a del título De legibus (1-4) dispuso lo siguiente: *Leges sacratissimae qui constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur*; y termina reservando a la interpretación imperial la fijación del sentido de las leyes oscuras y la corrección de su dureza.

El mismo Emperador en el capítulo I de su nueva constitución (Novela CC) refiriéndose a las leyes relativas a los testamentos dispuso que fuesen obligatorias desde que se hubiesen publicado, fijando el plazo de dos meses a contar de su publicación en la capital, para que obligasen en toda la república: "... sancimus si scripta fuerit hujusmodi lex, hanc post duos mensis dati ei temporis valere, et in republica tractari, sive in hac felicissima civitate, sive in provinciis, post insinuationem sufficienti hoc tempore omnibus manifestam eam constituere...".

Y Juan Voet en sus comentarios a las Pandectas, en el citado título De legibus (lib 1.^o, tit 2.^o) en el número 10, desarrolla el siguiente enunciado: "*Lex passim in locis omnibus promulgata excepto loco uno, loci illius inhabitantes non obligat*". La ley no promulgada no obliga, pues no se consideran obligados a cumplirla u observarla más que cuando ha sido publicada y por tanto no se ignora, de manera que la ley no obliga por igual a todos, pues si una ley o edicto que se haya publicado en toda una región pero no en uno u otro lugar o ciudad en las cuales no se hubiese publicado, no obliga a los habitantes de ese lugar; doctrina que funda Voet en la opinión de algunos intérpretes, y que a nuestro entender únicamente es apli-

cable cuando la ley, como la que se deja antes transcrita, establece un plazo para la totalidad del territorio nacional. Citamos dicha doctrina para corroborar una vez más la necesidad de la promulgación para que las leyes se consideren en vigor.

Pero una vez promulgada, la ley obligaba a su observancia a todos los súbditos de cualquier condición que fuesen, como lo disponía la ley *omnes legibus* (10) del título *De legibus* del Código (lib. 1 título 14, que dice: *Omnes legibus regentur, etiam si a divina domum pertineat*. Todos están sujetos a la ley, aun los que pertenecen a la casa Imperial.

Por lo demás —y volviendo sobre el discurso de Portalis— y tal vez porque no conocemos con la perfección que debió serle conocida a dicho jurisconsulto la legislación francesa anterior a la confección del Código civil de su país, tenemos que confesar que no acertamos a comprender a qué época y a qué procedimientos legislativos pudo referirse, cuando decía al defender el Proyecto del título preliminar del Código Napoleón, y al ensalzar la publicidad con que, ciertamente —no tratamos de negarlo—, fue discutida la indicada labor en el cuerpo legislador.

No acertamos a comprender, lo repetimos, a qué otros tiempos y a qué otros procedimientos legislativos se refería el ilustre miembro de la Comisión encargada de presentar y defender ante la Asamblea General del Consejo de Estado (*Section de législation du Conseil d'Etat*), título por título, los que debían componer aquel Código. Porque suponiendo, como es lógico suponer, que se refería a la legislación francesa anterior a la confección del Código que con justicia se le designó con el nombre del que en aquel entonces era Cónsul y después Emperador, del elemental y tal vez imperfecto conocimiento que tenemos de dicha legislación, no podemos deducir a cuál sector de los dos grandes que la componían se podía referir, con entera justicia se entiende, al atribuirles aquellos *enigmas*, aquellos *misterios*, aquellas ocultaciones o sustracciones al conocimiento de los ciudadanos, y aquel comparar a los rayos que se desprenden de la oscuridad de las nubes, la elaboración de las leyes.

Porque si los indicados defectos los refería o atribuía a la legislación romana, base fundamental de la legislación francesa, el solo recuerdo de los elementos que la componen y la sola lectura de los prefacios a la compilación primera de las constituciones imperiales, así como el puesto al Digesto, al igual que el que precede a la Instituta y a la segunda edición del Código de Justiniano, pone al margen de las transcritas apreciaciones, tan apasionadas como injustificadas, formuladas por el jurisconsulto francés, referentes a la manera de legislar de otros tiempos. No sería justo atribuir a la compilación primera de las Constituciones imperiales ni enigmas, ni misterios, ni cautelosas ocultaciones hasta el momento de su promulgación, cuando el Código de Justiniano no fue otra cosa que una compilación de cons-

tuciones anteriores expurgadas de repeticiones, contradicciones y defectos, como se lee en el proemio de la segunda edición del Código, con estas palabras: “Así hemos corregido y compendiado el prolijo cúmulo de leyes antiguas; y con nuestras instituciones y Digesto presentamos el Derecho antiguo expurgado e ilustrado”. Con cuya finalidad legislativa queda fuera de toda duda la imposibilidad, por lo que se refiere al elemento romano de la legislación francesa, de que en su elaboración hubiesen concurrido las circunstancias referidas; ya que ninguno de los elementos de la legislación romana pudieron ser producto de secretas intenciones ni de súbitas e inesperadas o desconocidas ordenaciones, puesto que sólo se trataba de reunir lo que estaba disperso, de suprimir lo que era contradictorio o defectuoso y de facilitar el estudio de dichos elementos a la juventud estudiosa. Y respecto de las nuevas Constituciones, muchas de ellas no eran otra cosa que, como dice el Prefacio, resolución de casos concretos y dudosos: “se nos dirigen —decía el Emperador— reclamaciones de todas partes, sobre las cuales vamos a ordenar lo más conveniente. Es cierto —añadía— que las Constituciones que se nos han propuesto, en parte se hallan resueltas por las leyes existentes, que habiendo atendido a todos los casos posibles, son bastantes para el bien común (en lo que es necesario). No obstante, creemos oportuno promulgar una ley y preceptuar a nuestros pueblos principios que, ejecutorios por sí mismos, puedan llevarse a efecto sin orden imperial.”

Las alusiones a *otros tiempos* no podían pues, referirse a los procedimientos legislativos con que fueron realizadas las compilaciones de que consta la legislación romana, que constituía una de las dos fuentes, uno de los dos principales elementos de la legislación francesa anterior a la revolución del 79.

Veamos si el *Droit coutumier*, el otro elemento del Derecho francés de la misma época, pudo ser el aludido por el prenombrado defensor del sistema codificador de Francia.

Por escaso y fragmentario que sea el conocimiento del indicado sector de la legislación francesa, y nosotros confesamos otra vez que no tenemos de él, más que las someras noticias que hemos adquirido con la lectura del libro de M. Esbach “Introduction générale à l’Etude du droit” (apartado 182 al 184, 3.^a edición, París, 1856), en donde hemos podido examinar además de la copiosa bibliografía del “Droit coutumier” francés, integrada por obras, algunas de las cuales figuran en el catálogo de la valiosísima biblioteca de nuestro Colegio de Abogados, bajo el epígrafe de Derecho consuetudinario, tales como las de Giraud, Oraurto, Pothier y Tardif y de otros varios nombres que habíamos podido ver estampados en historias del Derecho, y entre ellos el de Charles du Moulin al cual el prenombrado Esbach califica de “le plus profond commentateur du Droit coutumier, appelé par ses contemporains, le Prince des Jurisconsultes”.

Pues bien; de la ligera lectura del citado Autor, se desprende que el *Droit coutumier*, como su calificación misma indica, no era sino la compilación de las costumbres conservadas y transmitidas por la tra-

dición y por la jurisprudencia que se observaban en gran número de comarcas de Francia, cada una de las cuales tenía las suyas; y que después fueron escritas bajo el control de la autoridad real, las cuales fueron abrogadas en bloque por el artículo 7.º de la ley de 30 ventoso del año XII, juntamente con el Derecho romano.

Con lo dicho bastaría para tener el convencimiento más seguro y pleno de que la diatriba de Portalis, las alusiones tan poco lisonjeras que dedicó a los procedimientos legislativos de *otros tiempos*, no pudieron tampoco referirse al *Droit coutumier*. Sería inferir agravio al mismo Portalis el dudar siquiera que pudiera pensar en achacar al *Droit coutumier*, a un Derecho elaborado con la repetición de actos y sancionado por el consentimiento libre y espontáneo de los mismos pueblos que lo observaban, aquellos defectos que atribuyó al sistema legislativo de otros tiempos, en la misma ocasión en que profiriera tan desmesuradas alabanzas al procedimiento legislativo con el cual se confeccionó el Código civil francés, que ha servido de modelo a la generalidad de los Códigos modernos, tanto por lo que toca a muchos de sus preceptos, como por lo que se refiere al procedimiento para elaborarlos.

El contraste sería tanto más injusto si se refiriese al Derecho consuetudinario de la Francia medieval, si se tiene presente que la costumbre es la fuente legislativa de procedencia y formación más indiscutiblemente y más irreprochablemente democrática; más espontánea y libre y más pública, aunque menos sometida a solemnes y espectaculares deliberaciones.

Y aún es de observar, que si las alusiones que nos ocupan y que tenemos interés en remarcar, aunque no fuese más que por el de desvanecer aquella imputación de clandestinidad, queda una injusta apreciación, si se quisiese atribuir, no a las costumbres mismas, sino a la redacción oficial que a ellas se les dio en el siglo xv para evitar los muchos y notorios inconvenientes que llevaba consigo su multiplicidad y diversidad, redacción a la cual se procedió en virtud de una ordenanza dada por Carlos IX en 1453, bastaría para rechazar la aplicación de las alusiones a otros tiempos de que nos hemos querido ocupar con insistencia, por el interés que les concedemos, el examen del procedimiento empleado para realizar la redacción oficial de dichas costumbres, y que transcribimos literalmente del libro de Eschbach:

“Ce travail occupa d’une manière plus ou moins active les règnes de Louis XI, Charles VIII, Louis XII, François I, Henri II, et ne fut achevé que sous Charles IX. La teneur de chaque coutume fut arrêtée dans une assemblée locale des représentants des trois ordres de chaque province, en présence des commissaires du roi. Soumises ensuite à l’examen du grand conseil et enregistrées par le parlement, elles furent promulguées par l’autorité royale, et défense fut faite aux juges et avocats d’en appliquer et invoquer d’autres.”

Nadie nos negará que existe alguna diferencia entre las garantías de tiempo empleado y de la intervención del pueblo que concurrieron en la realización de la explicada compilación y aquellas circunstancias

que Portalis atribuyó a la manera de legislar en los tiempos anteriores a la codificación napoleónica.

Nadie podría afirmar que ni las leyes romanas compiladas en el Corpus y las costumbres recopiladas en redacción oficial sancionada por Carlos IX de Francia, fuesen un enigma ni un misterio hasta el momento de su promulgación, ni que hubiese llegado al conocimiento del pueblo repentinamente y como un rayo que se desprende de la oscuridad de las nubes.

JOAQUIN COSTA Y EL PROBLEMA DE LA IGNORANCIA DE LAS LEYES

Tal vez parecerá excesiva la anterior digresión; pero téngase en consideración que la codificación napoleónica, sobre constituir el punto de partida de la época en que una multitud de normas legales nuevas o entonces recientemente adoptadas, constituyeron un cuerpo del Derecho civil que pretendió diferenciar el régimen jurídico del anterior a él, y que, tal vez sin pretenderlo, vino a señalar el camino para que casi la totalidad de los pueblos civilizados, imitando al de Francia, codificasen al estilo del francés, su legislación civil. Y no se olvida que en la materia que constituye y que se refiere a nuestro tema, instauró el Código Napoleón el criterio de imponer sin excepciones ni limitaciones de casos ni de personas la obligación de conocer las leyes, y, como consecuencia, la presunción legal de que las leyes son de todos conocidas. Presunción cuya rigidez pudo contribuir a que el pensamiento de Costa hiciese ver la realidad contraria; y a que por los arrestos innovadores y el temperamento indisciplinado de aquel pensador, llegase a formular la siguiente diatriba:

“Es sabido que uno de los más firmes fundamentos de las sociedades civilizadas viene siendo, desde hace más de dos mil años, una presunción *juris et de jure* que constituye un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia: esa base, ese cimiento de las sociedades humanas es la que se encierra en estos dos conocidos aforismos heredados de los antiguos romanistas: 1.º A nadie le es permitido ignorar las leyes (*nemini licet ignorare jus*). 2.º En su consecuencia, se presume que todo el mundo las conoce, por lo cual, aunque resulte que uno las ignoraba, le obligan lo mismo que si las hubiese conocido (*nemo jus ignorare censetur; ignorantia legis neminem excusat*).” Y a continuación añade en contraposición a las antes expresadas presunciones, las tres negaciones siguientes: “*Primera*: Nadie conoce todo el Derecho; sólo una insignificante minoría de hombres sabe una parte, y no grande, de las leyes vigentes en un momento dado. *Segunda*: es imposible que la mayoría, y aun esa minoría misma, las conozca todas. *Tercera*: la presunción conforme a la verdad de los hechos, conforme por tanto a la razón, a la

justicia y a la lógica sería cabalmente la inversa: que nadie conoce las leyes, como no se prueba lo contrario...”

Y en corroboración de sus tres proposiciones contrarias a la presunción legal de que todo el mundo conoce la ley, ya que la obligación de conocerla a todos se impone, añade las siguientes consideraciones:

“El pueblo —dice— ignora y tiene que ignorar las leyes, fuera de aquello que vive en las prácticas de la familia, de las localidades o de las regiones. En eso estriba verdaderamente la cuestión: en que aun redactadas las leyes en la lengua nativa del pueblo, el pueblo no puede aprenderlas, ni aun enterarse de su existencia, cuanto menos dominarlas, concordarlas y retenerlas en la memoria: añádase que aun cuando tuviera noticia de su existencia, y tiempo y gusto para leerlas, no las entendería, porque su léxico es seis u ocho veces más rico que el del *sermo plebeius*, formado por éste sólo—aun omitidas otras circunstancias—, tales como la del tecnicismo como un habla diferente. En suma de todo: que para la gran mayoría de los castellanos, asturianos, extremeños, aragoneses, murcianos o andaluces, lo mismo que para la gran masa de la región catalana o levantina o del país vasco y gallego, escribir las leyes en castellano, vale tanto como escribirlas en griego, en chino o en latín.”

Y después de desechar las soluciones del problema propuesto por algunos escritores (Menger, Livingston y otros) consistente, una, en declarar obligatoria la enseñanza del Derecho, y otra, la posesión obligatoria de las colecciones legales (!!!!), decía Costa: “Digámoslo de una vez: supuesto un estado legal como el nuestro, el principio *nemine licet ignorare jus* con sus derivaciones, es incompatible con toda otra ocupación o profesión social que no sea la del Derecho; incompatible por tanto con la vida.”

Y siguiendo por el camino que le conducía a las lógicas conclusiones, verdaderamente anárquicas, de los principios expuestos, decía Costa:

“Transición, ¿*sin leyes?*: acaso el problema no fue bien planteado en sus orígenes, y en vez de decir que el pueblo está obligado a conocer y cumplir todas las leyes, deban invertirse los términos, diciendo que no son verdaderas leyes, sino aquellas que el pueblo conoce y refrenda cumpliéndolas, traduciéndolas en sus hechos.”

Realmente, es muy cierto y muy lamentable la frecuencia con que las más robustas inteligencias, son las que padecen los más enormes extravíos.

A nuestra insignificante manera de ver, la teoría de Costa referente al que él llama problema de la ignorancia de las leyes, adolece de un error inicial, consistente en los términos en que lo plantea. Es cosa frecuente que el defectuoso o erróneo planteamiento de una cuestión, conduzca a consecuencias las más inadmisibles y disparatadas; y en nuestro caso, la rectificación sobre la manera de plantear la que nos ocupa, ha de consistir en sentar que no se trata de que el verdadero problema no haya sido bien planteado en sus orígenes, sino

precisamente en sí en los *verdaderos orígenes* del problema, éste se planteó como supone Costa. En otros términos, hay que rectificar no los que dice Costa, sino los que pueden originarse de los que se derivan de las leyes mismas que exigen el conocimiento del Derecho: que en realidad no son los mismos, sino que son muy diferentes.

Porque la ley no ha exigido nunca que el pueblo —léase los súbditos, o si se quiere, los ciudadanos— esté obligado a conocer todas las leyes, sino que se limita a sentar que su ignorancia no le puede servir de excusa; excusa que presupone algún acto determinante de alguna responsabilidad o de alguna obligación respecto de las cuales no le será lícita al súbdito ampararse, defenderse o excusarse en el desconocimiento de las leyes, cuya existencia y sobre cuyo sentido o alcance, si no tiene *in actu*, o no puede tener por sí los conocimientos necesarios para cumplir sus deberes o salvaguardar sus derechos, puede remediar su ignorancia, reclamando la asistencia de los profesionales de la jurisprudencia o de cualquiera otra persona, que, aun careciendo de tal circunstancia pueda darle a conocer lo que ignora y lo que la ley le obliga a conocer; es este el sentido, o sea, el de que el hecho de su ignorancia no le puede servir de excusa.

Suponer que haya habido alguna ley o algún legislador que haya obligado, no digo a todos los hombres, sino a un súbdito, a conocer y a entender por sí todas las leyes, o a retenerlas en la memoria, siempre y en todo momento, es cosa tan alejada de la realidad, como las consecuencias, más que anarquizantes, verdaderamente estrambóticas, que entrañan las premisas y las conclusiones que Costa estampó en su discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, disertación académica bajo el título de “El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el *status* individual, el *referendum* y la costumbre”.

La simple enunciación de tales doctrinas, llevan consigo la repulsa de quien esté desposeído de la obsesión de despertar la admiración y el aplauso y de conquistar la categoría de super-hombre, que a tantos intelectuales ha desviado, inspirándoles teorías radicalmente desviadas del sentido común. El rústico más ignorante a quien le propusiesen las enormidades a que Costa fue llevado por aquél “*¡más difícil todavía!*” de sus lucubraciones, se le habría ocurrido, aun ignorando su fórmula o enunciación latina, aquella máxima que es del dominio, lo mismo del sabio que del ignorante, “a lo imposible nadie está obligado”; y se le habría ocurrido, además, por limitados alcances que se le quisiesen suponer, que era falsa una teoría fundamentada en un supuesto tan absurdo como el que consiste en afirmar que desde hace más de dos mil años, la sociedad civilizada encuentre uno de sus más firmes fundamentos en una presunción “que constituye un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia”; ¡más de dos mil años de sufrir una tiranía, la más grande que se haya ejercido jamás en la historia!, y sufriendola resignadamente, pacíficamente, sin protestas violentas por la sociedad, sin excepción de países ni de épocas, en todos los tiempos,

hasta llegar a la protesta airada que Costa exteriorizó en el mencionado discurso.

No; el problema no es éste. El verdadero problema no dimana ni consiste en el supuesto fantástico de Costa; sino del real, o sea, del que dimana de la obligación de que todos estamos obligados no a saber y a entender todas las leyes, sino de conducirnos guiando nuestros actos de naturaleza y trascendencia jurídicas, de conformidad con la ley, respetando y cumpliendo lo que la ley tiene ordenado y acatando la voluntad del legislador, al cual no se le puede dirigir la pregunta que Costa pone en boca del pueblo, cuando le supone presentando la costumbre como fuente de ley: "Y a ti ¿quién te presenta, oh legislador?"; pregunta que el legislador ha contestado y contestará siempre mientras la sociedad humana subsista, con sus propios hechos: ¡legislando!

El verdadero problema consiste en determinar y pensar hasta qué límites y con qué condiciones y respecto de qué situaciones y a cuáles personas y sobre qué clase de actos tiene el súbdito o el ciudadano la obligación de saber, o de informarse si no lo sabe, que es lo que ha ordenado la ley respecto de los actos determinados que le convenga o necesite realizar o que haya realizado ya.

Problema que es, ciertamente, más complejo que el que de una manera tan absoluta lo planteó y resolvió Costa con su del todo original teoría; pero que entraña soluciones de enorme trascendencia.

CALDERON Y DEREUX

Entre estas dos últimas maneras de resolver el arduo problema de la ignorancia del Derecho, o sea, entre el sistema de los Códigos napoleónicos y el de Costa, uno y otro de un radicalismo extremado; entre el sistema vigente del art. 2.º de nuestro Código civil, que establece como norma absoluta la presunción *juris et de jure* de que todos los ciudadanos tienen conocimiento de todas las leyes; y el del extremo contrario, que parte del supuesto de que no hay ninguna persona que tenga conocimiento de todas las leyes y que son muy pocos los que conocen una pequeña parte de ellas, se han ideado otras soluciones, aparte de las que adoptó el Derecho romano.

En la Revista General de Legislación y Jurisprudencia correspondiente al año 1885 —y llamamos la atención de que se trata de un artículo publicado con anterioridad a la promulgación del vigente Código civil— Alfredo Calderón, publicó un estudio sobre este problema, en el cual después de resaltar las deficiencias del sistema de promulgación de las leyes para que por medio de ella todos los ciudadanos puedan adquirir el debido conocimiento de ellas, promulgación

que para el articulista no es sino una mera fórmula si es que no resulta una ficción legal; dice, que si es un principio el de que la ley para ser obligatoria haya de ser conocida, no lo es menos el de que todo deber implica el derecho a los medios necesarios para cumplirlo, ya que a lo imposible nadie está obligado, y que incumbe al Estado, en provecho de cuyos fines se impone, en definitiva, la obligación de hacer desaparecer la imposibilidad.

Y luego añade: “Para que el deber del Estado sea plenamente cumplido, no basta que trocando en una verdad la promulgación de la ley, se logre hacer llegar a conocimiento de los ciudadanos sus prescripciones a medida que van siendo declaradas; es menester, además, que se faciliten a todo individuo, los medios de conocer el derecho vigente, aun el ya antiguo constituido antes de que llegue a la edad en que la ley reconoce su plena capacidad para el libre ejercicio de los derechos civiles. Esta especie de promulgación retrospectiva, si vale la expresión, no puede revestir otra forma que una enseñanza sistemática del Derecho patrio. Incumbe sin duda al Estado el dar esta enseñanza, así como a todos los ciudadanos, sin excepción, la obligación de recibirla. Y he aquí cómo el problema tan debatido en nuestros días de la enseñanza obligatoria, se resuelve —por lo que respecta al menos a la enseñanza del Derecho— de una manera definitiva. En tanto que esto no se haga, la justicia exige que la alegación de ignorancia sea en todo caso lícita. La suposición del conocimiento de la ley, no puede constituir sino una presunción *juris tantum*, contra la cual cabe, por consiguiente, aducir prueba.

“No se nos ocultan los infinitos peligros que esta solución entraña y las perturbaciones que de ella puedan nacer para el orden social y jurídico. Bajo la apariencia mentida de una sencilla ignorancia, el fraude intentará y logrará sin duda, no pocas veces, esquivar la observancia de las leyes, y como dice a este propósito un distinguido expositor de nuestro derecho, de admitirse la posibilidad de la excepción, “el uno por enfermo, el otro por ausente, el otro por inexperto; el uno por muy joven, el otro por muy decrepito, ¿quién será el que no halle un pretexto para disculpar sus faltas? Mas estos peligros que indican la existencia del mal y la extremada urgencia del remedio, no pueden ser legítimamente invocados para justificar esa exigencia de la ley, que consiste en declarar siempre obligatorio lo que es muchas veces imposible.”

El mismo escritor, en una nota que pone al pié de sus consideraciones, dice;

“El mismo Derecho romano, a pesar de la proverbial inflexibilidad de sus principios, no pudo menos de reconocer la existencia de casos de excepción en que la situación particular de la persona pudiera justificar su desconocimiento del Derecho”. Y añade a continuación: Estas excepciones, comprendidas en la ley 1.^a del Código —sin citar el título de *Juris et facti ignorantia* ni las leyes del Digesto del mismo título— fueron transcritas en la 21, tít. 1 Partida 1.^a. Circunstancia ésta que, habida consideración a que el citado autor

publicó sus lucubraciones con anterioridad a la publicación del Código civil, que es el cuerpo legal que proclama en términos absolutos la regla de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, parece que el Sr. Calderón debió discurrir a base de la ley de Partidas y, por ende, del Derecho romano que admitió excepciones a la regla, y no como si ella fuese absoluta y sin excepción.

Algo, y aun *algos*, tenemos que añadir a la anterior observación, que nos separa de la teoría de D. Alfredo Calderón; pero nos parece más oportuno hacerlo después de aportar al presente estudio la tesis que tiene con la anterior algunos puntos de contacto, defendida por G. Dereux en su "Etude critique de l'adage "Nul n'est censé d'ignorer les lois", publicado en volumen correspondiente al año 1907 de la Revista francesa que lleva por título "Revue trimestrelle de Droit civil" (vol. 50, pág. 68).

Dereux iniciaba su juicio crítico referente al adagio que le sirve de tema para su disertación, aportando a ella, con una de esas ingeniosas agudezas tan propias del *esprit* francés, el título de una de las más graciosas farsas de Molière, diciendo: "Le medecin malgré lui" decía, n'existe que dans la comédie; le juriste malgré lui, doit-il exister dans la réalité? sera-t-il donc censé connaitre toutes les lois, l'étudiant qui vient d'échouer à son premier examen de droit, et même le paysan illettré qui ne parle qu'un obscur patois, et même l'étranger que traverse accidentellement la France sans savoir le français?".

Y como si hubiese leído la cuestión planteada por el articulista español antes citado, la plantea en el mismo ámbito de si la presunción legal del adagio que comentaba se había de considerar *juris et de jure*, o solamente la racional *juris tantum*, o sea, si se trataba de una presunción *refragable* o *irrefragable*, y pregunta: "est-il vrai que nul ne soit jamais à prouver une ignorance (ou une erreur) relative à une loi autre qu'une règle interpretative?".

Y después de citar el artículo 1.º del Código francés y la máxima con la cual Portalis lo defendió: "C'est même chose d'avoir connu la loi, ou d'avoir pu la connaitre", cita los artículos 1.110, 1.299 in fin 1.376, 1.377, 2.265 y el 2.279 en comprobación de la existencia de excepciones a la consabida máxima.

Pero basta la simple lectura de los artículos citados para convencerse de que no autorizan excepciones al principio de que nadie se considera ignorante de las leyes, sino que regulan casos en que el error o la ignorancia no recaen sobre el precepto legal mismo, no sobre el Derecho o la ley, sino sobre los hechos causantes o determinantes del mismo.

El error que vicia el consentimiento en los contratos (art. 1.109) es el sustancial que recae en el objeto del convenio, en la cosa (por ejemplo, el que compra un objeto creyendo que es de plata, siendo de bronce plateado). El de derecho consistiría en el que incurriera el vendedor creyendo que había realizado una venta válida en el caso supuesto; y así podríamos decir lo mismo en lo referente a los artículos 1.376 y 1.377 sobre las obligaciones del que cobra lo que no

acredita y del que paga lo que no debe; cuyo error o ignorancia no recae sobre preceptos legales de dichos artículos, sino sobre el hecho determinante de la *inexistencia del derecho* a cobrar o de la *no obligación* de pagar. El error de derecho consistirá en la creencia de que a pesar de constarles a uno y a otro su falta de obligación, creyeron haber realizado un acto no sujeto a las consecuencias de la ley. Y así de los demás artículos, cuyo análisis nos llevaría a la misma conclusión de que no constituyen excepciones al principio que estamos estudiando y que ha conducido a sus comentaristas a tan peregrinos sistemas de crítica y a argumentos tan sorprendentes para impugnarlos.

El mismo Dereux, atribuyendo al precepto legal, verdadero principio fundamental de toda legislación, trata después de proponer la conversión de la regla en una mera presunción *juris tantum* (presumption refragable), como lo hacía el señor Calderón, llevado de su empeño en rechazar el verdadero alcance de dicho principio. Por lo demás, Dereux dio muestras de un talento nada vulgar y de un espíritu dialéctico formidable en el estudio que examinamos y llega a sostener la identidad de consecuencias entre el error de hecho y el de derecho a los efectos de delimitar la órbita del principio, que, según dejamos explicado anteriormente, se encierra implícitamente en el artículo 1.º del Código civil francés, principio que explícitamente formula el artículo 2.º de nuestro Código diciendo que “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”.

Y como otra circunstancia que hacen semejantes las consideraciones que inspiran a ambos publicistas, Calderón y Dereux, vale citar la coincidencia de ambos en demostrar —lo que no necesitaba demostración—, o sea, las dificultades, mejor dicho, la imposibilidad de que la presunción de la regla dicha, en el sentido en que uno y otro la interpretan, coincida con la realidad; es decir, que todos los ciudadanos, sin excepción de clase alguna, conozcan, en un momento dado, todas las leyes de sus respectivos países; haciendo ver el jurista francés en una descripción pintoresca los catastróficos efectos de que todo el mundo se dedicase al estudio de las leyes... para llegar a un resultado tan fragmentario o incompleto que casi puede equipararse a la ignorancia total.

Con una diferencia entre Dereux y Calderón: que el primero argumentaba *ab absurdum* contra la regla; mientras que Calderón creía encontrar, con ocasión de la presunción legal que nos ocupa, a la cuestión que se agitaba en su tiempo sobre el problema de la enseñanza obligatoria; una solución definitiva!

Y hemos de declarar que la manera tan sorprendente como extraña con que se ha tratado de resolver modernamente el árduo problema, problema que Costa calificó de problema de la ignorancia del Derecho, produce en nuestro ánimo una impresión de descorazonamiento y de temor que nos inspira un invencible recelo de pensar si, al intentar exponer nuestras observaciones sobre el mismo, podemos caer en extravagancias de tamaño calibre de las que dejamos expuestas, peligro

que nos parece tanto más de temer, cuando comparamos nuestra mediocridad con el renombre que en otras ocasiones han merecido los trabajos de los prenombrados publicistas.

Pero, por otra parte, nos anima a impugnar sus extremadas teorías, la claridad con que nos parece percibir la causa inicial de los errores que entendemos que ha incurrido al tratar de esta cuestión.

En primer lugar, el error fundamental que ha llevado a combatir la obligación que impone la ley de conocer el Derecho y a poner de manifiesto la imposibilidad y las consecuencias absurdas de tal obligación, y, por tanto, la injusticia manifiesta de tal exigencia, consiste en haber olvidado que las legislaciones de todos los tiempos, a partir de la de Roma, hasta llegar a los tiempos actuales con los códigos modernos, al establecer el principio de la obligatoriedad de conocer las leyes, y, por consecuencia, el no admitir como excusa la ignorancia del derecho, han acompañado explícita o implícitamente a dicho principio el otro que constituye su complemento, a saber, el de que el tener conocimiento de las leyes, o el poderlas conocer, se consideran idénticos a los ojos del Legislador, y, por ello, que, desde que la Ley es promulgada o publicada, todo ciudadano tiene la posibilidad de conocerla y de entenderla, sino por su propio cuidado y sus propias luces o entendimiento, por mediación de quienes tengan los correspondientes medios y los necesarios estudios; de ahí deriva que todas las impugnaciones que se han hecho del principio que nos ocupa y todas las demostraciones de la imposibilidad de que todos los ciudadanos conozcan todas las leyes de su país, o lo que es igual, que la ley suponga que las conocen, constituyen más que razonamientos serenos, declamaciones de una inanidad manifiesta y ataques a un fantasma imaginario y no a una realidad tangible, ya que si es fácil demostrar la imposibilidad, por otra parte tan manifiesta como notoria, de que todos, ni nadie puede conocer toda la legislación de un país determinado, nadie podrá negar que todos pueden llegar al conocimiento de la ley, una vez promulgada, en los casos en que a cada ciudadano le convenga o necesite conocerla y entenderla. Repárese que hablamos de *posibilidad*, con lo cual no queremos negar la dificultad que en muchos casos presente un acertado asesoramiento en las cuestiones intrincadas.

Esta interpretación del precepto que nos ocupa, que ya le daba la antigua jurisprudencia con la máxima deducida de la ley Si Titius (48) proemio ff. de Fideius, y que, al iniciarse la codificación moderna, proclamaba Portalis solemnemente en la defensa antes referida del artículo 1.º del Código civil, cuando decía: “C'est même chose d'avoir connu la loi ou d'avoir pu la connaître”, habría apartado a los comentaristas de la regla que tratamos, de explayarse atacando con bríos merecedores de mejor empleo las deducciones verdaderamente absurdas que de ella se desprendían al suponer que el legislador, al apoyarse en dicha regla, exigía que todo el mundo fuese un acabado jurista y omnisciente en Derecho.

Ni tan siquiera los aludidos comentaristas habrían tenido nece-

sidad de tener presente la antes expresada máxima, para abstenerse de razonar contra la presunción legal que estamos estudiando con las indicadas arremetidas a los molinos de viento que se les antojaron gigantes monstuosos, o como decía Costa de dicha presunción que constituía “un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia”. Les habría bastado fijar su atención en la antigüedad, persistencia y universalidad de su aplicación, para hacerles pensar que no era posible que lo que contaba con una longevidad de más de dos mil años, y que se había aceptado por todas las legislaciones del mundo, no podía constituir ni un escarnio, ni una tiranía, la “más grande que jamás se haya ejercido en la historia”. Y que un precepto tan venerable por su antigüedad, no podía interpretarse con suposiciones tan estrambóticas y ridículas como la de que todos y cada ciudadano hubiese de ser *malgré lui* un acabado jurisconsulto, ni que con tal principio se presupusiese el establecimiento de la enseñanza obligatoria del Derecho. Los aludidos comentaristas no habrían tenido necesidad, repetimos, de recordar la máxima complementaria del deber de conocer el Derecho o la no aceptación de su ignorancia como excusa. Les habría bastado con fijar su atención en lo que ocurre en la realidad de la vida y observar que la multitud incontable de personas que viven su vida sin que tengan necesidad alguna de hacer investigaciones recónditas de los preceptos legales que les interesen, ya que de los más elementales y necesarios tienen personal noticia o se la facilitan en los centros oficiales que funcionan para la realización y formalización de los actos más frecuentes de la vida ordinaria. Y habrían tenido que reconocer que cuando se presenta algún caso dudoso o la temible perspectiva de alguna contienda, con qué espontaneidad el interesado acude al jurista en demanda de sus luces y asistencia, como el enfermo acude al médico, o como se busca la intervención de algún artesano para los menesteres de la vida, sin que se le haya ocurrido a nadie, que se sepa, que la obligación inexcusable de conocer el Derecho o la ley fuese una carga que hubiese de ser el interesado mismo quien la tuviese que sobrellevar, salvo en lo que se refiere, no siendo pobre, con la justa retribución de la indicada asistencia.

Y meditando sobre estas realidades seguramente que a nadie se le habría ocurrido discurrir sobre tiranías y sobre consecuencias de nuestro principio legal que tienen mucho más de risibles que de trágicas y se habrían convencido que tales declaraciones, si no estaban orientadas a minar los fundamentos más hondos de la sociedad, carecían de toda justicia y de toda razón.

Porque es innegable que —salvando las intenciones— todo ataque al principio que proclama que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, coloca a la ley en una situación precaria, lo mismo y por lo mismo a los intereses de orden público, de los que es la más formal y fundamental garantía, subordinándolos a los del interés individual que, por el contrario, deben estar subordinados a los primeros; inversión jerárquica absolutamente incompatible con el pre-

tendido derecho de ignorar las leyes, del cual con lógica indeclinable dimana el derecho de dejar de cumplirlas.

Los que no han sabido, o mejor dicho, no han querido ver en la obligación impuesta a todos los súbditos de una nación de conocer el Derecho, otra cosa que una tiranía, “la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia”, como dijo Costa en su afán de encontrar argumentos justificantes de sus violentas diatribas, han citado un caso como ejemplo —los ejemplos son muy eficaces para las demostraciones de las proposiciones teóricas, siempre, se entiende, si no son susceptibles de demostrar cosas opuestas o distintas—, como ejemplo, digo, de las consecuencias a que puede llevar la presunción que todas las legislaciones han venido estableciendo y que seguirán siempre imponiendo, de que todos los ciudadanos conocen el Derecho, y que, por tanto, nadie puede excusarse de obedecer la ley so pretexto de ignorarla.

El ejemplo lo refirió Alfredo Calderón en el artículo que anteriormente dejamos extractado y comentado: Joaquín Costa lo copió en su citado libro “La ignorancia del Derecho”; y nosotros lo trasladamos a estas páginas para exponerlo a la consideración de nuestros lectores. Dice así:

“Recibió un sujeto una herencia sin acogerse al beneficio de inventario: acudieron los acreedores, y, practicada la liquidación, resultó en definitiva alcanzado el heredero en una cuantiosa suma. Mal avenido con esto y deseando salir de la dificultad, consultó con un letrado. “Pero, ¿cómo no aceptó usted la herencia —le dijo éste— a beneficio de inventario? Porque no sabía que existía semejante cosa, explicó la víctima. Pues debía usted haberlo sabido, porque todo ciudadano tiene obligación de conocer las leyes. Pues mire usted, tampoco eso lo sabía.” Y añade el autor: “¿Qué contestación más elocuente puede dar el sentido común a todas las abstracciones y sofismas de la escuela?”

Al prenombrado autor, cuya opinión fue avalada por Costa, no se le ocurrió, ante el ejemplo citado, otra cosa que cargar sobre la presunción legal de que la ley es de todos conocida, las consecuencias de la ignorancia de quien, más por una indolencia indisculpable, que por una ignorancia invencible, resultó perjudicado por haber aceptado una herencia sin utilizar el tan conocido beneficio de inventario. No se le ocurrió ni a Calderón, que citó y comentó el citado caso, ni a Costa que lo avala, que se trataba de una ignorancia tan supina respecto del derecho como del hecho de las tan cuantiosas deudas de la herencia, que utilizarlo para ir socavando lo que el mismo Costa confesó ser “uno de los más firmes sostenes de las sociedades civilizadas”, fundamento sin el cual, añadimos nosotros, no se concibe la existencia de sociedad alguna, sin leyes ni gobiernos que las rijan.

A cualquiera otro que no hubiese estado tan poseído de la obsesión, tan saturado del espíritu de hostilidad contra toda ley, dire-

mos mejor, ya que sin la presunción de que son conocidas no se concibe la obligación de observarlas y obedecerlas; a cualquiera inteligencia menos robusta, como se ha calificado la de Costa, pero más ecuánime y serena, se le habría podido ocurrir para remediar las desagradables consecuencias del caso, sugerir la modificación de la ley en el sentido de declarar, por ejemplo, que todas las aceptaciones de herencia se entendiesen hechas a beneficio de inventario. Bien que una proposición tan morigerada, no habría producido los efectos de la inspirada por tan tremendas finalidades, orientadas a despertar la admiración y conseguir el aplauso de determinados sectores sociales.

Y como final observación al infeliz ejemplo, nos permitiremos contestar la pregunta formulada a la manera de moraleja del caso, diciendo a su autor, que más elocuente, mucho más elocuente, que la contestación de aquel ignorante del beneficio de inventario (ignorante, además, del hecho —*ignorantia facti*— de que en la herencia con que el difunto causante le quiso “favorecer”, las trampas eran tan cuantiosamente superiores al activo), más elocuente que la sinrazón de tanta ignorancia, habría sido una sencilla advertencia y un caritativo consejo; advirtiéndolo que para vivir en sociedad es necesario someterse a las leyes que constituyen la garantía de su existencia, o, como dijo Costa, uno de sus más firmes fundamentos, y entre dichas leyes la que impone el deber de conocerlas, o por sí, o por la asistencia de un conocedor de ellas; y aconsejándole que, si no quería conformarse con estas obligaciones, se ocupase en descubrir algún país salvaje en el cual no hubiesen leyes que cumplir, o, que si las hubiese, pudiese zarfarse de cumplirlas alegando simplemente no conocerlas o no quererlas conocer.

Porque lo más sorprendente del caso no está en la anéctoda, ni tan siquiera, en el diseñado con que su protagonista le puso fin; lo que causa más admiración es la reflexión que le sugirió al autor que la aportó para reforzar sus doctrinas: “¿Qué contestación más elocuente puede dar el sentido común a todas las ficciones de la ley y a todas las abstracciones y sofismas de la escuela?” Y aun añadiríamos que lo que admira aun más es que a un entendimiento como el de Costa le pareciese la anéctoda merecedera de ser trasladada a su libro sobre “La ignorancia del Derecho”, sin la réplica, con que imaginamos, hubo de terminar el consultado, preguntando a aquel ignorante que no sabía que estaba obligado a conocer las leyes, si sabía al menos que estaba obligado a cumplirlas. Porque, ante una respuesta semejante, ante desplante tal, lo procedente era que el letrado de la supuesta consulta ilustrara a aquel ignorante, haciéndole ver el error que padecía al suponer que desconocía la obligación de conocer las leyes (y en el caso de desconocerlas por él, reclamar la asistencia de quien pudiese hacérselas conocer), que, en fin de cuentas, si persistiese en su negligencia, habría de enterarse de ellas por mediación de la autoridad judicial, para cuyo conocimiento e ilustración tan sencilla, bastaba con preguntarle si sabía que las leyes se dictaban y que se publicaban para que fuesen de todos conocidas y para ser

obedecidas; y si tampoco sabía eso, advertirle paternalmente que, en último término, el Juzgado se encargaría de hacérselo entender.

Es una omisión, un silencio verdaderamente inexplicable el que hemos notado en los escritos de los detractores de la presunción legal de que el Derecho es de todos conocido y de la consecuencia que de ella dimana, de que las leyes obligan a todos los ciudadanos, lo que consiste en suprimir de sus diatribas la equivalencia, la ecuación completa, que en todas las legislaciones se ha establecido, entre el conocer la ley y el poderla conocer; entre el conocer el Derecho por sí —cosa que únicamente les es asequible a los profesionales del mismo— y el poderlo conocer por mediación de los expertos en jurisprudencia, equivalencia o ecuación que ha sido proclamada constantemente, en todos los tiempos y en todas las legislaciones, y que ha sido espontáneamente, libérrimamente, aceptada y observada sin protesta alguna. y sin que a nadie se le haya ocurrido calificarla de tiránica; consideración con cuya omisión o preterición pueden sostenerse las aludidas teorías que de otra manera caen con estrépido, ya que el barrenar y destruir toda ley humana positiva, únicamente puede hacerse lógicamente desde el campo del anarquismo francamente declarado, pero nunca por los pensadores que no lo proclaman abiertamente.

Aunque no tan extremadamente hostil a la regla que examinamos, no podemos tampoco aprobar, por las dificultades y peligros que también entraña, la tesis de los que sostienen que sería una solución al conflicto entre la presunción de que la ley es conocida y la realidad de que es ignorada, la de convertir dicha presunción que es *juris et de jure* (irrefragable, empleando el vocablo del jurista francés) en refragable o *juris tantum*.

Por de pronto, salta a la vista que esta suposición, esta presunción, tampoco estaría de acuerdo con la realidad, porque, como decía aquel jurista, y en esto estaba evidentemente en lo cierto, nadie conoce todo el Derecho, sólo una insignificante minoría de hombres sabe una parte y no grande, de las leyes vigentes en un momento dado, y, por tanto, la presunción conforme a la verdad de los hechos sería cabalmente la inversa; la de que nadie conoce las leyes como no se pruebe lo contrario.

Aparte de este inconveniente que deja en no muy buen lugar la lógica de los que impugnan la presunción legal por no estar de acuerdo con la realidad, convirtiéndola de legal que es por virtud de una ordenación de la autoridad pública, en *racional*, que no podría tener otro fundamento que el de la razón de la mayor frecuencia de su realización en la práctica; circunstancia, en el caso, contraria a la realidad.

Pero es que esa teoría ofrece, además, una dificultad que en casi la totalidad de los casos ha de ser de imposible superación por la naturaleza del hecho supuesto que se habría de demostrar o probar. Obsérvese, que habiéndose de probar contra la presunción que se supone, *juris tantum*, del conocimiento de la ley, la ignorancia de ella,

la prueba ofrecería una doble dificultad, por tratarse, por una parte, de probar un estado de inteligencia, como lo sería la propuesta de la ignorancia de la ley de cuyo cumplimiento se tratase; y por otra parte, por tratarse de un hecho negativo, o sea, de demostrar el desconocimiento, o lo que es igual, que no es o que no era conocida una ley, cosa que si es muy difícil afirmar, es casi imposible de demostrar con prueba plena y convincente.

Y constituye, por último, otro motivo que nos induce a rechazar la teoría que estamos impugnando, la circunstancia innegable que, de aceptarla, se promoverían infinidad de cuestiones y de pleitos fundados en el hecho de supuestos desconocimientos del Derecho; inconvenientes que debieron seguramente contribuir a que la codificación moderna viniese a orientarse y decidirse por el criterio cerrado, absoluto, de suprimir las contadas excepciones que admitía la legislación romana al principio de que a nadie le es lícito ignorar la ley. El deseo de evitar los muchos pleitos a que antiguamente daban lugar las indicadas excepciones legales fue, sin duda, otro de los motivos que alentó a los redactores del Código francés a suprimirlas. Piénsese en el número de pleitos y cuestiones y dudas a que daría lugar la incomparablemente mayor extensión y número de casos que podría promoverse a fundamento de poder excusarse en el cumplimiento de la ley por razón de su ignorancia o desconocimiento, si esta circunstancia encontrase abierto el camino para ser invocada por toda clase de personas y en toda clase de actos, con tal que pudiese intentarse a base de su comprobación.

EL SENTIDO DE LA PALABRA LEY

Con todos los antecedentes históricos expuestos, con todos los elementos doctrinales aportados a las presentes páginas, podemos ya, con alguna garantía de acierto, discurrir sobre la manera de interpretar y aplicar en el terreno de la práctica el principio que dejamos explicado y resolver, por tanto, las cuestiones y dudas que se nos presenten sobre su sentido y alcance.

Y la primera dificultad que se nos presenta es la de resolver, es la de determinar, qué es lo que ha querido significar el art. 2.º del Código con la palabra *ley*, cuando ha ordenado que la ignorancia de *las leyes*, no excusa de su cumplimiento.

¿Se refirió dicho artículo a las leyes en el sentido estricto que tenía esta palabra dentro del orden constitucional vigente en la fecha de la promulgación del Código?

¿Quiso el legislador al promulgar dicho Código entrar en el terreno constitucional y referirse a otros códigos, el procesal y el penal, por ejemplo, en cuya órbita el Código civil parece que no debió querer franquear, sino que debió querer respetarla?

Con la palabra y el concepto de *leyes*, ¿quiso el legislador comprender todas las leyes que sin constituir verdaderos códigos regulan

materias ajenas al Derecho que en el lenguaje moderno comprendemos en la locución Derecho civil?

Y aun dentro del ámbito del Derecho civil y hasta en el de las otras ramas del Derecho positivo, ¿se han querido comprender no sólo las disposiciones que dentro de la indicada constitución política estaban calificadas de leyes, sino que también todas las que sin tener específicamente el concepto de ley emanaban del poder público con finalidad reglamentaria?

Y la costumbre que tiene fuerza de obligar, en su caso, como la misma ley, ¿se quiso también que no sirviese de excusa su ignorancia para que fuese observada y cumplidas sus normas?

¿Qué diremos también de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, aun cuando en el Código no la menciona como fuente de Derecho, es, hoy por hoy, la que viene a tener tal fuerza de obligar, que en la práctica es la que se investiga con mayor ahínco y la que goza de más innegable preferencia, y que, además, goza también de la garantía de la casación?

¿Y qué diremos por fin de la doctrina de los expositores en los territorios en donde, como en Cataluña, goza de la indicada categoría de fuente de Derecho, si bien, actualmente, limitada por el requisito de su aceptación por dicho alto Tribunal? ¿Y de los principios de Derecho que se encuentran en el mismo caso?

Más bien que con la pretensión de dar solución a las anteriores cuestiones, limitamos nuestro intento a dejarlas planteadas, para llamar sobre ellas la atención del Poder público, a fin de que, cuando lo estime oportuno, y en la ley que se crea adecuada, dada la extensión que por su naturaleza ha de tener el principio que estamos estudiando, pueda resolverlas con la amplitud y precisión que tan trascendental materia requiere. De momento, nos hemos creído en el caso, ya que nos hemos decidido a tratar de esta materia públicamente, de plantear dichas cuestiones y formular las anteriores preguntas, después de examinados los antecedentes legales y doctrinales que dejamos extractados, y así podamos con algún fundamento emitir nuestro dictamen, que si puede tener algún valor, no será otro que el que le comuniquen, además de los nuestros, los razonamientos de otros más autorizados, y los que dimanen de los aludidos antecedentes.

Con relación a la anterior y fenecida constitución política, el prestigioso civilista don José Castán, en las páginas 17 y siguientes de su muy autorizado tratado de Derecho civil español, después de las definiciones clásicas de la ley (la de Santo Tomás y la del Padre Suárez) nos dice: "En Derecho español vigente pueden admitirse en un sentido amplio estas definiciones. Pero en sentido estricto y técnico (conforme al artículo 18 de la Constitución, la vigente cuando se publicó el libro del Dr. Castán) sólo merecen el nombre de leyes las disposiciones emanadas del Poder legislativo, que reside (residía) en las Cortes con el Rey, y por tanto quedan fuera del concepto, las

prescripciones dictadas por el Poder ejecutivo en uso de su potestad reglamentaria (Reglamentos, Instrucciones, Reales Decretos y Reales Ordenes)''.

Ponía el Dr. Castán unas notas al transcrito texto que queremos también copiar por tener interés para formar criterio sobre este particular. Dicen así:

“En este sentido estricto y formal, es aceptable la siguiente definición que de la ley da el Padre Guenechea (2): Toda disposición de carácter general o particular, votada por las Cortes, sancionada por el rey y convenientemente promulgada en la Gaceta de Madrid.”

Y a la anterior nota, sigue la que a continuación copiamos:

“A las leyes propiamente dichas han de ser equiparadas las *leyes delegadas* y los *decretos-leyes*, tan usados en los tiempos actuales. A menudo —dice Ferrara— el poder legislativo transfiere su fuerza a otros órganos del Estado, que dentro de ciertos límites de tiempo o de materia formulan derecho en su lugar. Se habla entonces de legislación delegada. En otros casos, por razón de urgencia, o por otros motivos imperiosos de naturaleza política, el Gobierno asume espontáneamente funciones legislativas, a reserva de obtener más tarde una convalidación de las disposiciones emanadas de él. En ambos casos, tales disposiciones tienen fuerza de ley, porque están ligadas siempre a la voluntad del Poder legislativo, o expresadas anteriormente con la ley de delegación, o posteriormente con la ley ratificadora.

Castán, más adelante (pág. 21), al referirse a la ignorancia de la ley, se limita a decir: El artículo 2.º del Código civil no admite excepciones a la obligatoriedad de la ley por razón de su ignorancia, pues proclama en términos absolutos que “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”.

En una R. O. (la de 22 de mayo de 1891) en que se resolvió un recurso de alzada contra una providencia del Gobernador de Granada, suspendiendo un acuerdo de la Comisión Provincial que suprimió un destino creado con carácter permanente por la Diputación, se lee el siguiente considerando:

Considerando que bajo la denominación genérica de leyes no sólo se comprenden éstas, sino también los Reglamentos, Reales Decretos, Instrucciones, Circulares y Reales Ordenes dictadas de conformidad con las mismas por el Gobierno en uso de su potestad reglamentaria.

Y esta doctrina aparecía en una nota puesta al artículo 1.º del Código civil en una de las ediciones de la editorial Reus que tenemos a la vista.

(2) Creemos completar la cita del P. Guenechea porque copiando las breves líneas de ella que preceden a la definición transcrita, se formará concepto más acabado de la misma: Núm. 22. *La ley en los países y autores modernos*. En los países modernos —dice Guenechea—, para conocer la ley, no tanto se atiende al contenido, más o menos general y estable, de la disposición, cuanto al poder soberano de donde emana. La razón es la división de poderes en órganos distintos (pág. 47, del tomo I del “Ensayo de Derecho Administrativo”. Bilbao 1915. Imprenta del Sagrado Corazón de Jesús).

No discutimos la doctrina; nos limitamos a observar, por una parte, de qué manera se admite, como la cosa más natural que en una R. O. se hiciesen declaraciones que por su trascendencia tendrían lugar más adecuado en una Constitución política; y a resaltar por otra, la multitud incontable de disposiciones, muchas de ellas que no afectan a la generalidad, sino que como la citada R. O., fue dictada para resolver un caso de interés particular, y que, según dicha doctrina y según los términos absolutos del artículo 2.º del Código civil, vendrían comprendidas en la presunción *juris et de jure* de que son conocidas de todos y por lo mismo en la inexcusabilidad de su incumplimiento por razón de su desconocimiento. Observaciones cuyas consecuencias hacen pensar en la necesidad de que esta materia quede regulada de tal manera, que no deje lugar a dudas y por la autoridad competente y en la forma debida. Porque es cosa que por lo que toca, tanto el fondo como a la forma, es de una innegable exorbitancia que por una R. O. se eleven a categorías de leyes, disposiciones emanadas de organismos no encargados de legislar y que además carezcan del elemento característico de toda ley, o sea, el que el interés de la disposición no se limite a casos aislados y por tanto entrañe sólo un interés particular, sino que se dicten para que sean observadas por la generalidad de los habitantes del país.

Aun así, aun limitando la categoría de la ley a las ordenaciones de interés general, ha sucedido siempre que después de transcurrir un gran número de años de duración de un imperio o de un estado en el cual se han dictado leyes y más leyes que han llegado a tal número, que han alcanzado proporciones tales, que el problema de su ignorancia se ha agravado de manera que ha hecho pensar en remediar los inconvenientes dimanantes de que la asimilación se hace humanamente imposible, por medio de una codificación. La codificación romana no obedeció a otra causa. Nos lo dejó escrito en la ley 1.ª del título 17 del libro 1.º de su Código, cuando decía en el párrafo 1.º que, "examinadas todas las leyes, desde la fundación de Roma por Rómulo, hemos hallado una confusa e infinita mole superior al entendimiento humano". Por ello dice el emperador, que su primer cuidado fue examinar las leyes dadas por sus predecesores, enmendar y aclarar su sentido y reunir las en un solo Código, eliminando repeticiones y contradicciones y presentándolo en toda su pureza.

Y en la misma constitución dirigida a Triboniano le encarga la formación (párrafos 3 y 4 y siguientes) de una hermosísima colección (se refiere al Digesto o a la colección de obras de los antiguos juriconsultos romanos a quienes los príncipes facultaron para interpretar las leyes, que se había de componer de cincuenta libros) que el emperador esperaba que había de ser "*pulcherrimo opere, et quasi proprium et sanctissimum templo consecrate*". Y dirigiéndose a Triboniano y a sus cooperadores les hace además en el párrafo 5.º el siguiente encargo en el cual manifiesta la creencia de que tal colección habría de contener todo el Derecho, en términos que fuera de ella no se halle ya nada, "*nihil extra se habeat*" "sed his quia quinquaginta

libris totum jus antiquum per mille et quadragintus pene annos confusum, et a nobis purgatum quasi quodam muro vallatum, nihil extra se habeat”.

Y esta idea de formar un cuerpo de Derecho completo, en términos que fuera de él no quede nada para legislar, que constituya como un muro atrincherado o fortificado, fue una verdadera ilusión, ¡un verdadero sueño!, que han tenido otros legisladores, entre ellos los del período álgido de la revolución francesa del 79, que, deslumbrados por las aparentes excelencias de sus teorías y confiados en la infalibilidad de la razón, pensaron que había llegado el momento de hacer un Código universal y eterno; un Código que bastase para regular todas las contingencias jurídicas imaginables, y creyeron, además, que la función judicial había de quedar reducida en cuanto a la aplicación del Derecho, a una sencilla operación de búsqueda del articulado del Código del precepto aplicable a cada caso justiciable, llegando al extremo de prohibir a los jueces por un Decreto de 1790 la interpretación judicial de las leyes, quedando reducida su misión a juzgar sobre los hechos y a hacer automática aplicación de las leyes; y llevando a tal extremo su celo por la intangibilidad de las leyes, y de su recelo contra toda ingerencia de los tribunales en la órbita legislativa, que rechazaron, *ex radice*, todo lo que pudiera ser considerado como fuente de Derecho dimanante de lo que había sido considerado, antes de dicha época como jurisprudencia judicial; en tales términos que uno de los asambleístas de la Constituyente francesa, Chapelier, proclamó que el mismo Tribunal de Casación, como cualquier Tribunal de distrito, no podía establecer jurisprudencia, calificando la de todos los tribunales como la más detestable de todas las instituciones (3); doctrina inspirada en la teoría de la separación de poderes defendida por Montesquieu, y que, muchos años después de Chapelier, defendió otro revolucionario español, Pi y Margall, cuando dijo en un artículo de revista (La Enciclopedia Jurídica) a últimos del pasado siglo: “No admito eso que llaman jurisprudencia de los tribunales; tampoco otra interpretación que la auténtica. Borraría yo de la ley de Enjuiciamiento civil el recurso de doctrinas legales. La ley ha de permanecer en todo tiempo viva, íntegra, con el espíritu que sus autores le infundieron. Jamás debe consentirse que la cercenen, ni la limiten, ni la ensanchen, ni magistrados ni fiscales, ni gobiernos. ¿Hay que aclararla o modificarla? A las Cortes incumbe la tarea. Mata la jurisprudencia el espíritu de las leyes. Los fallos de los tribunales resuelven cuestiones individuales; no cabe generalizarlas. No cabe ni conviene. Ata la jurisprudencia a los mismos que la establecieron. Si cayeron en error no hallan medios de corregirlo. Termina la jurisprudencia por alterar de modo tal los códigos, que a vuelta de algunos años

(3) “Le tribunal de Cassation, pas plus que les tribunaux de district ne doit avoir de jurisprudence à lui. Si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable de toutes les institutions existait dans les Tribunaux de Cassation, il faudrait la détruire. L'unique but des dispositions sur lesquelles vous aller délibérer, est d'empêcher qu'elle s'introduise”.

más bien que a los códigos, hay que atender a los fallos de los tribunales...”

Y no se crea que las apuntadas ilusiones, el celo por la conservación de las funciones legislativas, hayan sido patrimonio exclusivamente de los legisladores inspirados en el principio de la separación de poderes; no, este celo lo han demostrado muchos otros codificadores que, prendados de las excelencias de sus proyectos y de sus obras, han creído que todo lo que pudiese venir realizándose sin ellos o contra lo que ellos han ordenado, tenía que ser considerado como elemento perturbador. De ahí las manifestaciones que hemos aportado extraídas de la ley 1.^a, título 17, libro 1 del Código Justiniano que demuestran que el Emperador encargaba a Triboniano y a sus colaboradores una compilación tan excelsa y completa, que fuera de ella no había de quedar nada que fuese de alguna importancia, creencia que el mismo Justiniano se encargó de demostrar que no fue sino una engañosa ilusión, al verse obligado, poco tiempo después, a ir promulgando nuevas disposiciones de las cuales tenemos 168 incorporadas al Corpus juris civilis con el título de Novelas. Siendo de recordar, además, que el mismo emperador, demostrando el mismo celo por los fueros de legislador y la misma prevención contra todo lo que pudiese redundar en lo que para él había de ser en detrimento de la conservación de su obra en su pristina pureza, en el párrafo 12 de la antes citada ley (título de Veteri jure enucleando, C Lib. 1.^o Tít. XVII, ley 1.^a), dispuso que “terminada la obra con el divino auxilio se llamará Digesto o Pandectas y no será lícito a ningún jurisconsulto el comentarlo, pues destruyen el laconismo de la ley con su locuacidad, y también para evitar el antiguo inconveniente de que la diversidad de opiniones de los intérpretes lleve la confusión, bastando que se hagan índices y divisiones de títulos, que en griego se llaman paratilas, y no admitiendo interpretación de ninguna clase.

Y para no dar más extensión a las presentes observaciones, nos limitaremos a añadir a los anteriores ejemplos la ordenación dada por el rey Jaime I, llamado el Conquistador, en la cual adoptó un criterio radicalmente opuesto al de las dos codificaciones que dejamos referidas, la romana, con un solo Cuerpo legal formado de otros varios, y la napoleónica con sus códigos independientes, el civil, el de procedimientos civiles, el de comercio, el penal y el de procedimiento criminal.

Jaime I, en vez de intentar una codificación amplia y compleja, lo que hizo en la constitución de 1251 (1.^a del título 8.^o del libro 1.^o del volumen 3.^o de las de Cataluña) fue suprimir de un manotazo todas las leyes romanas y góticas y decretales que antes de él se aplicaban en sus reinos, excluir de los tribunales a los legistas y abogados, salvo en causa propia y ordenar que en todas las causas seculares se hiciesen las alegaciones según los usages de Barcelona y según las aprobadas costumbres del lugar en que la causa se tra-

mitaba, y en su defecto según el sentido o criterio natural según “seny natural” (4).

Por lo que se refiere al problema que nos ocupa, planteado por el principio de que no es alegable la ignorancia de las leyes, la constitución dada por Jaime I en Barcelona el año 1251, vino a resolverlo, tal vez en la única forma de solución posible, o sea, suprimiendo de una vez todas las fuentes de Derecho que no fuesen las creadas por los mismos miembros de la sociedad y las inherentes a su propia naturaleza que eran los Usages y costumbres y el “seny natural” en su defecto, ya que nadie puede alegar ignorancia de los usos y costumbres que se practican en su propio país, por cuanto no es alegable la de los actos que son notorios y públicos a la misma colectividad que las practica, ni tampoco es alegable la falta de “seny natural” que es inherente a la razón humana y que por ello es común a todos los hombres con capacidad civil plena para discernir lo que el Derecho natural nos dicta.

La solución dada por el Conquistador al problema que tantas discusiones ha promovido, aun cuando tal vez no estuviese en su ánimo resolverlo, fue irreprochablemente lógica.

Era evidente la imposibilidad de que los súbditos de su reino conociesen toda la balumba de leyes constitutivas del Derecho positivo vigente. Para ser exigible su cumplimiento era indispensable en absoluto, suponer su conocimiento en todos los miembros para quienes el Conquistador quería legislar. Pues para desvanecer la contradicción entre la presunción y la realidad y resolver el conflicto, la única manera de conseguirlo era la consistente en abrogar de una sola vez y por entero, todas las fuentes del Derecho humano positivo —dejando únicamente subsistentes las del Derecho natural inherentes a la misma naturaleza humana (seny natural)— y salvando de dicha abrogación las dimanantes de los usos (Usatges) y costumbres locales, que por ser producto del mismo pueblo que los practica no es posible suponer lógicamente que sean de nadie desconocidos.

Esta manera de resolver el conflicto entre la presunción legal de que la ley es conocida de todos y la realidad consistente en que no hay nadie que las conozca todas, pudo, de momento, parecer acertada y merecer la aprobación y aun el aplauso del pueblo. En los tiempos modernos, habría seguramente merecido la constitución regia de 1251, la más efusiva aprobación de los elementos más radicalmente revolucionarios. El mismo Costa que en su opúsculo sobre “La ignorancia de las leyes” bordea los linderos, si es que no penetra abiertamente en

(4) Encara statuim al Concell dels sobredits que lleis romanas o Goticas, e decretals en causas seculars no sien rebudas, admésas, judicadas ne allegadas, ne algùn legista gos en cort secular advocar sino en causa propie, així que en la dicta causa no sien allegadas leys, o drets sobredits, mas sien fetas en tota causa secular allegations, segons los usatges de Barcelona, e segons las aprovadas costums de aquell loc ahont la causa será agitada, e en falliment de aquells, sia proceit segons seny natural, los Jutges encara, en las causas seculars no admetan legistas advocats, aixis com desus es dit.

el ámbito de las doctrinas ácratas o libertarias, habría tenido que respetar, si no ensalzar, una ley dictada por un rey en pleno siglo trece, si hubiese fijado su atención en ella (5). Y si la hubiese tenido presente al redactar el capítulo segundo, encabezado con estas palabras: "Transición, ¿sin leyes?", después de decir que "acaso el problema no fue bien planteado en sus orígenes, y en vez de decir que *el pueblo está obligado a conocer y cumplir todas las leyes*, se deban invertir los términos diciendo que *no son verdaderas leyes, sino aquellas que el pueblo conoce... y refrenda cumpliéndolas, traduciéndolas en sus hechos*", habría Costa tal vez tenido que reconocer que desde su punto de vista la constitución indicada no podía ser comprendida entre las que a su entender incurrieran en el defecto imputado de establecer una presunción abiertamente contraria a la realidad.

Pero sucedió que si bien el referido conflicto, verdadero nudo gordiano que era imposible desatar, fue cortado de un golpe por el Conquistador, por medio de su transcrita disposición, lo cierto fue que con ello no se consiguió otra cosa que abrir un paréntesis de muy corta duración, al ineludible e insoluble conflicto, que reapareció bien pronto con el restablecimiento de la invocación de toda la legislación romana y canónica, cuyos estudios, al renacer en Bolonia, se propagaron rápidamente por todos los estados de civilización románica y que tuvieron acceso franco en los tribunales de Cataluña con el marchamo de aquel mismo "seny natural", con cuya aplicación pretendió el guerrero monarca apartarlas para siempre de los tribunales civiles o seculares de sus dominios.

No pensó aquel gran rey que ni con los Usages ni con las costumbres se llenarían todas las necesidades jurídicas de su reino; ni previó, sin duda, lo que ocurrió y que fatalmente debía ocurrir: que para llenar las indicadas deficiencias se habría de acudir al "seny natural", de cuyo elemento estaban saturadas la legislación romana, calificada de razón escrita, y el Derecho eclesiástico con su equidad canónica, y que naturalmente para resolver la inmensa mayoría, por no decir la casi totalidad de las contiendas judiciales, se había de pensar, primero, y acudir, después, en demanda de las maravillosas fórmulas del "seny natural" que tan copiosamente se encuentran esparcidas en ambos cuerpos del Derecho.

Y fue el pueblo, el mismo pueblo, a cuyas facultades de legislar como autor de la costumbre se quiso entregar la resolución de todas las cuestiones de Derecho, el que espontáneamente, sin necesidad de precepto legislativo alguno que se lo mandase, antes al contrario, contra los que se lo prohibían, se refugió, podríamos decir, en aquel templo eterno y *sanctissimum* erigido a la Justicia, en aquella compilación pulquérrima que, según el emperador, había de ser, como efectivamente lo fue, el Corpus juris civilis, y que reclamó del Canónico los elementos correctorios y supletorios en el contenido, ins-

(5) No hemos sabido encontrar en el libro de Costa referencia alguna a la constitución que dejamos transcrita.

pirados por aquella equidad, que no era otra cosa que el más refinado producto de aquel "seny natural" a cuya jurisdicción quiso el Conquistador entregar la resolución de la inmensa mayoría de las causas que se agitasen ante los tribunales seculares de sus reinos.

Véase, pues, de qué manera el único ensayo realizado con la garantía del poder de un rey, lleno de la mejor intención, que quiso únicamente fuese y valiese como ley lo que su mismo pueblo hubiese, directamente y sin mandatario alguno, legislado, no fue otra cosa que un ruidoso fracaso, demostrativo de que todas las utopías están condenadas de antemano a la misma suerte.

Y para que si, por caso posible, dudase alguien de lo que acabamos de afirmar referente a la actitud del pueblo y de su rey en la ocasión a que nos referimos, aportamos a las presentes páginas los siguientes breves apartados que extraemos del tratado de Derecho civil catalán publicado en 1886 por los señores don Guillermo María de Brocá y don Juan Amell, en cuyo capítulo IV de la Reseña histórica, Sección 4.ª, bajo el título de "Generalización del Derecho romano", se lee lo que sigue:

"La influencia de la escuela de los glosadores en la época anterior (la anterior a don Jaime el Conquistador), dio sus naturales resultados. No fue sólo Cataluña la que se romanizó. Los juristas de Castilla consagraron sus vigilias al estudio de los trabajos de Justiniano y de las glosas, y Alfonso el Sabio, después de haber publicado el Espéculo (hacia el año 1254 o principios del 1255), basado en la legislación de Roma, formó las Partidas, hermoso trasunto de las leyes romanas, entendidas según la interpretación de los discípulos de Irnerio.

"Un capítulo de las Costumbres de Lérida, reducidas a escritura en 1228, declara vigentes las leyes romanas en defecto de las propias costumbres, de los privilegios, de los Usages de Barcelona y de las leyes godas."

"En dos de las calendas de diciembre de 1243, Jaime I expidió una pragmática (Única del título 3.º, de *De Advocats*, Lib. 11, vol. 2.º) mandando "que en ningún tribunal se admita abogado que alegue algunas leyes, mientras basten y abunden las costumbres y usages". Sin duda, aquel monarca se propuso crear un derecho verdaderamente indígena, pues en 1251, en las Cortes habidas en la ciudad de Barcelona, dictó el siguiente precepto que forma el Título 8.º (*De usatges, constitucions, etc.*), Lib. 1, vol. 3.º de la compilación legal."

Y después de transcribirse en la citada obra la constitución calendada y que antes dejamos ya copiada, siguen en el citado libro los siguientes párrafos:

"Difícil era detener el curso de las nuevas ideas que cual torrente impetuoso, arrastraba a los maestros y juzgadores. El Derecho romano continuó su marcha victoriosa, y favoreció la aplicación de sus doctrinas el mismo precepto de Jaime I, pues mandando que en falta de usages y costumbres aprobadas en el lugar donde el pleito vertiese, se fallase según los dictados de la razón natural, buscose la expresión

de ésta en el Derecho romano, apellidado entonces la *razón escrita*.”

Este movimiento jurídico se infiltró en las costumbres y recibió la sanción del legislador. El cuaderno de costumbres confirmadas por Pedro II en 1283, llamado privilegio del *Recognoverunt proceres*, contiene datos suficientes para afirmar la observancia del Derecho romano en la ciudad de Barcelona. Entre los capítulos que son reconocimiento de anteriores privilegios o de costumbres, existen el 8.º que habla de la renuncia de la *nueva constitución* sobre los fiadores, o sea, la Novela 4.ª de Justiniano; el 11 que se ocupa de la renuncia del beneficio del Senado Consulto, de Veleyano; el 14 que dice que toda acción, según *Derecho común*, debe extinguirse a los diez o veinte años, se extiende hasta los treinta, con lo cual el legislador sanciona la calificación de *Derecho común* dado al romano por los jurisconsultos. Finalmente, muchas de las servidumbres reguladas en dicho privilegio y en las Ordenaciones d'en Sanctacilia, guardan conformidad con las establecidas en las antiguas leyes romanas.”

“Datos análogos —siguen diciendo los autores del libro que nos ocupa— podríamos citar respecto de Tortosa, sacados de su libro de las costumbres escritas, pero son más importantes los que proporcionan las disposiciones que en esta época se dieron acerca del importe de la legítima.” Y sigue el libro refiriendo las disposiciones que sobre el particular de la legítima se encuentran en la constitución de Alfonso III en las Cortes de Montblanch en 1333 que restableció la ley romana sobre la materia y la hizo extensiva a los lugares en que se observaba la goda.

No creemos necesario seguir copiando los otros párrafos que contienen pruebas bien documentadas de que la legislación romana había reconquistado su vigencia en Cataluña en época bien cercana a la que Jaime I prohibió que fuese alegada en sus dominios, sustituyendo en su lugar el *seny natural*, la razón natural, que por constituir la entraña más honda y arraigada del Derecho romano, *¡de la razón escrita!*, vino a dejar de par en par abiertas las puertas de los tribunales a la compilación justiniana. Que es lo que hemos querido dejar bien probado, para dejar, a su vez, demostrada la inexactitud y certeza de la tesis sentada, contraria a las declamaciones de los que atribuyen al principio de la obligación de conocer las leyes y de la presunción legal de que son conocidas un sentido que no tiene.

Comprendemos fácilmente que los señores Brocá y Amell, al referirse al Código de Tortosa, se limitasen a decir que podrían extraer del mismo datos análogos a los entresacados del *Recognoverunt Proceres* y de otros textos, en corroboración de lo que estaban demostrando, o sea, como otra prueba de que el Derecho romano se había ya introducido en los tribunales de la época inmediatamente posterior a la constitución de 1251 de Jaime I el Conquistador (de la misma manera que ya lo estaba con anterioridad a ella); y nos explicamos igualmente que para los prenombrados Autores, meritísimos tratadistas del Derecho catalán de la época inmediatamente anterior a la

promulgación del Código civil, ofreciese mayor interés de índole práctica omitir los aludidos datos y entrar en el examen de las vicisitudes históricas que sufrió en Cataluña la determinación del importe de la legítima. Pero se nos ha de permitir, aun respetando el criterio de aquellos tratadistas, con el primero de los cuales nos unió una sincera y franca amistad, aprovechando esta oportunidad que se nos ofrece, el intento de contribuir a la misma demostración que la realizada por aquéllos, recordando que en Tortosa ocurrió cosa muy parecida a la de Barcelona.

Porque en el párrafo final del comenzamiento de las Costumbres de Tortosa, que precede a la Rúbrica primera del libro 1.º, se dice:

“Es a saber; que en la Ciutat e el terme de Tortosa tots los feytys deuen esser determenats segons les costumes en aquest Libre escrites; e en defalliment de les costumes, per los Usatges de Barcelona en aquest libre escrites; e en defalliment de tot aço per Dret Comú.”

No es necesario, pues, recurrir al examen de costumbres para saber que el Derecho romano regía en Tortosa, como sigue rigiendo en defecto de sus costumbres escritas y de los Usages de Barcelona.

Pero podría decirse que esto demuestra lo que nosotros queremos probar, o sea, que con posterioridad a la constitución dada en Barcelona en 1251 por Jaime I, siguió teniendo aplicación en Tortosa el Derecho romano, ya que su código consuetudinario fue aprobado por la Santidad de Honorio III en el año cuarto de su pontificado, que, si no hemos calculado mal, corresponde al 1166, o sea, con casi una centuria de antelación a la constitución del rey Conquistador, y, por tanto, pudo perfectamente suceder, que en Tortosa estuviese aceptada la legislación romana en la fecha de la promulgación de su “Libre de les costums”, y que, como una centuria después, fuese suprimida aquella legislación de dicho territorio.

Pero a esta observación se puede contestar, por una parte, con la notoriedad del hecho de que en Tortosa se aplica, aun actualmente el Derecho común, léase romano, como supletorio de sus costumbres escritas y de los Usages de Barcelona; y por otra, recordando que con veinte años de posterioridad al año 1251, o sea, con la fecha de 1272, fue encontrado, a últimos del pasado siglo, en el Archivo Municipal de Tortosa, un códice de 293 folios escritos en pergamino, a dos columnas, en cuya primera columna se leen las siguientes palabras. “In nomine Domine Jesucristi amen. Iste sunt consuetudine Dertusae civitatis compilate per Petrum de Tamarite et Petrum Egidii, notarius ejusdem civitatis, videlicet 1111 Kalendas Decembris anno, Dominice Incarnationis MCCLXXII”, códice cuyo contenido es el mismo que el “Libre de les Costum”. De manera que, aun dando por supuesto —lo que es cosa muy dudosa— que la constitución dictada en Barcelona por Jaime I, hubiese sido observada en Tortosa, su observancia habría sido tan efímera, ya que en 1272 se publicaba otro códice en el cual aparece la vigencia del Derecho romano, aceptado como integrante del régimen jurídico tortosino, en defecto de sus costumbres y de los Usages de Barcelona.

Conste, pues, que la romanización generalmente imperante que hicieron notar en su obra los señores Brocá y Amell, se produjo también, como ellos anotaron en Tortosa, cuyo código consuetudinario en muchas de sus rúbricas, no es sino trasunto más o menos resumido y con adaptaciones a la época y al país, de análogas regulaciones contenidas en el *Corpus juris civilis*, y que, además, por lo que se refiere a los grandes vacíos que dicho código —como todos los de su clase— dejaba por llenar —y tenemos por cosa segura que el de Tortosa fue entre ellos el más completo—, están suplidos con el mismo cuerpo del Derecho romano, aceptado como Derecho supletorio, por lo que, en realidad, ha sido como en las demás legislaciones medievales su elemento componente más importante.

Y consta, además por lo que a nuestro tema se refiere de una manera más directa, que las declaraciones y las invectivas que se han dirigido contra el principio en que se funda la obligatoriedad de toda ley —lo que equivale a ir contra todas ellas—, principio que consiste en suponer que las leyes son todas conocidas de todos, y que por tanto nadie puede excusarse de cumplirlas, so pretexto de ignorarlas, ha sido un principio, una presunción, de que aparte de que ha sido aceptado por todos los pueblos y en todos los tiempos, lo fue de una manera especial con motivo del manifiesto fracaso de la constitución dada en 1251 en Barcelona por aquel gran rey, que si como guerrero se llenó de gloria en Mallorca, en Valencia, no hizo como legislador al dictar aquella constitución, otra cosa que demostrar sus buenos deseos de reducir a límites la legislación positiva, que por lo reducido era imposible que los pueblos se conformasen a no dejar de llenarlos, como lo hicieron, no amparándose espontáneamente, sin presión alguna del poder supremo, antes bien, oponiéndose al mismo y recurriendo a la legislación romana como razón escrita y, por tanto, fórmula la más feliz: los preceptos de la razón y del Derecho natural en la parte que fue considerada adaptable a sus necesidades, y que a nadie se le puede suponer que le es desconocido.

Por ello, y por ser el Derecho de Tortosa una compilación de costumbres, completada con la legislación romana, llamada la razón escrita, pudo proclamar su Código el mismo principio que constituye el objeto principal de estas páginas, que proclamó el Derecho romano en el título que nos sirve de lema, “*De juris et facti ignorantia*”, principio que consta proclamado en la Rúbrica XII del libro primero del “*Libre de les costums de la ciutat de Tortosa*”.

Textos que, para no desperdiciar la oportunidad y para llenar la omisión de los antes citados tratadistas de Derecho catalán, lo que consideramos para nosotros como un deber filial hacia el Código vigente aun, en la tierra que nos vio nacer, es por lo que trasladamos a continuación las siguientes costumbres de la citada Rúbrica, con cuya transcripción daremos por terminada esta digresión, con la cual hemos querido rendir el tributo que se merece, y que ya le hemos tributado en otras ocasiones, al mejor y más completo de los códigos consuetudinarios que hemos tenido ocasión de examinar.

RUBRICA XII

DE IGNORANCIA DE FEYT E DE DRET ET DE FALSA
DEMOSTRACIO

I

Error de feyt ans qu'el pleyt sia fenit per sentencia o per sagrament (juramento) o per transaccio, a nuyl hom, no deu noure, prouada la error. E si per aventura lo dit pleyt era finit aixi com dit es, james per aquesta error no's pot retractar.

II

Error de Dret a persona, menor de XX e V ans no nou, ne restitució no li cal demanar; perço com estant en la menor edat, lur dret roman sens naframent.

IV

(La 111 costumbre se refiere a la falsa demostración.)

A tot hom major de XX e V ans nou error de dret, sino aquels casos que en Dret son exposats.

Texto éste que, como se puede comprender, al indicar las excepciones que declara admisibles a la regla general, lo hace refiriéndose a los casos que se expresan en el Derecho, es decir, el Derecho común o romano, que es al que se refiere el "llibre de les Costums" cuando habla *del Dret*, Derecho, por ser, en defecto del mismo y de los Usages, la legislación supletoria de las costumbres.

Como resumen y consecuencia de todas las anteriores consideraciones, creemos poder dejar sentado que toda ordenación de carácter legal, llámese ley en el sentido estricto de la palabra, llámese decreto u orden o reglamento que haya sido debidamente aprobado por poder supremo o por sus delegados con delegación bastante y que imponga obligaciones de carácter no particular, desde el momento en que ha sido publicada y que ha entrado en vigor y es, por tanto, ejecutiva, obliga a todos los ciudadanos a quienes afecta, y, como consecuencia indeclinable, a todos ellos se les supone que tienen de la misma el necesario conocimiento y ninguno puede excusarse de cumplirla bajo el pretexto de ignorarla.

En la regla anterior, no se pueden entender sin restricciones, las instrucciones y las circulares dictadas con finalidades exclusivamente de orden interno de un organismo determinado, de un ministerio, por

ejemplo, y que obligan únicamente a los subordinados jerárquicamente del jefe que las dicte, ni las resoluciones que con el nombre de Ordenes o Reales Ordenes vienen a resolver casos o cuestiones de interés particular, como lo fue la de 22 de mayo de 1891, que al resolver un recurso de carácter gubernativo en una cuestión planteada entre un gobernador civil y una comisión provincial, vertió en uno de sus considerandos la doctrina, a nuestro entender inadmisibles, de que bajo la denominación genérica de leyes, se comprenden (sin distinción) las Instrucciones, las Circulares y las entonces llamadas Reales Ordenes, doctrina que puesta por nota en una edición del Código civil, ha podido desviar a muchos en esta materia, en el sentido de que a todos obliga el tener conocimiento de las indicadas disposiciones.

A este propósito, por valor meramente doctrinal que se le pueda atribuir y por ser materia concerniente o propia al Derecho público, diríamos con mayor precisión, al Derecho constitucional, nos permitimos citar lo que, refiriéndose a la constitución política francesa de 1852 decía Eschbach en el libro que antes hemos citado repetidamente (pág. 411), en donde, después de decir que, según la constitución citada únicamente en Francia, había tres fuentes de reglas con autoridad legal, a saber: Los Senado-consultos, las leyes y los decretos imperiales, añadía: “Les circulaires ou instructions ministérielles, n’obligent pas les citoyens et ne font pas loi pour les tribunaux: les employés du gouvernement sont seuls tenus de se conformer à celles qui émanent du chef hiérarchique auquel ils sont subordonnés. Quand aux *règlements administratifs*, ils ne sont obligatoires pour les citoyens et ne lient les tribunaux que dans les cas où ils sont conformes à sa loi, c’est-à-dire lorsque l’administrateur qui les a fait en avait le pouvoir et n’a statué que sur des objets placés par la loi dans ses attributions”.

Lo repetimos: es una materia la que acabamos de indicar, de naturaleza constitucional y fundamentalmente política que cristaliza en la determinación de las atribuciones de carácter legislativo, y por ende, sujeta a las variedades que, según los países y aun dentro de un determinado país, según los tiempos, presenta su organización política, y aun dentro de un estado de derecho constitucional determinado, puede presentar casos dudosos.

Así, por ejemplo, en el art. 2.º de la ley de introducción del Código civil alemán, se declara que: “En el sentido del Código civil y de la presente ley, se reputará disposición legal, toda regla de derecho”. Amplitud atribuida por la ley que difícilmente será superada por otro cuerpo legal alguno, aun cuando sea de suponer que en la determinación del concepto de “regla de derecho” se hayan establecido garantías y requisitos que equivalgan a limitaciones y cortapisas, que no nos son conocidas, pero que vengan a poner en su debida extensión el referido concepto. Nos inducen a hacer las anteriores suposiciones el hecho de que, según refiere Güenechea en su “Ensayo de Derecho administrativo”, al tratar de la cuestión relativa a si los reglamentos constituyen o no fuente legislativa, alude a la doctrina de los trata-

distas alemanes que nombra, según la cual “sólo la ley, y nunca el reglamento, produce derechos subjetivos en los súbditos a quienes se aplica, porque sólo la ley es capaz de restringir la libertad. (Obra citada, Tomo 1.º, pág. 55 de la 2.ª edición que es de 1915, muy posterior a la promulgación del Código civil alemán, que fue promulgado el 18 de agosto de 1896.)

LA COSTUMBRE

La misma consecuencia que respecto de sus preceptos impone la ley, en punto a la obligación de conocerlos, se presenta respecto de la costumbre, aun cuando las soluciones en una y otra fuente de derecho no sean coincidentes.

La que presenta la costumbre es aún más compleja que la que ofrece la presunción referente a la ley y a las ordenaciones que participan de su naturaleza.

Cuando se trata de costumbre, acude inmediatamente al pensamiento la idea de que no concurre generalmente en ella —nos referimos a la costumbre no escrita— la promulgación o publicación. Y que, por consecuencia, no habría de ser, en general, obligatorio su conocimiento; con lo cual, según lo que dejamos reiteradamente manifestado, por ser alegable la excusa de la ignorancia de ella, habría de quedar privada de la obligatoriedad de cumplirla, o lo que es igual, virtualmente anulada como fuente de derecho.

Es inaceptable la apuntada argumentación simplista, en cuya manera de razonar se olvidan dos circunstancias que demuestran la inadmisibilidad de la indicada conclusión. Primero, que la costumbre es el resultado de una reiteración de hechos realizados por los mismos miembros o ciudadanos del país que *llega* a tener fuerza de ley; y segundo, la voluntad del pueblo de que la reiteración de tales hechos obtenga la fuerza de obligar. Y esto sabido, es cosa clara que tanto por lo que se refiere a la reiteración de actos, como al otro elemento intencional con que los mismos miembros del país los han ido practicando, son factores cuya notoriedad es indudable, y por tanto como hechos notorios, aun cuando todos ellos fuesen ajenos al que pretendiese ampararse en su desconocimiento para excusarse de su incumplimiento, no habría de servirle de excusa, ya que aun tratándose de hechos o actos no propios sino ajenos, cuando éstos son de notoriedad pública obligan al ignorante, por aquella tan atinada consideración contenida en la ley del Digesto que dejamos citada anteriormente, que refiriéndose a la ignorancia crasa o supina (la ley 9, párrafo 2 de nuestro título), pregunta: “quid enim si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat”?

Lo que puede suceder es que se ponga en discusión la existencia de la costumbre por falta de reiteración suficiente de actos o porque, aun existiendo este elemento, falte el otro elemento intencional de que con ellos se haya querido crear una norma jurídica, y entonces

quien sostenga la existencia de la costumbre habrá de probarla contra el que la niega; pero cuando el que se oponga al cumplimiento de la costumbre, no negando su existencia, sino simplemente la ignorancia de ella, si el ignorante pertenece a la localidad o región en que la costumbre rige, no le habrá de valer su desconocimiento; excusa que podrá eficazmente alegar el que pertenezca a localidad o territorio distintos.

Pero ¿Estas reglas, se han de entender lo mismo de las costumbres escritas que de las no escritas?

Creemos que no, sino que tratándose de costumbres que constan en compilaciones escritas y sancionadas por el poder correspondiente, se han de considerar y se consideran como si estuviesen incorporadas al régimen legislado del país y equiparadas a las leyes del mismo, y por tanto sometidas a los preceptos o normas establecidas, según los casos o actos al estatuto real o al estatuto personal de los interesados.

JURISPRUDENCIA DE CASACION

Otra cuestión, otro problema plantea la presunción de que nadie ignora, o de que nadie puede ignorar lícitamente la ley, y es el siguiente: La presunción indicada ¿es aplicable a la doctrina legal que se funda en la que establece con sus reiteradas sentencias el Tribunal Supremo de Justicia?

Es, por una parte, innegable, que el Código civil que en algunos de sus artículos de su título preliminar, ha entrado en el terreno del Derecho constitucional, ha dejado fuera del concepto de ley a la Jurisprudencia de los tribunales, sin exceptuar la del Tribunal Supremo. Tal vez, al establecer dicha exclusión que, aunque no de un modo explícito, aparece implícitamente establecida en el segundo apartado del artículo 6.º del Código, obedeció el legislador al principio imperante en la época constitucional y que observaron sumisamente todos los modernos códigos, que aceptaron como dogma político el de la división de poderes que de una manera tan resuelta propuso y defendió Montesquieu en su famosísimo libro "L'esprit des lois", verdadero "chef d'oeuvre" de la literatura jurídica filosófica, predecesora y generadora de la revolución del 79.

Pero, por otra parte, es cosa no menos evidente, que el recurso de casación que la ley de Enjuiciamiento civil concede contra las sentencias de instancia que infringen la indicada doctrina legal, junto con la función interpretativa de las leyes que viene desempeñando, con definitiva y suprema eficacia, la jurisprudencia del Supremo, ha atribuido a dicha jurisprudencia tal importancia, tal preponderancia entre las fuentes del Derecho en nuestra época, que bien puede compararse a la que sobre la propia ley obtuvieron las Glosas en los tiempos medios; hecho innegable que explica el ahinco con que en toda contienda

judicial se buscan y se invocan las sentencias que coinciden y puedan coadyuvar al éxito favorable de las peticiones de los litigantes.

Y es por estas consideraciones que el problema que plantea la ignorancia del Derecho que se puede, se debe resolver, con respecto a la indicada jurisprudencia de casación, de la misma manera que se propone y dilucida en lo que afecta a la ignorancia de la misma ley; y así podemos formular y contestar a las siguientes preguntas: ¿puede servir de excusa de su infracción la ignorancia de la doctrina que establecen las sentencias del Tribunal Supremo?

O, en otros términos: ¿se ha de suponer que todos los ciudadanos están obligados a conocerla y a actuar de conformidad con ella?

O, con otras palabras, los actos realizados con infracción, por error o desconocimiento de la indicada jurisprudencia, ¿pueden perjudicar a los que los realizan, de tal manera definitiva que no puedan esperar remedio alguno fundado en el desconocimiento de ella? O bien, por el contrario, su error o su ignorancia ¿puede abrirles el camino o facilitarles el remedio de enmendar el yerro cometido, aun yendo contra sus propios actos?

Ya en otra ocasión (6) al relacionar el origen y desarrollo del instituto de los *référés*, creación de la revolución francesa del 79, la cual por un decreto de 1790 llegó a prohibir a los jueces la interpretación de la ley, reduciendo sus facultades a la misión de juzgar sobre los hechos y hacer aplicación automática de las leyes; “*référés*” por los que el Poder legislativo, bien por propia iniciación, bien a petición de parte, podía anular la sentencia por infracción legal y ordenar la remisión de la causa al tribunal jurisdiccional para que volviese a sentenciar con arreglo a la ley; procedimiento que pronto se suprimió, por el gran cúmulo de recursos a que daba lugar, sustituyéndolo por la casación, que primero sólo tenía facultades negativas consistentes en declarar la nulidad de la sentencia dada contra los textos legales expresamente infringidos en ella, lo cual en realidad no es otra cosa que la sustitución para dichos casos del poder legislativo por el judicial (Tribunal de Casación), pero sin autoridad para fallar sobre el derecho de los litigantes, y sí sólo casar las sentencias que vulneraban abiertamente la ley. Allí hicimos constar que la multitud extraordinaria de los “*référés*” voluntarios al poder legislativo, hizo imposible que éste pudiese atender a tantas y tantas consultas y a tantas cuestiones jurídicas motivadas por los casos de interés particular; por lo cual los “*référés*” promovidos a instancia de los jueces, cuando por ellos se acudía al poder legislativo por razón de la oscuridad o deficiencia de la ley fueron además de abolidos, sustituidos por la obligación impuesta a los jueces de fallar aun en los casos de oscuridad o deficiencia de las leyes, principio que cristalizó en el Código Napoleón (art. 4), por virtud del cual se imponía terminantemente a los jueces la obligación de sentenciar en los indicados casos,

(6) Disertación inaugural de la Academia de Jurisprudencia de Barcelona (curso 1920-21), “Los sistemas políticos y la vida judicial del Derecho”.

con la conminación de incurrir en la responsabilidad de denegación de justicia: "Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou d'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice". Precepto copiado en el párrafo primero del artículo 6.º de nuestro Código que dice: "El Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad". Precepto que ya constaba en el artículo 12 del Proyecto de 1851 en términos idénticos, y que en sustancia se encuentra en muchos de los códigos modernos, entre ellos el de la Argentina (art. 15), Uruguay (art. 15), Guatemala (art. 18).

Y por último, en la misma disertación, hicimos una relación de la manera cómo el Tribunal de Casación de Francia, que inicialmente por la finalidad fundamental con que fue instaurado de garantizar el principio constitucional de la separación de los tres poderes, se había de limitar a una actuación negativa, la de anular o negar validez a las sentencias de los tribunales de instancia que infringían abiertamente la ley, omitiendo toda clase de fundamentación jurídica, consecuencia del indicado *dogma* de la separación de poderes; el Tribunal de Casación—decíamos—, sólo tenía la facultad de anular las sentencias de instancia que infringían la ley de una manera manifiesta y notoria, y que por tanto, dada esta sola finalidad, no había de tener formalidades interpretativas de las leyes, por cuanto la casación no se daba para casos dudosos: después de repetidas rectificaciones y múltiples vicisitudes, vinieron dichos tribunales a fundamentar sus sentencias, con lo cual se inició su autoridad doctrinal e interpretativa que fue siempre en aumento, hasta conseguir la que tiene su jurisprudencia, cuyo criterio vinieron a seguir los tribunales inferiores, bien porque encontrasen convincentes los fundamentos de las sentencias de casación, bien porque preveyesen que al separarse de dicha jurisprudencia, corrían el peligro de que sus sentencias fuesen anuladas.

De esta manera, la realidad práctica ocupó el lugar de la teoría, mejor dicho de la utopía de la pretendida separación absoluta de los poderes legislativo y judicial; y apareció en el mundo jurídico, la jurisprudencia de los Tribunales de Casación, con toda su eficacia y trascendencia que dejamos antes puestas de manifiesto y que nos obliga a examinar el problema que plantea la ignorancia del Derecho en el sector importantísimo de la llamada doctrina legal.

LA SENTENCIA DE TUDELA

De ahí la necesidad de estudiar y resolver este problema y de contestar esta pregunta: La ficción o presunción jurídica de que la ley es conocida de todos ¿alcanza también a la doctrina legal que establecen o constituyen las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia por medio de las sentencias de casación?

O en otros términos: el desconocimiento de dicha doctrina en una determinada materia o cuestión determinada ¿puede servir de excusa

para dejar de observarla y de adaptar los actos o contratos a la misma?

Para contestar estas preguntas y dejar resuelto por nuestra parte, según nuestro insignificante criterio, el problema que entrañan —problema al cual atribuimos gran trascendencia y de peligrosa o arriesgada resolución si se quisiese resolver *a priori*— creemos conveniente examinarlo en presencia de un ejemplo de una de las sentencias de dicho alto Tribunal, que estimamos en grado superlativo interesante y señaladamente adecuada a nuestro intento. Nos referimos a la que fue dictada en 31 de mayo de 1930, cuyos antecedentes de hecho pasamos a extractar y cuyos considerandos referentes a nuestro tema creemos conveniente transcribir.

Ante el Juzgado de Primera Instancia de Tudela de Navarra se depuso, en 15 de julio de 1927, una demanda de juicio declarativo de mayor cuantía a nombre de una señora, a la cual designaremos para abreviar, con un solo nombre de Patrocinio, dirigida contra varios demandados, que eran primos hermanos de su difunto esposo, unos, y otros eran derecho-habientes de otros primos que habían fallecido ya, los cuales habían sido declarados herederos abintestato del difunto esposo de la nombrada señora.

En la indicada demanda manifestó la actora que en 22 de agosto de 1924, todos los que se suponían interesados en la herencia, comprendida entre ellos la misma viuda demandante, hicieron la declaración de bienes y otorgaron la correspondiente liquidación de la sociedad de gananciales, obligándose, además, a efectuar extrajudicialmente la partición de bienes “en la forma más legal que haya lugar y ateniéndose a las disposiciones forales y de legislación general que correspondan, efectuándose el correspondiente sorteo”, según así constaba en la escritura particional.

Afirmado también por la señora viuda demandante, que obró de tal manera en la creencia de que habiendo fallecido su marido abintestato, únicamente le correspondía a ella el usufructo foral que establece el Fuero de Navarra, y que los verdaderos herederos de su esposo lo eran los primos hermanos y derecho-habientes de los premuertos a quienes el Juzgado de Tudela había declarado ser herederos. Pero que *mejor enterada* (subrayamos nosotros estas palabras), se consideraba con derecho a todos los bienes con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en varias de sus sentencias, entre ellas la del 14 de enero de 1927, dictada en pleito análogo procedente de la Audiencia de Pamplona, y por lo que disponen los artículos 952 y 1.081 del Código civil; y fundándose en todo ello formuló los siguientes pedimentos para que en la sentencia que en su día se dictara se hiciesen las siguientes declaraciones:

1.^a Que la actora tenía derecho preferente a la herencia intestada de su difunto esposo sobre los primos hermanos del mismo .

2.^a Que procedía declararla heredera abintestato de su esposo en concepto de heredera libre, aunque repitiese matrimonio. 3.^a Que en consecuencia se declarase nulo el auto de declaración de herederos dictada por el mismo Juzgado. 4.^a Que se declarasen también nulos

los actos de liquidación de gananciales y de la herencia aprobados por la demandante y los demandados, y 5.^a La nulidad de los asientos practicados en el Registro de la Propiedad en virtud de las expresadas escrituras.

Algunos de los demandados se allanaron a la demanda y otros se opusieron a ella fundándose sustancialmente en que no eran aplicables al caso las sentencias citadas en la demanda y reclamando de la demandante el importe de los gastos y perjuicios que les había ocasionado la liquidación y demás de dicha herencia. En los escritos de réplica y dúplica, se limitaron los litigantes a insistir en sus peticiones respectivamente formuladas en la demanda y contestación, y, sin que se pidiese prueba, el Juzgado de Tudela dictó sentencia accediendo a las pretensiones de la actora y desoyendo a los demás demandados, sentencia que confirmó sin costas, la Audiencia Territorial de Pamplona.

Los demandados que se opusieron a la demanda interpusieron recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal contra la sentencia dictada por la Audiencia citada, la cual fundaron en los siguientes *motivos*:

Primero: Infracción por aplicación indebida del Código civil y singularmente del artículo 952 del mismo, y por falta de aplicación del capítulo 3.^o de la Novela 118 de Justiniano en relación con el capítulo 3.^o, tit. 2.^o, lib. 4.^o del Fuero de Navarra, porque no había regido nunca en esta provincia la ley llamada de Mostrencos con relación al artículo 12 del Código civil, en lo referente a la sucesión intestada, sólo es aplicable el Derecho foral.

Segundo: El principio de Derecho según el cual "nadie puede ir contra sus propios actos", confirmado por reiterada jurisprudencia de la cual se citaban las sentencias de 27 de diciembre de 1894, de 22 de noviembre de 1902, de 24 de enero de 1907 y la de 21 de octubre de 1919, infringido por la Sala al dictar la nulidad de las escrituras de 26 de junio de 1925, porque la actora no pudo ejercitar la acción de nulidad que supone volver sobre sus propios actos contra la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, de cuyas sentencias, a las antes citadas, añadió la de 26 de mayo de 1864 y la de 4 de julio de 1890.

Tercero: El artículo 2.^o del Código civil que estatuye que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, consagrando los principios de derecho comprendidos en las leyes 8.^a Pr. de la 9.^a y pf. de la 10.^a, Tit. 6.^o lib. 22 del Digesto, *De juris et facti ignorantia*, en virtud de los cuales no pudo la Sala, obstantes los actos escriturarios referentes a la herencia de L. R. realizados por la demandante, acceder a la demanda que la interesada funda en la ignorancia de la ley, disculpando la realización de aquellos sus actos solemnes, principio legal y de derecho que implícitamente infringe la Sala en su fallo, siquiera se observe en su sentencia una marcada confusión por la cita del artículo 1.081 del Código civil que en su resultancia

viene a estimarse por errónea interpretación, y así es objeto del motivo de casación que subsigue al aplicarse al hecho que fundamentalmente implica aceptación de la ignorancia de la ley por parte de la demanda el acceder el Tribunal *a quo* a su demanda. Infringiendo igualmente la doctrina legal consignada en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1861 y 9 de mayo y 18 de diciembre de 1867, según la cual los perjuicios que sobrevienen a las partes contratantes por ignorar preceptos legales, sólo son imputables a las mismas; porque la ignorancia del derecho a nadie excusa ni favorece, ni puede servir de pretexto para anular lo convenido, con mayor razón cuando no se ha alegado mala fe concurrente en los actos de la otra parte contratante, ni estimable, imputable a la demandante, concurrencia de defectos o causas viciosas que alteran la moral eficacia de los contratos; y

Quinto.—Infracción del artículo 1.081 del Código civil, porque el caso no está comprendido en su disposición, ya que la ignorancia de la ley no excusa a nadie, y porque la demandante inició con anterioridad a la declaración de herederos los actos solemnes conducentes a la partición que determinó la adjudicación a la demandante del usufructo foral, si bien esta interesada contradiga ese extremo inmutable, al decir que otorgó las particiones con los otros contratantes, llevada por el error a que fue inducida. Situaciones de hecho engendradoras de las de derecho totalmente incompatibles, y a ninguna de las cuales se refiere el artículo aplicado.

El recurso de casación a que se refieren los motivos que se dejan copiados, fue desestimado a fundamento de los siguientes considerandos:

1.º *Considerando.*—Se refiere a la doctrina del Tribunal Supremo iniciada en la sentencia de 20 de marzo de 1893, según la cual, la sucesión intestada está regulada en toda España, sin distinción de regiones por la del Código civil. Sentencias de 26 de febrero de 1926, 14 de enero de 1927, 17 de diciembre de 1928. En su consecuencia debe ser desestimado el 1.º motivo encaminado a sostener que tal derecho no es aplicable a Navarra, pues a mayor abundamiento, como se dice en la sentencia de 17 de diciembre de 1928, la ley llamada de Mostrencos, lo mismo que las leyes de supresión de señoríos y las denominadas desvinculadoras, que según el artículo 1.º de la ley de 19 de agosto de 1841 fueron de aplicación general, rigió, desde su publicación, en Navarra, sin que destruyese su vigencia y eficacia la de 25 de octubre de 1939 que confirmó los fueros de las provincias Vascongadas y Navarra, etc.

2.º *Considerando.*—Que no se infringe el principio según el cual “nadie puede ir contra sus propios actos” a que se refiere el 2.º motivo de este recurso, pues aparte de que en el derecho y legislación moderna este principio ha perdido mucho de su eficacia, en todo tiempo, o cuando menos desde que el derecho ha sido objeto de meditación y estudio, han existido las acciones rescisorias y de nulidad,

que, naturalmente, implican la revocación de actos anteriores, todo lo cual lleva a la conclusión de que ese principio nunca ha debido amparar actos que por su ilicitud no han debido existir, y que la demandante, al pedir la nulidad de la escritura de partición de 25 de junio de 1925, ejercitó un derecho expresamente concedido en el artículo 1.081 del Código civil, que, desde luego, supone la existencia de un acto propio contrario.

3.º *Considerando*.—Que tampoco es de estimar el motivo 3.º en que se alega la infracción del artículo 4.º del Código civil, pues además de integrar este particular un extremo que no ha sido hasta ahora alegado en el pleito y que constituye una cuestión de hecho cuya resolución compete al Tribunal de instancia y contra cuya apreciación sólo se puede ir en trámite de casación invocando el número 7 del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, es precepto del artículo 991 del Código civil que nadie podrá aceptar ni repudiar la herencia sin estar cierto de su derecho a ella, con cuya disposición no hizo nuestro Derecho civil moderno más que confirmar el Derecho romano, de más inmediata aplicación en Navarra, cuando el Digesto, en su lib. 29, tít. 2.º, ley 23, dijo que “para repudiar la herencia debe estar cierto de su derecho el que no quiere admitirla”.

4.º *Considerando*.—Que la sentencia recurrida no infringe el artículo 2.º del Código civil a tenor del cual la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, porque precisamente con la demanda origen de este pleito, lo que se pretende es todo lo contrario, ya que con ella se aspira a que sea restablecida la ley y el derecho, dejándose sin efecto por la autoridad judicial actos realizados hasta entonces, en contra de lo que las leyes vigentes en toda la nación española tienen establecido para regir la sucesión intestada.

5.º *Considerando*.—Que tampoco incide el fallo recurrido en la aplicación indebida del artículo 1.081 del Código civil que se cita en el quinto y último motivo del recurso, entendiéndose que no puede la parte demandante escudarse en la ignorancia del derecho que alega, porque dicho artículo 1.081, que es en su concepto y expresión tan terminante cual ningún otro del Código, parte de la existencia de un error, sin hacer distinción entre el de hecho y el de derecho, así como del nacido del acto propio o del extraño, y, por tanto, pretender entender que el error de derecho está excluido de este precepto tan terminante de la ley, es ir manifiestamente contra la primordial regla de hermenéutica, según la cual, donde la ley no distingue, no se puede distinguir, y además el Digesto que forma parte del Corpus Juris Civilis, y que, como queda indicado, es el derecho supletorio primeramente aplicable en Navarra, dice en su libro 22, título 6.º, ley 7.ª, II, § 2, que no perjudica la ignorancia del derecho al que pide lo que es suyo; en su ley 5.ª, XIV, § 6, que: Se considera contrario a la equidad que uno pueda perjudicar a la ciencia de otro, o pueda ser útil a uno la ignorancia de otro (Libro XXII, tít. XI, § 6-XIV); y en su ley 6.ª, título XI, § 4, “que la ciencia se ha de estimar de

modo que no sea demasiado el descuido; ni se pida la más exacta averiguación”, *cuyos preceptos son indudablemente aplicables al presente caso*, en que la ignorancia de la parte demandante no es propia, pues ha sido inspirada por el auto de 12 de junio de 1919, por el que se reconocieron a los demandados, derechos hereditarios indebidos, ni se puede conceptuar marcadamente irreflexiva.

Lo hemos indicado ya. La sentencia que hemos dejado en parte extractada y en parte transcrita, constituye un caso práctico, un ejemplo selecto, que nos ha de servir de lección provechosa para tratar y resolver varias de las múltiples cuestiones que se nos pueden plantear en lo referente al tema que estamos dilucidando y para resolver, además, algunas dificultades que tienen con el mismo alguna concomitancia.

Y en primer lugar, la sentencia de 31 de mayo de 1930, nos hace ver de qué manera tan clara y categórica, aunque implícitamente no resuelve la cuestión que anteriormente dejamos enunciada, consistente en sí con la obligación de conocer las leyes, viene también comprendida la de no desconocer la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando ésta, por su reiteración respecto de una cuestión o duda determinada, llega a constituir doctrina legal, doctrina que la ley procesal garantiza con el recurso de casación.

La misma sentencia nos hace ver que la circunstancia de que el Código civil no menciona la jurisprudencia de casación como fuente legal, preterición que podría hacer pensar que su ignorancia podría excusar de atenerse a ella, lejos de ser así, ni tan siquiera tal omisión podría servir, a nuestro modo de ver, para suscitar una duda racional en punto a que la indicada doctrina, lo mismo que la ley, debe ser tenida presente para adaptar a ella toda actuación de jurídica naturaleza. Y nos fundamos para hacer tan categórica afirmación en que, si bien se considera, cuando la reiteración de sentencias del Tribunal de casación llega a establecer doctrina, dado que dichas sentencias no son otra cosa que aplicaciones de las leyes a los casos de dudoso sentido o interpretación de las mismas, que resuelven interpretándolas de una manera definitiva o suprema, es visto que los actos que infringen dicha doctrina, sea por ignorancia, sea por error, sea intencionadamente, lo que infringen es no sólo la doctrina, sino que también las leyes mismas que la doctrina ha interpretado y aplicado; porque en realidad, la doctrina que interpreta y aplica una ley, viene a ser en su esencia, una misma cosa, un mismo precepto, cuyo desconocimiento a nadie puede servir de excusa. O, en otros términos, que siempre que se infringe una doctrina legal, lo que se infringe es no sólo la doctrina, sino que al mismo tiempo queda infringida la ley o precepto de índole legal que dicha jurisprudencia ha interpretado y aplicado reiteradamente. Lo que no significa ni quiere decir, que toda casación, por infracción de ley, implique casación de doctrina, ya que son muchos los casos en que tales sentencias no llegan a

sentar doctrina, bien porque les falta la circunstancia de su reiteración, bien porque les falta la de que añadan al precepto legal, la determinación de su verdadero sentido o la de su aplicabilidad al caso; o lo que es igual, que para sentar doctrina, no se han de limitar a aplicar el precepto, sino que, penetrando en su sentido, lo determinen cuando es su sentido o aplicación al caso objeto de la casación, y así lo declaren por medio de su definitiva y suprema interpretación.

Y así, entendida la casación por infracción de doctrina legal, resulta cosa clara que el desconocimiento de dicha doctrina ha de venir forzosamente comprendida en el precepto del artículo 2.º del Código civil y que tal ignorancia, por tanto, no puede servir de excusa a los que con sus actos la han infringido.

Repárase, sino, en la manera de razonar que observa la sentencia de 31 de mayo de 1930, la desestimación del motivo primero de casación sentado para demostrar la nulidad de la sentencia de la Audiencia de Pamplona por razón de que con ella se había infringido el artículo 952 del Código civil que llama al cónyuge sobreviviente a la sucesión intestada del difunto a falta de hermanos y de hijos de éstos y por falta de aplicación del capítulo 3.º de la Novela de Justiniano, y ello porque, según alegaba el recurrente, la ley llamada de Mostrencos, nunca había regido en Navarra, y que por tanto y que por virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del código civil, en lo referente a la sucesión intestada, sólo era aplicable el derecho foral. Y repárese, repetimos, de qué manera la fundamentación de la desestimación del recurso, gira continuamente alrededor de la ley; porque, aun cuando al principio del considerando primero de la sentencia de casación, se hace mención de la doctrina sentada en sentencias anteriores, es sabido que todas ellas, giran también, a su vez, alrededor de la dicha ley llamada de Mostrencos y del artículo 12 del Código civil; y en la parte subsiguiente del considerando, no se hace sino rebatir el motivo primero del recurso, en cuanto se afirmaba en él que dicha ley no había estado nunca en vigor en Navarra.

Y lo que dejamos dicho del motivo 1.º del recurso y del considerando que lo desestima, podríamos seguir diciendo de los demás, como puede decirse de todos los de las demás sentencias de casación que tienen por finalidad de fondo la interpretación o aplicabilidad de un precepto legal.

Conste, pues —y pueden tomar de ello nota los que pretendan robustecer la argumentación que dirigen contra la presunción legal de que todos deben conocer todas las leyes—, que otro de los preceptos, cuyo conocimiento se les impone, es el de la doctrina legal que se establece con las sentencias de casación, con las cuales cotidianamente se viene a incrementar el enorme y formidable cúmulo de preceptos jurídicos cuyo desconocimiento a nadie puede servir de excusa.

Pero conste, a la vez, que si bien el indicado aumento de las ya casi insuperables dificultades que la multitud de disposiciones legales

presenta para poner de acuerdo la presunción de su conocimiento con la realidad innegable de su casi invencible ignorancia, no puede servir jamás de motivo para dejar sin efecto dicha presunción de ciencia —porque con tal cancelación quedaría de hecho cancelada toda legislación—, no obstante, constituye otro motivo, otra razón para estimular las actividades codificadoras del poder legislativo, para conservar lo que merezca ser conservado, derogar lo que no lo merezca, adicionar lo que se precise, convertir en preceptos legales los productos de la doctrina legal, lo mismo que de la científica, y reformar lo que exija enmiendas y mejoras en las leyes que se estimen oscuras, deficientes o defectuosas. Que si periódicamente se atendiese a las indicadas necesidades de naturaleza legislativa, podría suprimirse de la ley procesal el recurso de casación por infracción de doctrina legal, con lo cual, aun cuando las sentencias del Tribunal Supremo, conservarían la prestantia que se les debe siempre reconocer, ni obligarían más que a los litigantes, ni coartarían al Tribunal para sucesivas actuaciones.

Sobre este extremo del tema que nos ocupa, quiero aportar a las presentes páginas los siguientes artículos del Código civil de la República Oriental del Uruguay del 68.

Artículo 12.—Sólo toca al legislador explicar e interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que actualmente se pronuncieren.

Artículo 13.—La interpretación auténtica o hecha por el legislador tendrá efecto desde la fecha de la ley interpretada, pero no podrá aplicarse a los casos ya definitivamente concluidos.

Artículo 14.—La Alta Corte de Justicia y los Tribunales de Apelaciones, siempre que lo crean conveniente, darán cuenta al Poder Ejecutivo de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas, a fin de que el Poder Ejecutivo inicie ante el Cuerpo Legislativo, sea la interpretación de las leyes preexistentes, sea la sanción de nuevas leyes.

Véase ahora de qué manera razona la sentencia de 1930 la inaplicabilidad al caso del artículo 2.º del Código civil, y como consecuencia de dicha inaplicabilidad, la desestimación de los motivos 2.º y 3.º de casación.

Según la parte recurrente, el citado artículo del Código y las leyes con el mismo concordantes del título de *Ignorantia juris et facti* del Digesto, y el principio de Derecho, según el cual nadie puede ir contra sus propios actos, habían sido infringidos en la sentencia recurrida, por cuanto no pudo en ella la Sala sentenciadora, acceder a la demanda que la actora fundó en la ignorancia de la ley, disculpando

con ella la realización de sus propios actos escriturarios referentes a la herencia de su difunto esposo, e infringiendo con ello, además, el citado principio de derecho.

Realmente, de los hechos alegados en la demanda, resulta que la demandante había ido contra sus propios actos al reclamar la nulidad de las escrituras públicas por ella aprobadas y suscritas; así como también que al demandar dicha nulidad había alegado como causa de ella, que había realizado tales actos en la creencia de que, habiendo fallecido su marido abintestato, únicamente le correspondía el usufructo que establece el Fuero de Navarra, y que los verdaderos herederos de su esposo eran sus primos hermanos vivos y los derechohabientes de los premuertos, a todos los cuales había declarado herederos el Juzgado de Tudela.

Y a primera vista, la impresión momentánea de la lectura de los motivos de casación 2.º y 3.º era de que dichos motivos habían de ser aceptados y, por tanto, que el recurso había de tener éxito favorable. Pero, después de meditados debidamente, y, sobre todo, después de leídos los considerandos de la sentencia del Alto Tribunal, se veía con toda claridad que tales motivos no eran de estimar: ni por el hecho de haber ido la demandante contra sus indicados actos propios, por cuanto, como se dice en el considerando segundo de la sentencia del Supremo, el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, no ha podido nunca amparar actos ilícitos, consideración por la cual hemos visto rechazados muchos recursos fundados en la pretendida infracción de dicho principio y, además, por la consideración de que, al reclamar la nulidad de la escritura particional ejerció un derecho que expresamente le concedía el artículo 1.081 del Código civil, derecho que, desde luego, supone la previa existencia de un acto propio contrario, cuya anulación se pidió y que el citado artículo declara. Razonamiento inmovible, por cuanto dicho artículo dispone que "la partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo, será nula".

Hubo, pues, indiscutiblemente, impugnación de actos propios por parte de la demandante; pero no hubo verdadera infracción del principio de derecho alegado por la parte recurrente; por cuanto el principio citado como infringido no es, como no lo son la gran mayoría de los principios, reglas, máximas, sentencias o adagios jurídicos, normas de absoluta e indeclinable aplicación, sino que tales reglas generales están sujetas a múltiples excepciones cuyo desconocimiento es frecuentemente causa de que se citen o invoquen mal por los litigantes, y aun de que se acepten y apliquen erróneamente por los tribunales de justicia; circunstancia que hemos hecho notar en distintas ocasiones y que nos proponemos poner de manifiesto al examinar otras reglas o principios generales de derecho, cuyos comentarios tenemos en preparación (7).

(7) Sobre la realidad y sobre la importancia y trascendencia de esta observación, así como sobre las observaciones que hemos tenido que hacer para

Y ahora, pasando a examinar la sentencia de mayo de 1930 en el punto en que resuelve el aspecto más interesante para la solución del problema que nos ocupa, o sea, para la interpretación del artículo 2.º del Código civil, dicha sentencia nos suministra con la luminosa doctrina que contiene, y con la sagacidad interpretativa de que hace práctica aplicación, enseñanzas provechosas, tanto por lo que concierne a la teórica interpretación del texto legal, como por lo que toca a la atinada aplicación de la misma a la especie discutida; aplicación que constituye el elemento máspreciado y de mayor valor intelectual, tanto para defender y asesorar como para juzgar o sentenciar.

Ya lo hemos dicho; si bien era innegable que la viuda demandante había alegado en su demanda, al reclamar la declaración de nulidad de la escritura particional, que al otorgarla lo había hecho llevada de la ignorancia en que estaba de la doctrina que en repetidas sentencias había sentado el Tribunal Supremo, respecto de que la sucesión intestada se había de entender regulada en todos los territorios de España por el Código civil en sustitución, sobre el particular, del derecho de todas las regiones llamadas forales, y que formulaba su demanda *una vez mejor informada de su derecho*; y que, por tanto, era cosa igualmente manifiesta, que con la demanda se planteó el problema de si podía dicha circunstancia constituir o no obstáculo para que la demanda tuviese favorable éxito.

Pero la sentencia en sus considerandos con textos de la legislación histórica (que nos recuerda ser la romana de subsidiaria aplicación en Navarra), aducidos para interpretar el artículo 2.º del Código civil, puso de manifiesto la equivocación de criterio padecida por la parte que recurrió en casación, y estableció el verdadero sentido en que debe ser interpretado el citado artículo del Código; sentido que lo pone en concordancia, sustancialmente, con la regulación que sobre la materia se contiene en el título de *Juris et facti ignorantia* (lib. XXII, tit. VI) del Digesto, del cual en el considerando 4.º se citan varias leyes. Y es de notar la sagacidad con que el Supremo convierte en el considerando tercero de la sentencia, en argumento contrario a la parte recurrente el mismo artículo 2.º por ella invocado, retorsión consistente en poner de manifiesto que no podía estimarse la supuesta infracción del citado artículo, a tenor del cual la *ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*, por cuanto, precisamente con la demanda, lo que pretendía la actora era todo lo contrario, ya que con ella

corregir un defecto tan generalizado como lo es el de citar como de absoluta aplicabilidad los principios o reglas generales del derecho, queremos recordar que, hace ya muchos años, en cuatro sendas conferencias dadas en la Academia de Jurisprudencia de Barcelona, dimos detallada explicación de las excepciones que limitan el conocido principio de derecho posesorio que se enuncia diciendo "Spoliatus ante omnia restituendus"; conferencias en las cuales examinamos en la primera, las excepciones de dicho principio en el ámbito del Derecho penal; en la segunda, las que tenían por virtud del Derecho romano; la tercera, por razón del Derecho canónico, y en la última examinábase las que tenía dentro del Derecho civil vigente.

aspiraba a que fuese restablecida la ley y el derecho, dejándose sin efecto actos realizados en contra de las leyes vigentes en toda la nación.

Y, efectivamente, si se tiene a la vista la redacción del artículo que ocupa nuestra atención, se ve inmediatamente que lo que preceptúa no es que la ignorancia de las leyes no pueda alegarse jamás (lo cual, ciertamente, tampoco lo pretendió la parte recurrente), sino que dicho artículo pone a su eficacia, unos límites que la parte recurrente no respetó; ya que por su virtud, los efectos de la eficacia de la ignorancia de las leyes, quedan circunscritos a no poder escudarse en ella para dejar de cumplir lo ordenado por las que se ignoran. E interpretando así el artículo del Código, con lo cual no se hace sino atenerse a su letra, que, dicho sea de paso, suele ser la mejor manera de interpretar las leyes, salta a la vista que la demanda quedó fuera de la órbita marcada por la expresada delimitación; ya que la demandante, lejos de escudarse en su ignorancia para dejar de cumplir la ley ignorada, lo que hizo fue, como muy acertadamente se dijo en la sentencia del Supremo, reclamar su cumplimiento.

Lo que seguramente indujo a error a la parte demandada al invocar como obstáculo a la aceptación de la demanda el artículo que estamos estudiando, debió ser la confusión entre la ignorancia de la ley —en el sentido estricto de la palabra— con lo que le pudo parecer *incumplimiento del contrato particional*, ya que también los contratos son ley para los otorgantes; pero para que los demandados se hubiesen apartado de incurrir en dicha confusión, les habría bastado con tener presente que la demandante no se escudó en su ignorancia de la ley para dejar de cumplir un contrato que había otorgado y cumplido ya; sino para reclamar, al amparo de la ley, que con él se infringió, la declaración de su nulidad; consideración que les habría hecho ver la enormidad de la alegación que implicaba, o bien la imposibilidad de reclamar la nulidad de todos los contratos contrarios a las leyes cuando las leyes que los infringen son ignoradas de los otorgantes; o bien que al otorgar dichos contratos, la parte ignorante de sus derechos renuncia *tácitamente* a unos derechos que ignora tener; soluciones que, ni una ni otra, parecen aceptables.

Otra circunstancia de la sentencia que estamos examinando nos ha parecido que justifica la extensión con que la analizamos, y que hace merecedora, además, en cuanto se contrae al presente comentario de nuestro más efusivo y respetuoso aplauso; y es la aportación a la resolución del recurso que la motivó de las disposiciones de las leyes romanas que, con la intensa luz de los jurisconsultos con cuyos dictámenes se formó la compilación justiniana, dejaron detalladamente legislada esta materia, que la codificación moderna presumió poder dejar suficientemente regulada con un solo de sus rígidos artículos, y con todas las oscuridades y deficiencias inherentes a tal sistema de legislar; deficiencias y oscuridades que han dado lugar a tan numerosas como extensas dilucidaciones teóricas —a la vista está— y a las no menos numerosas y costosas, además, controversias judiciales, que

han elevado a la categoría de verdadero y arduo problema lo que aquella legislación consiguió resolver por medio de contadas disposiciones.

De las aludidas leyes, la sentencia del Supremo aportó a ella las de números 5, 6 y 7 del título de *Juris et facti ignorantia*, tit. 6.º del Digesto, *cuyos preceptos* —dice la sentencia— *son indudablemente aplicables al presente caso*.

Hemos de hacer constar que el subrayado no es de la sentencia, sino nuestro; líneas trazadas para justificar las consideraciones que nos han sugerido su aportación, por estimarlas de indudable aplicación al caso planteado en Navarra.

Únicamente la invocación de la ley 6.ª del citado título del Digesto no la creemos acertada, por no ser aplicable al caso de la sentencia, ya que tratándose como se trataba de una ignorancia de *Derecho*, no le podía ser aplicable una ley que regula una ignorancia de los *hechos*, respecto de cuyo desconocimiento, dice dicha ley 6.ª, que no se ha de permitir la ignorancia crasa, ni se ha de exigir el cuidado más diligente, pues la ciencia —añade— refiriéndose siempre a los hechos y no al Derecho, se ha de estimar de modo que no sea demasiado el descuido, ni se exija la más exacta averiguación.

Por lo demás, y aunque el citado texto no se refiriese de una manera expresa a la ignorancia de los hechos —y no se ha de olvidar que el Título VI del libro 22 del Digesto lleva por epígrafe el de “De Juris et facti ignorantia”—, tampoco podría concordar su contenido con lo que preceptúa el párrafo segundo del mismo título que, según la versión castellana de Fonseca y Ortega, dice así:

“En todo caso el error de derecho no deberá tener el mismo lugar que la ignorancia del hecho; porque el derecho es, y debe ser limitado (8), y la interpretación del hecho muchas veces engaña aun al más prudente.”

Y es tanto más de lamentar la inadecuada cita de la indicada ley, por cuanto con gran facilidad se pudo convertir el apuntado lunar en otro motivo de elogio para la interesante sentencia, con sólo citar en vez de la ley 6.ª, la 9.ª del mismo título; en la cual el Digesto recogió la regulación que el jurisconsulto Pablo, en su libro único sobre la materia, la dejó minuciosamente ilustrada con excepciones, distinciones y subdistinciones que constituyen una demostración de la justicia con que aquel gran jurisconsulto que había sido uno de los que es-

(8) Pothier en su traducción de las Pandectas, emplea el vocablo *determinado*, en vez de la palabra *limitado* de la traducción castellana citada. Nos parece más acertada la traducción de Pothier, aun cuando no lo suficientemente precisa, y si nos fuera permitido proponer el empleo de otra palabra, propondríamos que la palabra *finitum* del original fuese traducida por la de *definido*; con lo cual no se haría otra cosa que emplear una de las acepciones que los diccionarios atribuyen al verbo finio, finis, *finitum*, cuyo participio empleado por el texto, al equivaler a la palabra *definido*, nos daría la idea más adecuada a la obligación impuesta por la ley, de que el Derecho sea de todos conocido, y la presunción *juris et de jure* de que realmente lo es.

taban autorizados para establecer el Derecho que se ha calificado de razón escrita, examinó esta cuestión.

Pero dejando aparte el indicado pequeño lunar que hemos notado en la por tantos conceptos interesante sentencia que estamos examinando, lunar que nos hace pensar lo que dijo Horacio: "Quandoque bonus dormitat Homerus", queremos antes de dar por terminado este detenido análisis de la sentencia de 31 de mayo de 1930, referirnos a lo que en ella se dice, invocándolo reiteradamente, una vez en el considerando segundo y otra en el cuarto, que el Derecho romano, como supletorio que es, en primer término, del Foral de Navarra, contiene disposiciones —las del título repetidamente enunciado que se citan en términos que, si no de una manera suficientemente clara, hacen sospechar que el pensamiento del Supremo fuese el de citar dichos textos como aplicables al caso ocurrido en Navarra.

Dudas y vacilaciones sobre las cuales no nos atrevemos a pronunciar, pero que dada su trascendencia extraordinaria —no sin razón hemos elegido dicha sentencia como caso práctico insuperablemente adecuado para contrastar la doctrina y la teoría con las realidades de la práctica— queremos discurrir, aunque no sea más que para que otros entendimientos de percepción más certera y segura puedan resolverlas; si es que no lo han sido ya, lo cual constituiría para nosotros un caso en que habríamos caído en la ignorancia del Derecho.

Porque para admitir que en materia como la de que se trata, regulada por un artículo (el 2.º) del Código civil, comprendido en su título preliminar, que como es sabido, es de aplicación general, y por tanto, según parece lo racional, de aplicación uniforme e idéntica a todos los territorios de España, no acertamos a explicarnos de qué manera y por qué razón y aun en qué preciso concepto, y por ende, en qué determinada manera se han podido aplicar al caso las leyes romanas aportadas a la sentencia denegatoria de la casación pedida por la parte demandada en el pleito consabido.

Porque no se nos negará, que para que las leyes de la madre Roma puedan ser aplicadas con fuerza de verdadera ley en territorios de legislación especial, como lo es Navarra, y como lo es también Cataluña, en materias como la del caso que nos ocupa, que se hallan reguladas por el artículo 2.º del Código civil, parece que habría de ser necesario franquear el obstáculo que para ello presenta el párrafo primero del artículo 12 del mismo Código, según el cual son obligatorias en todas las provincias de España las disposiciones de dicho título en cuanto determinan los efectos de las leyes, entre los cuales se han de tener, ciertamente, los de su obligatoriedad para todos, hasta para los que las desconocen o ignoran; y, como consecuencia, parece también que en todas las provincias de España el artículo 2.º del Código habría de ser aplicado con un criterio de completa uniformidad y sin que, por lo tanto, pudiese determinar diferencias el hecho de que en Navarra esté en vigor el Derecho romano como legislación supletoria y no lo esté en la mayoría de las otras provincias.

O por ventura, ¿será que nuestro Supremo Tribunal está orientan-

do su criterio a la restauración de la legislación romana con fuerza aunque meramente doctrinal o interpretativa del Código civil, en cuyo concepto el indicado párrafo no constituiría estorbo alguno para tan plausibles orientaciones? (9).

EL DISCURSO DE VALENCIA DE 1934

No nos atrevemos a dictaminar en firme sobre el particular; pero tampoco queremos dejar de aprovechar esta oportunidad para manifestar nuestra opinión sobre materia de tanta trascendencia, con mayor motivo porque lo podemos hacer sin esfuerzo alguno y sin que nadie pueda dudar ni de la sinceridad, ni de los móviles que nos impulsaron al proponer como aspiración, orientada a dar un paso hacia la unificación del Derecho civil, consistente en proponer la restauración, con el sólo concepto de supletorio e interpretativo de la legislación anterior al Código civil, tal como según nos inclinamos a pensar, lo realizó el Tribunal Supremo en el caso de la sentencia de que nos hemos ocupado, al aportar a su fundamentación los textos en ella citados del título de *Juris et facti ignorantia* del Digesto.

Decimos que no podemos sin esfuerzo alguno dejar aquí expresada la indicada proposición, ya que nos ha de bastar con transcribir algunos párrafos de la disertación, de la cual el Ilustre Colegio de Notarios de esta capital, publicó una edición dedicada al de Valencia, y de la que dimos lectura el día 12 de mayo de 1934 en el salón de actos de este último Colegio Notarial, al corresponder a la invitación honorífica que se nos hizo, de contribuir a las solemnidades con que dicho Colegio acostumbra a celebrar anualmente la fiesta patronal de Valencia en honor a la Santísima Virgen de los Desamparados.

He aquí a continuación lo que dijimos en aquella solemne ocasión, para el autor de estas páginas de recordación gratísima.

Nos dirigíamos a un auditorio numeroso y selectísimo que nos prestaba una atención alentadora y benévola y después de hacer algunas alusiones inspiradas en ilusiones, que poco tiempo después la realidad se encargó de desmentir, motivadas por el régimen enton-

(9) Antes de ahora hemos manifestado nuestra más viva simpatía hacia lo que podría constituir una como reincorporación de la legislación romana al régimen jurídico general de España después de la abrogación de ella en virtud del último artículo (1976) del Código civil; reincorporación que, a nuestro modo de ver, podría facilitar a los Tribunales de Justicia, elementos muy valiosos para resoluciones como las de la sentencia que dejamos examinada; y para siempre que, obligados a sentenciar, en virtud de lo que les ordena el artículo 6.º del mismo Código, aun en casos de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de las leyes, se ven precisados, en defecto de leyes y de artículos a acudir a los principios de Derecho, bajo cuyo amplísimo concepto pueden considerarse un número incálculo de leyes romanas que no son otra cosa que fórmulas dictadas por la razón natural y trasunto de lo que podríamos llamar justicia inmanente. (Véase nuestra disertación dada el 12 de mayo de 1934 en la sala de actos del Ilustre colegio Notarial de Valencia, páginas 19 y siguientes.)

ces recientemente instaurado en Cataluña, decíamos a nuestros distinguidos oyentes:

“Y para los espíritus que, como el mío, y quiero pensar que como el vuestro, se sienten inclinados a promover una convivencia cordial entre todos los pueblos ibéricos y una aproximación lo más estrecha posible en el ámbito de la legislación, ha de ser cosa muy grata el meditar, y aunque no sea más que soñar en la realización de esos bellos ideales.

”Siendo ello así, yo os invito, yo os ruego, que, prolongando un poco más vuestra atención, paciente y benévola, queráis acompañarme en esas halagüeñas meditaciones, o si queréis, en esos sueños —¡si es que no han de ser más que sueños!— sobre tan atractivas aspiraciones.

”Ante todo, yo me pregunto, señores: ¿Es que sería idea tan utópica la de que el artículo final del Código civil, fuese sustituido en la esperada reforma del Código, por otro más de acuerdo con el sistema seguido por la codificación novísima (10) en cuya virtud las leyes anteriores al Código y la doctrina que las ilustró y comentó obtuviesen fuerza interpretativa y supletoria, y sirviesen de esa manera para llenar los vacíos del Código y para ilustrar e interpretar sus preceptos? ¿qué perdería con ello —pregunto— la legislación civil general de España? A mi modo de ver, ni en su espíritu, ni en su uniformidad, perdería merma alguna; y, en cambio, ganaría notoriamente en riqueza exegética, llenando de ese modo los numerosos e importantes vacíos que hacen necesarios los ya indicados costosos experimentos de la casación, no siempre adecuados ni bastantes para remediar la pobreza de la doctrina interpretativa de los modernos códigos.

”Yo no me atrevo a pensar, señores, que esa sugerencia —que por ser mía está desprovista de toda autoridad— llegue a tener pronta acogida, no ya en las altas esferas legislativas, pero ni tan siquiera en el ámbito de la jurisprudencia doctrinal. Pero lo que os digo es, que con el transcurso del tiempo, aquella legislación antigua y aquella doctrina que se quiso arrinconar para siempre apartándola de la vida jurídica española, volverán, aunque poco a poco, a recobrar su vigor interpretativo y supletorio en todo cuanto contienen de fórmulas de equidad y de justicia natural, y en todas cuantas materias tenían reguladas de manera sustancialmente idéntica al modo como lo están en el vigente Código civil.

”¿De qué manera? Pues sencillamente, señores, de momento y mientras esperamos la indicada reforma, ensanchando poco a poco el estrecho portillo que el artículo 6.º del Código civil ofrece a dicha legislación para que pueda penetrar en el terreno de lo moderno con el marchamo de *Principios de Derecho*, dentro de cuya calificación o categoría, pueden ir acoplándose una multitud de reglas jurídicas

(10) Nos referimos al Codex juris canonici y al proyecto de Apéndice al Código civil recientemente terminado.

interpretativas y supletorias del Código. Es en ese terreno en donde podremos otra vez encontrarnos en unión efusiva los juristas catalanes y los demás del resto de España; porque todos en este sector de la jurisprudencia, tendremos que beber en la misma fuente.

”Y esa no es idea producto de una imaginación calenturienta, o de un ánimo apasionado en favor de la legislación histórica; esa es idea tomada de lo que se observa en el terreno de la doctrina científica, que es la precursora de toda elaboración legislativa, y constatada además, con lo que ha venido sucediendo en algunos de los modernos tribunales de casación, y de una manera especial en los que ha tenido Italia, en los cuales se han venido aceptando como fuente interpretativa de su Código civil muchos de los preceptos de la legislación romana, aunque no sean de los comprendidos en los títulos de *Regulis juris*, ni en el de *Verborum significatione* del Digesto.

Y terminábamos las copiadas consideraciones diciendo:

”Pues bien, señores, aunque sea repetirlo, convirtiendo aquel estrecho portillo de los principios de Derecho en una amplísima brecha, por ella podría penetrar en los dominios de la legislación civil moderna, el caudaloso río de aquella legislación histórica, cuyas aguas podrían convertir en ubérrimos campos las áridas llanuras del Derecho civil codificado.”

PROSIGUE COSTA

Hasta aquí hemos examinado todo cuanto hemos considerado conveniente exponer como comentario al artículo 2.º del Código civil, en cuanto al problema de la ignorancia del derecho se refiere a toda clase de personas, y más particularmente a las que sólo les es posible conocer las leyes mediante el auxilio de quienes tienen por oficio el estudio de la ciencia del Derecho, y nos hemos detenido en la doctrina de los que, a su vez, luchan apasionadamente contra la presunción legal de que las leyes son de todos conocidas y contra la obligación de conocerlas que es su consecuencia o corolario, poniendo, para hacerlo de manifiesto, el divorcio entre dicha presunción de ciencia y la realidad de desconocimiento por la inmensa mayoría de las personas obligadas al cumplimiento de aquéllas; y hemos hasta aquí, examinado las principales consideraciones y motivos que invocan los que impugnan la indicada presunción legal extraídas de los escritos de los modernos publicistas Costa y Alarcón, entre los de nuestra nación, y Dereux, entre los franceses, que tienen el precursor de sus teorías en el polígrafo Luis Vives.

Pero hasta ahora hemos dejado intacto el problema de la ignorancia del Derecho en cuanto se refiere a las personas a las cuales corresponde por razón de su oficio, conocerlo, bien sea para asesorar, bien sea para juzgar; aspecto del problema que no hemos visto que haya sido estudiado hasta el presente por ningún escritor, y que por tanto nos creemos obligados al examinarlo, a recomendarnos a la

indulgencia que necesita quién, como el que esto escribe, tiene el convencimiento de su falta de autoridad y de las condiciones que se necesitan para acertar en sus juicios sin la guía y auxilio de los verdaderos maestros en los trabajos que tienen por objeto la investigación de los problemas o en alguno de sus aspectos que están todavía sin explorar.

No perderemos de vista, al estudiar el indicado aspecto del tema que nos ocupa, la refutación que de nuestro punto de vista hace Costa en su libro citado, con las siguientes palabras: "No faltan escritores que reconozcan lo falso y convencional de aquella presunción (se refiere a la que consiste en atribuir a todos los ciudadanos el conocimiento del Derecho), desmentida a cada paso por la realidad; pero piensan como Ambrosoli, como nuestro Vicente y Caravantes, que una tal ficción es absolutamente necesaria para la conservación del orden social. Por manera que el orden social de las naciones modernas no puede asentarse sobre la verdad; necesita de una abstracción, necesita de un artificio gigante, monstruoso, que condena a los hombres a caminar a ciegas por el mundo; que les condena a regir su vida por criterios que le son y que fatalmente han de serles ignorados". Palabras y conceptos que condenan todas las cargas que los debeladores del sistema de la presunción que estamos defendiendo, dirigen contra ella, y que nosotros nos proponemos rebatir, empezando por ampliar en vez de restringir, el ámbito de su aplicabilidad.

Porque hemos de comenzar nuestro intento reconociendo, confesando paladinamente, que Costa —salvo las calificaciones de su uso peculiar— está en lo cierto, cuando después de citar la proposición de que a nadie le es permitido ignorar las leyes, y lo que es consecuencia de la misma, que se presume que todo el mundo las conoce, y después de afirmar que esta presunción se mantiene a sabiendas de que es una ficción, a sabiendas de que es una falsedad: Primero, de que nadie conoce todo el derecho, de que sólo una insignificante minoría de hombres sabe una parte y no muy grande de las leyes vigentes en un momento dado; segundo, de que es imposible que la mayoría y aun esa minoría las conozca todas; y tercero, que la presunción conforme a la verdad de los hechos, por tanto a la razón, a la justicia y a la lógica, sería cabalmente a la inversa, "que nadie conoce las leyes como no se pruebe lo contrario".

Y en nuestro indicado intento de examinar las cuestiones que dejó planteadas Costa en toda su crudeza, aunque no con toda exactitud y que le llevó a sentar la deducción final, nos proponemos hacerlo aceptando sin reservas la afirmación de Costa, de que sólo una insignificante minoría de hombres sabe una parte, y no grande, de las leyes vigentes en un momento dado, y que es imposible que la mayoría, y aun esa minoría, las conozca todas, proposición que admitimos con la condición de que a ella le sean adicionadas estas cuatro palabras, *en un momento dado*, palabras cuya omisión permitió a Costa formular su tercera conclusión, en parte verdadera y en parte inadmisibles, cuando afirma que la presunción conforme a la realidad de los hechos

será cabalmente la inversa (admitido); pero no que fuese *por tanto*, conforme a la razón, a la justicia y a la lógica, la presunción que según Costa, consistiría en que nadie conoce las leyes como no se pruebe lo contrario, conclusión que, como ya tenemos dicho, equivaldría casi en la totalidad de los casos, a restar toda obligatoriedad a la ley.

Y decimos que a pesar de reconocer, como reconocemos sin reserva, la certeza de lo que Costa afirmó al decir que sólo una insignificante minoría conoce una parte y no grande de las leyes vigentes en un *momento dado*, y que es imposible (así, imposible, dando al vocablo todo su sentido ontológico), que aun la indicada minoría las conozca todas, *también en un momento dado* (palabras subrayadas que nosotros añadimos); aun admitiendo con la apuntada adición las proposiciones de aquel gran pensador, seguimos adheridos a la opinión de los autores Ambrosoli y Vicente Caravantes, de cuyas producciones no sabemos más que lo que nos dice Costa que la ficción de que se trata es absolutamente necesaria para la conservación del orden social, sin que por ello pueda decirse, con verdad y con justicia, lo que a continuación de la cita de dichos autores dice, que ello significa que el orden social en las naciones modernas no puede asentarse en la verdad, sino que “necesita de una abstracción, necesita de un artificio gigante, monstruoso, que condena a los hombres a caminar a ciegas por el mundo; que los condena a regir su vida por criterios que les son y que fatalmente han de serles ignorados”.

A nuestro modo de ver, todas las declamaciones, todas esas airadas protestas, toda la gritería que se ha dirigido contra la presunción legal de que estamos tratando, dimana del olvido, o si no se quiere admitir el olvido, de la omisión o abstención o preterición o como quiera calificarse, de un elemento integrante de lo que constituye la totalidad de la presunción que constituye el blanco de los que, sabiendas unos, e inconscientemente los otros, se encuentran situados dentro del sistema filosófico defendido por los ácratas o libertarios, o sea de los que acarician una sociedad sin verdaderas leyes. Dicho elemento consiste, sencillamente, en adicionar a la repetida ficción o presunción legal, la equivalencia de saber el Derecho con la posibilidad de conocerlo en un *momento dado* y para un determinado acto, en cuyo supuesto aun siendo verdad que a nadie le sea posible conocer *todo el Derecho*, todas las leyes *en un momento dado*; y aunque en un *momento determinado* haya quien desconozca el Derecho en cuanto le interesa conocer, es cosa sabida de todos, de sabios como Costa y de ignorantes como el más ignorante de los ciudadanos, que le es posible conocer las leyes en cuanto le interese en aquel momento o para aquel asunto determinado, reclamando el auxilio o asistencia de un experto o profesional de la Jurisprudencia. Y puesta la cuestión en estos términos ¿qué queda, preguntamos, de todas las referidas declamaciones y de tanta gritería, bulla y acompañamiento de invectivas?

Queda algo, y aun algo de que nos proponemos ocupar más adelante, no para impugnar la presunción legal, sino para hacer ver las dificul-

tades con que puede tropezar su adaptación a los tiempos modernos y especialmente en este territorio de legislación tan compleja, como lo es la que se compone de tantos cuerpos legales como la de Cataluña (11).

Pero antes de entrar a examinar este aspecto del problema de la ignorancia del Derecho, queremos hacer notar la circunstancia un tanto sorprendente de que todos los pensadores que han hecho armas contra aquella presunción que, lo repetimos una vez más, la consideramos como absolutamente indispensable para la conservación de toda sociedad civilizada, todos ellos omiten enteramente, o si acaso lo mencionan como de soslayo y tan a la ligera que a duras penas se percibe, el elemento que dejamos indicado que condiciona y delimita el ámbito de la presunción que nos ocupa.

El mismo Luis Vives, citado en el libro de Costa, incurre en dicha omisión, cuando dice, según la traducción del mismo Costa que lo cita: ¿Dónde está la justicia del principio ignorantia juris nemine excusat, siendo tantas las leyes y tan abultadas y dificultosas, que nadie podrá saberlas todas? Con ellas no trazáis una pauta benigna y paternal para conducirse en la vida, sino que tramáis emboscadas (insidias struitis) a la ignorancia y sencillez del pueblo (simplicitati populari).

Ninguno de los que han escrito contra la presunción que la ley ha impuesto como garantía de su obligatoriedad, se ha detenido en sus ataques ante aquella otra máxima que equipara el precepto de conocer el Derecho con la posibilidad de obtener el conocimiento de la ley, si no es por sí mismo, por mediación de quien lo conozca; el que llega a mencionar esta circunstancia que justifica la presunción legal, y que por tanto desvirtúa todos los fáciles razonamientos, fundados en la contradicción entre la ficción y la realidad, se acuerda de aquella ecuación sólo para poner de manifiesto que no corrige enteramente la eterna desigualdad entre las contradicciones del pobre y del rico; y sin preocuparse de proponer manera alguna de corregir en lo posible dicha desigualdad, persisten en los ataques a la presunción que es condición ineludible de la subsistencia de toda ley, prefiriendo una solución que fatalmente conduce a la formal implantación del ideario ácrata o anárquico, antes que admitir que las leyes han de ser por igual obligatorias para todos, para pobres y para ricos, para ricos que para pobres; y si se les observa que los ignorantes del derecho pueden vencer su ignorancia por la intervención y asistencia de los que han dedicado sus actividades al estudio de la jurisprudencia, rehúsan del remedio con el pretexto de que el pobre no puede tener con la misma facilidad que el rico la indicada asistencia de los conocedores de la ley. Todo es para ellos preferible, antes que admitir la ficción, que se permiten refutar con los más duros calificativos, sin omitir el de tacharla de falsedad, aun admitiendo que dicha pre-

(11) Ha de observarse que este trabajo fue escrito mucho antes de ser aprobada la *Compilación del Derecho civil Especial de Cataluña*.

sunción —que en el concepto en que debe ser considerada, o sea, equiparando la posibilidad de conocer la ley a la realidad de conocerla, para los efectos de estar todos obligados— constituya uno de los más firmes sostenes de las sociedades civilizadas. Para ellos el interés público del orden social no puede estar por encima, antes bien, está subordinado a la condición, evidentemente imposible y cual imposibilidad reconocen, de que todas las leyes han de ser directamente conocidas de todos y en todo momento, llegando a proclamar que, no siendo así, no deben ser consideradas verdaderas leyes, “sino aquéllas que el pueblo conoce... y refrenda cumpliéndolas traduciéndolas en sus hechos” (12). O lo que es igual: que no hay otro legislador que el mismo pueblo, y que toda disposición u ordenamiento que no dimanase directamente del mismo pueblo que la que ha de cumplir, no es verdadera ley; o lo que es lo mismo que establecer la confusión entre legislador y legislado; lo que equivale a la supresión de toda ley, que supone la distinción entre el que manda y el que ha de obedecer.

Y cuando se llega a tales conclusiones, ya no es cosa de discutir, sino simplemente de afirmar contra quien niega, o de negar contra quien afirma. Y que si, por un caso imposible, se permitiese alguien en nombre del pueblo dirigir al poder legislativo en el ejercicio de sus funciones la pregunta imaginada por el mismo Costa: “¿Y a ti quién te presenta, oh legislador?” El Poder contestaría diciendo: La autoridad que tenga para mandarte; el derecho y el deber que tengo de garantizar el orden social.” Esto si no prefiriese copiar la célebre y lacónica respuesta de Cisneros.

Queriendo Costa dejar bien demostrada la imposibilidad de que la ley, toda la ley, sea conocida de todos, dedica a ello, empeño inútil por innecesario, un párrafo, con cuya transcripción haremos la que pensamos sea la última de su libro sobre el problema de la ignorancia de la ley o del Derecho; libro que si en sus dimensiones materiales es pequeño, es por su contenido un libro que revela una inteligencia poderosa y una cultura verdaderamente formidable. ¡Lástima grande que empleara el gran talento de que estaba indiscutiblemente dotado y su formidable cultura en la defensa de todas las doctrinas que en su citado libro propugnó!

Referíase Costa a cierta ordenanza local de un concejo asturiano que impone a los regidores el cuidado de que ella fuese leída tres veces al año en asamblea general de vecindario, y a los vecinos particularmente. Citaba, además, las Ordenes militares de 1871 que disponen sean leídas a los soldados las leyes penales del Ejército una vez cada mes, con el objeto de que no puedan alegar ignorancia *que les exima* de la pena correspondiente a la inobediencia, y luego dispara contra la presunción legal que nos ocupa, y que él entendía en el sentido que dejamos rectificado, la siguiente andanada:

(12) Costa; Libro citado, capítulo II, titulado: *Transición ¿sin leyes?*

“Pero trátase de hacer extensivo este procedimiento, no digo a todas las leyes y doctrinas legales de derecho civil, penal, procesal, administrativo, etc., que rigen en España, sino únicamente a las recopiladas en el Diccionario de Martínez Alcubilla, amén de las que el Parlamento, los Tribunales, los Ministerios y las Corporaciones municipales entregan diariamente a las prensas en avenida torrencial, y calcule quien pueda, el número de siglos que se habrían de menester para hacérselas entender a tres millones de labradores que vuelven del campo cerrada ya la noche, durmiéndose por el camino; a legiones de pastores, que pasan trescientos cincuenta días al año fuera de poblado, sin haberse enterado aún de si en España impera un régimen republicano, o si recibe todavía obediencia doña Isabel II, reina de las Españas y de sus Indias; y a los pescadores que tienen su hacienda sobre las tablas flotantes, verdaderos parias del mar; a las costureras adscripticias del contratista, pegadas a la máquina dieciséis horas diarias para ganar menos de una peseta; a los tejedores de las fábricas, a los peones de albañil, a los dependientes de comercio, a las lavanderas, a los conductores de diligencia o ferrocarril.”

Y luego aparte y a continuación añade:

“De lo expuesto y considerando hasta aquí, derivanse estas dos consecuencias: 1.^a Enseñanza obligatoria de la legislación, y, como medio propedéutico e instrumento necesario de ella, enseñanza obligatoria del arte de la lectura. 2.^a Posesión obligatoria de los cuerpos y colecciones legales y de la Gaceta.”

Y continúa exponiendo las consideraciones que le llevan a Costa a sentar la siguiente conclusión: que la consecuencia necesaria de la máxima legal *nemine licet ignorare jus* sería una vasta organización socialista en que el Estado se hiciese cargo de los hijos de los ciudadanos, sin distinción (y continúa el Autor razonando la imposibilidad de aceptar todas las absurdas consecuencias de la expresada máxima interpretada de la manera absurda en que él la interpreta).

No; la cuestión, el problema, no puede plantearse en los apuntados términos, el problema no se ha planteado nunca ni se ha podido plantear realmente de manera tan fantástica y absurda; la presunción legal, tal como se ha impuesto, no ha consistido en suponer a todos los ciudadanos en la posesión del conocimiento de la ley en los casos que les interese su conocimiento, sino el conocimiento que puede tener de ella, mediante el que le proporcione, el que tenga el experto o profesional a quien reclama dictamen o consejo, en cuyo sentido, equiparando el conocimiento de la ley a la posibilidad de conocerla toda, el armatoste levantado por los que se han ensañado acometiendo a inocentes molinos de viento, representando gigantes, se desploma con estrépito y queda convertido en escombros.

El problema que hasta aquí dejamos examinado, planteado, por lo que hemos visto, a base de una contraposición irreductible entre la presunción legal de que todos los ciudadanos conocen todas las leyes y la realidad de su ignorancia, en tal sentido innegablemente inven-

cible, el problema no tendría posible solución; pero si se trata, como se ha de tratar, de una presunción en la que se circunscribe a un caso concreto, el conocimiento del Derecho que realmente se ignora, la solución del problema —en teoría— es sencillísima, si se tiene presente la equivalencia jurídica, admitida por la ley, entre *conocerla* y *poderla conocer*, mediante la asistencia profesional del técnico de la Jurisprudencia, ya que siendo cosa idéntica el *conocer* y *poder conocer el Derecho*, no puede darse el supuesto que una *ignorancia real* esté en pugna con la presunción jurídica de ciencia, más que en el caso de que sea enteramente imposible obtener la asistencia profesional indicada, en cuya hipótesis la verdadera doctrina, habría de excluir la inexcusabilidad de la ignorancia del Derecho; o en otros términos, y omitiendo las dos negaciones, habría de admitir la excusa fundada en la ignorancia de la ley; excepción que ya admitía la legislación maestra de la madre Roma.

En estos últimos términos planteados, el problema es distinto, y muy diferente en lo que se refiere a las dificultades que presenta su estudio y solución.

Y tócanos ahora a nosotros, en primer lugar, justificar la posibilidad jurídica, diremos mejor, la procedencia de plantear el problema de la inexcusabilidad de la ignorancia del Derecho en los términos en que últimamente lo dejamos formulado, y por ende la inadmisibilidad de los términos que dejamos desechados y en los que lo han planteado los que no parece hayan tenido otro propósito que el de presentarlo como un problema de solución absolutamente imposible.

Según hemos tenido ocasión de ver, a los publicistas que han combatido la presunción, que las legislaciones de todos los países y de todos los tiempos, han impuesto a los ciudadanos todos de sus respectivas naciones, consistente en suponerles conocedores del Derecho ilimitadamente en un determinado momento y que se han entretenido en exponer a la consideración de sus adictos las consecuencias tan fácilmente deductibles de la indicada ficción jurídica, tan ridículas y grotescas, como absurdas, derivadas de la oposición evidente entre la imaginaria ciencia, y la real ignorancia de lo que la presunción legal atribuye saber a todos, les ha permitido presentar el principio de que a nadie le es lícito ignorar la ley, con todos los caracteres y circunstancias de la falta de razón, de justicia y de verdad. Y para rebatirlo, les ha bastado con plantearlo en los términos en que lo han formulado, para deducir que dicha presunción legal y el expresado principio que de ella se deduce, no son otra cosa que una falsedad, una sinrazón y una injusticia con todos los otros tantos y tantos, anatemas con que lo condenan como la tiranía mayor que jamás se haya ejercido, hasta llegar a la conclusión, inocente e innegable, que diametralmente es opuesta a la por ellos combatida (en el inadmisibles sentido que le atribuyen), sentando que la verdadera presunción, la que descansa en la realidad, es la de que nadie conoce la ley, como no se pruebe lo contrario; consecuencia que si en su primer inciso es indiscutible en el expresado sentido, es inadmisibile en cuanto al úl-

timo inciso por cuanto implica la posibilidad de que pueda probarse que exista alguien que pueda conocer todas las leyes en momento alguno; y es de la misma manera evidentemente falsa la proposición de si se entiende la presunción en el sentido en que debe entenderse, a saber, que todo el mundo puede saber la ley o el Derecho aplicable a un caso determinado, en el sentido de que si lo desconoce puede, y por tanto debe, obtener el debido conocimiento de ella del experto o profesional que la conozca.

En la resolución del problema de la ignorancia de las leyes, existe una discrepancia sustancial entre la manera como lo han declarado insoluble los que llegan a penetrar en los dominios de la política ácrata o libertaria, o sea, a negar autoridad al legislador para legislar, y a defender que no existe otra ley, que no sea la que se dé el mismo pueblo legislador de sí mismo; y la solución que de una manera tan reiterada en el tiempo como universalmente practicada en todos los países, que consiste en que, sencillamente, quien ignora la ley y necesita conocerla, acuda al experto o profesional para que le ilustre para el caso o dificultad supuestos, ¡que es lo que ha sucedido siempre!, siempre, sin que a la presunción de la ley se le he haya ocurrido a nadie calificarla de la mayor tiranía que jamás se haya ejercido en la historia.

Pero es que, además, a nuestro modo de ver, esta solución tan sencilla y tan universalmente practicada lo es, por lo que concierne a la presunción de ciencia de parte del ignorante; pero plantea otro problema respecto de la posible ignorancia o error en que incurra el experto o profesional, problema que nos obliga a fijar nuestra atención sobre el mismo.

De manera que, respecto de la cuestión de que tratamos, nos encontramos con la indicada doble discrepancia respecto de los publicistas que lo han abultado, hasta declararlo sin solución posible, respecto de la ignorancia de quienes no tienen otra obligación de conocer el Derecho que la que dimana de la presunción que todo el mundo lo conoce, y que para nada han tenido en cuenta la posible ignorancia en que se encuentran y el no menos posible error en que pueden incurrir aquellos que, por sus estudios o por su profesión, tienen verdadera y tangible obligación de conocer la ley y de entenderla en su verdadero sentido y de hacer de ella acertada aplicación, ya sea asesorando, ya sea sentenciando.

Este aspecto, que no hemos encontrado autor alguno que lo haya examinado al tratar del problema de la ignorancia de las leyes, y que constituye el segundo de los dos que nos separan de la manera como lo han estudiado los que dejamos impugnados, es el que pasamos a examinar, exponiendo la doctrina que creemos aplicable a la ignorancia, o, a su equivalente, el error en que pueden estar: primero, el asesor que aconseja o dictamina, y en segundo lugar, el juez que resuelve o sentencia. Problema que, por el contrario del anterior, que tiene la solución sencilla de reclamar la intervención del experto, es de muy delicada y difícil solución, para la cual son necesarias múltiples precauciones que dejen a salvo las garantías que el consultante

busca en el profesional de la jurisprudencia, y al propio tiempo que no hagan imposible el ejercicio de la honorable profesión de los que han tenido una vocación de dar buen consejo al que lo ha de menester, o de la que tiene por finalidad la de dar a cada uno lo suyo.

ASESORES-ABOGADOS

Examinaremos primero el problema con relación al ejercicio de la abogacía que comprende el sector de la asesoría y el de la defensa.

Recordemos ante todo, y como punto de partida, la Regla L:XII, "De reguli juris", de las Decretales, que dice así: "*Nullas ex consilio, dummodo fraudulentum non fuerit obligatur*". Nadie se obliga por razón de consejo, con tal que no se diere fraudulentamente. Regla a la cual Reiffenstuel atribuye el siguiente significado: que el que da a otro, tanto si se lo pide como si no se lo pide, un consejo, si se lo da de buena fe, no responde del daño, ni está obligado a soportar o hacerse cargo de los perjuicios (vel sustinenda incomoda), que de tal consejo se sigan, sin querer (*praeter intentionem*). Y da la razón fundada en que, aun cuando el aconsejado o consultante actúe o deje de actuar movido por el consejo o dictamen, no obstante, es lo cierto, que no está por él obligado a seguirlo; porque como dice la ley 2 ff Mandati pf. 6.º: "Interviene mandato por utilidad tuya (siendo supérfluo el mandato y por esto no resulta obligación), si te mando que emplees tus dineros más bien en comprar heredades que en darlos a interés; o, por el contrario, que los des a interés más bien que emplearlos en heredades; cuya especie de mandato, más bien es consejo, y por esto no obliga; porque ninguno se obliga por el consejo, aunque no convenga a quien se lo da; porque cada uno tiene libertad de examinar si le conviene." Y, por tanto, debe el aconsejado imputarse a sí mismo el daño que se le siga de seguir el consejo, habiéndolo seguido libremente; ello, aparte de que si por un consejo dado de buena fe y prudentemente, se obligare a indemnizar los daños, estando excluido de las ventajas de haberlo seguido el aconsejado, nadie habría que quisiese aconsejar a otro. Ello se entiende de los consejos dados de buena fe, y por tanto si fuese dado dolosamente o con fraude o malicia, quedaría obligado por la regla 47 del título de Regulis juris que dispone que "*Consilium non fraudulentum nulla obligatio est caeterum si dolus est et calliditas intercessit, de dolo actio competit*".

Pero estas reglas, como sucede con la mayor parte de ellas (recuérdese aquella máxima que también las tiene, a pesar de que ella misma la niegue, "*nulla regula sine exceptione*"), tiene su correspondiente excepción; excepción de tal importancia, de trascendencia tal, que en ella radica, a nuestro modo de ver, la verdadera dificultad para resolver el problema que venimos estudiando.

La verdadera dificultad, decimos; porque la otra, la que se han afanado a abultar los que se han entretenido, más que en querer resolverla, en declararla de imposible solución con el intento, consciente

o inconsciente, de destruir todo el edificio de la Jurisprudencia, toda la obligatoriedad de la ley, ya hemos visto de qué manera tan sabida y practicada en todos los tiempos y en todos los países se ha resuelto; o sea, mediante la asistencia del que ha hecho una profesión del estudio de las leyes, con cuya asistencia el que realmente las ignora puede obtener el conocimiento que *puede* y *debe* tener en los casos en que lo necesite.

¿Pero qué diremos del problema de la ignorancia del Derecho, o de los errores del Derecho (situaciones ambas equivalentes a los ojos de la ley), cuando el error o la ignorancia son defectos padecidos por el profesional, por el patentado de conocer la ley en virtud de un diploma, de un título oficial, que ante la sociedad y ante el ignorante del Derecho que reclama su asistencia constituye la mayor garantía de que lo conoce?

¡Ecco il problema! Problema, repetimos, no sólo de grandísima trascendencia, sino de dificultades, a nuestro modo de ver, verdaderamente formidables, mayormente si se tiene en cuenta que los que han estudiado el problema desde el otro punto de vista, del negativo, del destructivo, del libertario, lo han pasado de largo, y atendido por otra parte, que los que lo dan por resuelto mediante la aplicación escueta, rígida, de la ley, que sanciona rigurosamente y sin distinciones su ignorancia estableciendo, como regla sin excepción, que la ignorancia de la ley a nadie excusa de su cumplimiento, es porque parten del supuesto de que quien no conoce las leyes, puede conocerlas y por tanto debe conocerlas mediante el auxilio del profesional del Derecho.

Porque —lo hemos visto ya— al ignorante de la ley se le dice: *puedes saberla*, y por ende, *debe saberla*, consultando a quien la sabe. Con ello se pretende dejar definitivamente demostrada la inanidad de la acusación de tiránica que con tanta reiteración se ha lanzado contra la obligación de conocer las leyes, y la presunción legal de que las leyes son de todos conocidas.

¿Pero, es que no tiene, no puede tener algo de tiránica, según ella se interprete, la obligación que se impone al profesional del Derecho, de conocer el Derecho, las leyes, todas las leyes, y de entenderlas bien, hasta el punto de imponerle la consiguiente responsabilidad dimanante de la ignorancia o del error en que pueda incurrir, como si la posesión de un título oficial constituyese una patente que garantizase su omnisciencia y su infalibilidad?

¡Ecco il problema!, repetimos.

Veamos si no lo que nos dice la ley respecto de la ignorancia del Derecho en que pueden incurrir los profesionales del Derecho:

La ley que se aduce por los antiguos expositores del Derecho, con relación a la impericia de los juristas, es la 2.^ª del libro II del Digesto, que dice así:

“Por este edicto debe castigarse el dolo del juez; pero si por imprudencia del asesor resolvió de otro modo del que convenía, no le debe esto perjudicar al magistrado, sino al asesor.”

“*Hoc edicto dolus debet jus dicentis puniri: non si Adessoris imprudentia jus aliter dictum sit quam oportuit: non debet hoc Magistratui officere, sed ipsi Adsesori.*”

La cabecera o enunciación es esta: “De dolo jus dicentis, et imperitia Assessoris.”

Ante todo, para la debida inteligencia de la transcrita ley, y con el fin de demostrar que la consecuencia que contra los asesores han deducido de ella los intérpretes medievales no es rigurosamente lógica, nos vemos obligados a exponer los motivos por los cuales se pone de manifiesto que la traducción no es exacta —cosa por desgracia demasiado frecuente en las traducciones de que disponemos en nuestro idioma—, pero, además, que el texto original, al dejar de ir acompañado de una explicación del sentido en que debe interpretarse la locución *jus dicentis*, permite una traducción evidentemente errónea, por el vocablo *juez*, y tampoco se daría exacto concepto con la palabra Magistrado, si no se recordase la diferencia sustancial existente entre el Magistrado romano y el Magistrado de nuestro tiempo.

El recuerdo de lo que expresaba el significado del *jus dicentis* y el del concepto del Magistrado romano, y por tanto el de *asesor*, tiene para nuestro tema un interés muy superior al de un pueril lucimiento de erudición histórica, que, por otra parte no traspasa los límites de lo elemental.

El fragmento de Paulo, entresacado del libro 3.º en el edicto que constituye la ley citada, se contrae a la época del procedimiento *formulario*. Además de su procedencia, ya que, como es cosa sabida, el indicado procedimiento estuvo en vigor durante la brillante época de los grandes jurisconsultos de la Roma republicana; además de ser un fragmento de las sentencias de Paulo, demuestra el contenido de la ley que se refiere a la manera predominante de enjuiciar en Roma y en la referida época.

Pues bien, esto sentado se verá con perfecta claridad el sentido de la ley a que nos referimos, si recordamos que el procedimiento formulario, que guardaba alguna analogía con el juicio por jurados en materia civil (que también ha tenido sus defensores en los tiempos modernos), se componía de dos partes; la primera, tenía lugar ante el Magistrado; la segunda, ante el Juez (que puede ser uno o varios), cuyas atribuciones eran las de resolver sobre los hechos, y a quién o a quiénes el magistrado investía de la facultad de condenar o de absolver, según de los hechos probados resultase que éstos se conformaban o no con la fórmula previamente establecida por el Magistrado, quien, después de oídas las partes, establecía el derecho —la fórmula— a la cual el Juez, digámosle instructor y apreciador de los hechos, tenía que sujetarse, condenando o absolviendo según el resultado de la prueba.

Gayo nos susministra el siguiente ejemplo que entresacamos del Tratado Des actions, de Bonjean, Tomo 1.º, pág. 24, “Recuperatores (13)

(13) Se llamaban recuperatores.

sunto. Si paret illum patronum, ab illo liberto, contra *edictum illius praetoris, in jus vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patrono sextertium X milia condemnanto; si non paret absolvunto.*"

Y para poder conocer el verdadero sentido y alcance de la ley que nos ocupa, es necesario también tener presente qué clase de funciones estaban asignadas a los asesores, para poder constatar si las responsabilidades que la doctrina medieval que dejamos indicada referente a la responsabilidad profesional del abogado en punto a la ignorancia o al error en que puede incurrir en el ejercicio de su noble oficio, y especialmente en el terreno de la asesoría, pueden encontrar su fundamento jurídico en la citada ley 2.^a del título 2.^o del libro 2.^o del Digesto.

Lo que eran los asesores a que dicha ley se refiere nos lo dice la misma compilación justiniana en el título de *Officio Assessoris* (Lib. 1-22), y como nos enseña el moderno Papiniano, Pothier, en la cabecera de este título de las *Pandectas*, no eran sino los *jurisconsultos* de los cuales se servían los magistrados para responder a las postulaciones y a las demandas al emitir sus *Edictos*, sus *Decretos*, sus *Epístolas*, es decir, siempre que actuaban en el ejercicio de su *jurisdicción*, palabra que tampoco tenía en Roma el mismo significado que tiene en la moderna organización judicial y en el procedimiento moderno, sino que comprendía la facultad de establecer las normas jurídicas que entendía necesarias para resolver los casos que se sometían a su jurisdicción. Y, por tanto, los asesores, al intervenir como *jurisperitos* en auxilio del magistrado, no actuaban como informándole de las leyes pretéritas aplicables al caso, sino sobre la fórmula que había de pronunciar y a cuyo tenor los jueces tenían que dictar sus sentencias según el resultado de las pruebas.

Por estas respectivas funciones de magistrado y asesores, la ley citada estableció que el magistrado estaba sujeto a la pena del *Edicto* si hubiese estatuido en su fórmula alguna norma *nueva* contraria a la equidad, y que hubiese producido su efecto; a no ser —dice la ley citada— que *por la ignorancia de los asesores* fuese resuelta la causa de una manera inconveniente.

Si, pues, como se deduce de los antecedentes expuestos, la intervención de los asesores, se refería a informar al magistrado sobre la justicia y sobre la equidad de la fórmula a cuyo tenor se había de resolver o sentenciar la causa, en cuanto en dicha fórmula se establecía alguna norma jurídica nueva, ¿con qué razón —nos atrevemos a preguntar—, por qué motivo se puede hacer derivar de la ley citada la responsabilidad profesional del jurista moderno en sus funciones de *ascor*, equiparando la responsabilidad de su ignorancia o sus errores respecto de las leyes vigentes al dar sus opiniones o consejos, con la que pesaba sobre los *asesores romanos* a quien la citada ley se refiere, por su intervención en la redacción de las *fórmulas* jurídicas a las cuales las sentencias tenían que ajustarse?

Y por cuanto creemos que la pregunta se ha de contestar en sentido negativo; porque entendemos que la aportación al problema

que nos ocupa de las responsabilidades impuestas por el Edicto a los asesores del magistrado romano, es de una evidente inadaptibilidad al caso o cuestión de la responsabilidad del moderno jurista, por razón de sus informes; es por lo que nos sentimos inclinados a pensar que la indicada responsabilidad ha de tener un fundamento distinto de la citada ley, en la cual la doctrina medieval creyó encontrarlo; fundamento que, a nuestro modo de ver, no hemos sabido hallar, o en otro caso, debe buscarse en la ley del contrato expresa o tácitamente convenido entre consultante y consultado.

Pero desde el momento en que la solución del problema quede sometido a los términos de un convenio entre consultante y consultado, hemos de reconocer que el problema, el conflicto real e insuperable entre la realidad de la ignorancia de las leyes y la ficción de que son de todos conocidas, no puede tener una solución definitivamente satisfactoria por medio de otra ficción: la de suponer que dicho conocimiento que, en los términos indicados, no sólo no les es posible tenerlo a los profanos o no dedicados al estudio del Derecho, pero ni tan siquiera a los que han hecho una vocación de dicho estudio, ni aun a los más expertos y aventajados, ya que a todos les es aplicable la observación innegable de Costa, que sólo una ínfima minoría les es posible obtener un conocimiento incompleto, fragmentario, de la multitud incommensurable de las leyes vigentes en cada país determinado; de tal manera que cuando el legislador exige del súbdito que debe *conocer el Derecho*, porque *puede conocerlo* mediante que reclame el auxilio del jurisperito, lo que hace el legislador es suponer que exista algún jurista que pueda atribuir a todos sus informes o dictámenes la garantía necesaria de su indefectabilidad, tanto en lo concerniente a la circunstancia de haber tenido presentes todos los elementos que la Jurisprudencia encierra en sus inagotables arcanos, como por lo que toca al acierto de su interpretación y adaptación al caso consultado.

De ahí las fórmulas que siempre se acostumbran a poner al final de las consultaciones o dictámenes reveladoras del concepto condicional, de las reservas, de las salvedades con que los más expertos juristas acaban sus dictámenes, que no son, no, expresiones de modestia o de urbanidad, sino verdaderas manifestaciones, verdaderas confesiones de que las opiniones de los jurisperitos en las cuestiones respecto de las cuales se reclama su opinión profesional, sus luces que ilustren la ignorancia de quien reclama su auxilio, no pueden dejar de ir acompañadas de la salvedad de que dichos dictámenes o pareceres puedan no ser acertados, sea por no entender bien los textos legales, sea por no haberlos tenido todos en consideración, sea por no haber hecho de ellos la aplicación adecuada. De ahí, repetimos, las tan usadas cláusulas de: "Este es mi parecer o mi dictamen que someto, como siempre, a otro mejor, o a otro más acertado, o a otro mejor fundado", que se usan modernamente coincidentes en lo sustancial con las que usaban los antiguos cuando decían: "Concludo itaque, rectiore iudicio semper salvo.—Itaque ita juris esse censeo, rectiore iudicio salvo". O a veces incluso haciendo constar expresamente sus propias dudas res-

pecto del dictamen, diciendo, por ejemplo: "Ita de hac, non levi dubitatione sentio".

En todas esas fórmulas aparecen sustancialmente las mismas reservas, las mismas inseguridades y salvedades respecto de las opiniones emitidas en dictámenes, por otra parte luminosísimos, llenos de razonamientos tan documentados como lógicos. Siempre el *salvo meliore* ineludiblemente, fatalmente, aparece —siempre— para dejar en la penumbra de lo dudoso el aspecto del derecho —digámoslo en términos más adecuados a nuestro tema— el aspecto de la presunción legal de que las leyes son conocidas de todos, sea directamente, sea por mediación de los profesionales de las leyes.

Lo cual obliga a confesar paladinamente que el problema de la ignorancia del derecho o de las leyes no encuentra una solución segura y definitiva, ni aun reclamando la asistencia de los que por su profesión tienen una doble obligación de conocerlas.

Y como corolario, que mediante las salvedades que entrañan las fórmulas expresadas, el contrato entre consultante y consultado deja al primero desarmado respecto de los daños que se le pueden seguir de no haber llegado a conocer las leyes, cuya ignorancia no le puede servir de excusa o exculpación por virtud del precepto contenido en el artículo 2.º del Código civil que estamos examinando.

Ello no obstante, tampoco se ha de concluir que la asistencia profesional, sea completamente ineficaz, absolutamente estéril en sus resultados, antes bien, se ha de reconocer que en la mayoría de los casos, cuando se desempeña debidamente, se consigue que el que la ha reclamado, obtenga el resultado apetecido, o sea, que llegue a conocer la ley, que sepa el derecho que puede ejercitar o la obligación que ha de cumplir.

Decimos que esto se habrá de conseguir cuando la asistencia profesional se desempeña debidamente, con lo cual entendemos recordar, en primero y principal lugar, la obligación de todo asesor de ser exacto en la expresión de sus informes, sin omitir consideración alguna que pueda inclinar la balanza de las probabilidades, ni del lado favorable, ni del adverso a los intereses del consultante; balanza que se ha de afinar de tal manera que pueda ser calificada entre las de la más rigurosa precisión. Reconocemos, no obstante, que esta norma es más propia para que la conciencia del asesor quede tranquila, que para que los deseos del consultante queden satisfechos, ya que es una cosa muy humana y frecuente que el que necesita un dictamen lo pida esperando y deseando más que una opinión imparcial y sincera, un parecer lo más razonado posible que coincida con sus designios y favorezca sus intereses; sin cuyas circunstancias los dictámenes son generalmente considerados como documentos sin utilidad alguna para quien los pide, y los honorarios que por su razón se devengan como una odiosa exacción, punto menos que ilegítima; motivos por los cuales, el profesional al emitirlos en sentido adverso a los deseos del consultante, se ve obligado a realizar un doble esfuerzo:

el que consiste en contrariar a quien le demuestra su confianza, y el de poner en peligro la equitativa remuneración de su trabajo; motivos que han sido la principal causa de que los dictámenes que se dan para ilustrar lealmente al que los necesita, se conviertan en escritos redactados con una orientación casi exclusiva de defensa, con lo cual lo que se hace es que en vez de ilustrarle y aconsejarle debidamente, es dejarle contento, pero engañado, con lo que se deja manifiestamente y culpablemente infringidos los deberes que incumben al asesor; culpa que penetra en la órbita de la malicia, del dolo y que envuelve la obligación moral y aun jurídica de reparar el daño que con ella se causen al que ignorando cuáles sean sus derechos y sus obligaciones, o sea, que se encuentra ser ignorante de las leyes cuyo cumplimiento no puede excusarlo su ignorancia, necesita el auxilio del profesional, no para que le facilite un engaño halagador, sino para que le entere de la verdad, por amarga que resulte.

Puede darse el caso, sin embargo, de que la consulta se refiera más que al asesoramiento a la defensa, como sucede siempre que el consultante se encuentra en tal situación que necesite defenderse de una reclamación inminente o de una demanda ya presentada. En cuyo trance, el profesional después de hacer constar en su informe su opinión imparcial sobre el resultado de la cuestión consultada, dando lo cierto como cierto, lo probable como probable, tanto en sentido favorable como contrario al que consulta, puede, después de actuar *ad consulendum*, informar a su cliente de todos los elementos de que puede hacer uso honestamente para defenderse, o sea, puede informarle *ad defendendum* enterándole de la mayor o menor probabilidad de la causa.

De esta manera, el asesor habrá cumplido con el deber primordial de tal, o sea, de emitir su opinión *según su leal saber y entender*.

Después del deber de lealtad, de sinceridad que debe presidir toda asesoría, debe cumplirse con la obligación de poner en el estudio de las dificultades que se le propongan y aun de las que el asesor observe de por sí respecto del asunto consultado, toda la atención, todo el estudio, todo el esfuerzo que el caso requiere, y sólo así podrá concluir dando su parecer con la salvedad, que no es meramente formularia, sino impuesta por la realidad de otro parecer mejor razonado, y por tanto, que resulte más acertado.

Es de ésta y no de otra manera; son éstos y no otros los resultados a que deben orientarse las intervenciones de los jurisperitos, motivadas por la obligación que el artículo 2.º del Código civil impone de conocer las leyes aun a los que las ignoran por razón de no haberse dedicado a estudiarlas.

Exigir del asesor, además de la lealtad en sus informes, y de la atención y estudios necesarios para que al emitirlos se reúnan las mayores garantías de acierto; exigir, además de esto, la seguridad completa de que con tales dictámenes, dados con la indicada imprescindible salvedad, se considere cumplida la obligación que impone el

artículo 2.º del Código civil, es generalmente imposible, y a lo imposible, como es cosa sabida, nadie está obligado.

Se dirá que este resultado al que se llega mediante el endoso o traslado de la presunción de que todo el mundo es conocedor de las leyes, de las espaldas de los que las desconocen todas por razón de no haberlas estudiado, a las de los profesionales que tienen conocimiento de ellas —aunque no sea de todas— y que, además, por sus estudios ofrecen alguna garantía de que puedan entenderlas, se dirá que el resultado que se deja expuesto, a que se llega mediante los informes o dictámenes de los asesores, por estar desprovistos de la seguridad de ser acertados o conformes verdadera y enteramente con las disposiciones legales, equivale a declarar la quiebra de la estudiada presunción de que todos *conocen las leyes* por la razón de que *pueden conocerlas*; ya que hemos tenido que llegar a la confesión de que generalmente no es posible adquirir con certeza absoluta el conocimiento del Derecho.

Bien; ¿y qué? ¿Es que por el resultado expresado, por la consideración de que no se pueda obtener un conocimiento absolutamente seguro de las leyes, vamos a proponer la supresión de ellas? ¿Es que vamos a aceptar reproduciéndolo seriamente el epígrafe “Transición”: ¿Sin leyes? (así, con interrogantes) puesto al frente del capítulo que Costa expuso en el libro tantas veces citado, como solución del conflicto, la fusión en uno de los dos conceptos de legislador y legislado, situación a la cual se cree llegar mediante un régimen exclusivamente consuetudinario o en el que se legisla por medio del *referendum*.

Pero apartándonos del terreno de los sistemas políticos y ciñéndonos al problema que plantea la necesidad de que el ciudadano, el individuo perteneciente a una colectividad determinada, haya de ser conocedor del Derecho, ¿qué se tendrá adelantado para llegar a la solución del problema de la ignorancia del Derecho cuando la costumbre haya sido establecida, el *referendum* adoptado por una generación pretérita, de la cual el supuesto individuo no ha formado parte y al cual, por tanto, no le son conocidas las ordenaciones que hubiesen acordado? Ello aparte de que sería curioso el experimento de dichos procedimientos legislativos en materias que requieren una preparación técnica, a la cual no le es posible llegar a la masa del pueblo, a la que los pensadores, aun los más esclarecidos como Costa, se han sentido irresistiblemente inclinados a halagar.

Por todo lo dicho, nos vemos obligados a rechazar por fantásticas y utópicas las doctrinas que aquél defiende para dar solución al problema que nos ocupa, ya que tampoco podemos admitir, ni tan siquiera en el terreno de la mera discusión, el sistema que consiste en la supresión de toda ley, sustituyéndola por una situación en que impere como único programa el de un desorden anárquico.

No; el problema en cuanto se le quiera dar una solución lógicamente irreprochable, sin deficiencias o defectos de clase alguna, no tiene solución posible, sea el que fuere el sistema de organización política

dentro del cual se suponga planteado; siempre la imposibilidad de tener una seguridad completa de que en todos los casos se pueda obtener el conocimiento claro o preciso de un derecho puesto sobre la mesa de la discusión; siempre asomará la posibilidad de que su estudio sea incompleto y la de que el dictamen que sobre el mismo se dé, sea erróneo, o que, aun siendo acertado, la posibilidad de que en definitiva sea rechazado por deficiente o erróneo; o acertado en parte y en parte equivocado. Lo cual no autoriza para llegar a la supresión de toda ley, ni tan siquiera, para negar la autoridad de ley a las que dicta el organismo o persona que ostenta la posesión pacífica de la potestad de legislar; y como consecuencia, la obligatoriedad de toda ley debidamente elaborada y promulgada, como consecuencia también, de que es conocida por todos los súbditos o ciudadanos del país respecto de los cuales se ha dictado.

Que esta presunción puede en muchos casos no coincidir con la realidad (casos que no serán muchos cuando éstos son debidamente estudiados), indudablemente ello es cierto; pero téngase presente que la imperfección es inherente a toda cosa humana, y que esto supuesto, lo que se debe hacer es aminorar en lo posible el defecto, la deficiencia y sus consecuencias.

Ello aparte de que tampoco la calificación que en definitiva se dé a la manera como se ha declarado erróneo el conocimiento del Derecho, a pesar de su detenido estudio, tampoco es cosa distinta de una mera ficción de Derecho.

Porque, ¿qué otra cosa es que una ficción de la ley, igualmente indispensable para el sostenimiento de toda ley, y por ende, de todo orden social, que el que enuncia el principio que dice “*re judicata pro veritate habetur*”?

Y esta presunción que la ley establece en favor de la cosa juzgada, o sea, de toda sentencia firme, nos conduce a examinar el último aspecto del problema que plantea el desconocimiento o el error del Derecho, cuando el que lo desconoce o lo interpreta mal es el Juez que lo ha de aplicar en sus sentencias.

El concepto de finca agraria, dentro de la clasificación de los bienes inmuebles por naturaleza, en el Derecho español

CELESTINO A. CANO TELLO
Profesor Ayudante de Derecho civil

Con frecuencia, conceptos jurídicos que nos parecen claros e indiscutibles, se complican y dificultan en cuanto nos acercamos a ellos con espíritu crítico, lo que hace indispensable someterlos a análisis, perfilar sus límites, reelaborarlos de nuevo. Esto es lo que nos ocurre con el concepto de finca agraria, frecuentemente identificado con el de finca rústica, a pesar de que, evidentemente, se trata de realidades distintas aunque conceptualmente próximas.

Nada más lejos de nuestro ánimo que pretender detectar una definición de validez universal; creemos que las circunstancias de hecho de toda índole y especialmente de carácter económico e incluso técnico, pueden hacer variar notablemente los términos del problema. Vamos a ceñirnos, por ello, al Derecho español contemporáneo; vamos a preguntarnos, en primer lugar qué es hoy, en España, una finca agraria, una finca rústica. El camino podemos empezar a andarlo, presidiéndonos la idea orientadora de que el fin económico debe estar presente en el concepto que elijamos o mejor que encontremos al final de nuestra andadura.

BREVE NOTICIA HISTORICA

La determinación que del concepto de finca y sus distintas clases, tenían los juristas romanos, no deja de ofrecer dificultades, si intentamos adaptarlo a nuestras concepciones. El Derecho romano, parte de criterios completamente distintos, como es bien sabido. La clasificación de muebles e inmuebles es prácticamente inexistente. No obstante, sí que puede descubrirse una clasificación de las fincas (predios) a las que, desde luego, no se les asigna la categoría de bienes inmuebles. Se distingue entre "praedia rústica", "praedia urbana" y "praedia suburbana".

Los "praedia rústica", son las fincas de carácter agrícola, aquellas en que se desarrolla una explotación agraria. "Praedia urbana" es la finca que se destina a habitación y "praedia suburbana" (concepto

intermedio entre los anteriores), son las villas con parque y renta agrícola que por regla general se hallaban situadas en la periferia de las ciudades. La distinción entre una y otra clase de fincas venía determinada por su destino económico, siendo totalmente irrelevante su emplazamiento. Una explotación agrícola situada en una ciudad (enclave) era un “*praedia rústica*”.

Además de esta clasificación de los predios, existía otro concepto distinto aunque próximo al de finca rústica: el fundo considerado como unidad agrícola cerrada (granja) (1).

De esta breve exposición nos parece interesante destacar la importancia decisiva que la idea de *fin económica* tiene en la determinación de la naturaleza de la finca. Dejemos anotada esta idea.

Es durante la Edad Media, cuando aparece la distinción entre bienes muebles e inmuebles o por lo menos cuando adquiere verdadera importancia jurídica, como consecuencia de las condiciones económicas de la época que determinan la atribución del valor económico, con carácter casi exclusivo, a los bienes inmuebles, a la tierra y a los edificios. Numerosos testimonios de este criterio nos demuestran el desprecio de la sociedad medieval, desde este punto de vista, por los bienes muebles. Los aforismos “*res mobilis, res vilis*” y “*vilis mobilium posesio*”, son manifestaciones de cuanto afirman los historiadores del Derecho y de las doctrinas económicas.

Durante este largo período histórico, la propiedad de la tierra aparece influida por principios de Derecho público, ya que solía llevar consigo derechos políticos y era fuente de relaciones y prestaciones que difícilmente encajan en un sistema exclusivamente civil o privado de la propiedad. La concesión de tierras por el señor al vasallo, implicaba, por parte de éste, la prestación de determinados servicios, incluso servicio de armas que si bien en un principio derivaban, no directamente de la posesión de la tierra, sino del vasallaje, posteriormente pasan a constituir la regla general, de modo que la prestación de tales servicios era carga necesaria y directa de toda propiedad territorial (2).

Por otra parte, las limitaciones establecidas en favor de la ganadería, como la prohibición de romper o roturar tierras destinadas a pasto de los ganados y la consiguiente prohibición de cerrar las fincas rústicas, determinó una irritante sumisión de la agricultura a la ganadería, que sólo desaparece a partir del siglo XIX con la legislación sobre señoríos (D. de 6 de agosto de 1811) y el decreto sobre cierre de fincas rústicas de 11 de junio de 1813.

(1) Institutionen Geschichte und System der romischer Privatrecht Sohn Mitteis Wenger, 17.^a ed. München Leipzig, 1926. Nota 5, pág. 256.

(2) *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, F. de Cárdenas. T. II, pág. 9.

CRITERIOS DIFERENCIALES

Parece innecesario advertir, la íntima relación que esta materia tiene con el Derecho registral inmobiliario en todos los países y concretamente en España donde la finca constituye la unidad registral base y fundamento de los asientos hipotecarios. Así resulta del artículo 243 de la Ley Hipotecaria cuando dice que “el Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente” y lo reconoce la Dirección General de los Registros en su Resolución de 26 de diciembre de 1934, donde habla de la finca como “unidad fundamental, permanente y estable de nuestro sistema hipotecario”.

Desde este punto de vista, pueden distinguirse dos grandes grupos o clases de fincas: fincas normales y fincas especiales (3). Aquí únicamente nos interesa la finca normal y entre las especiales las fincas discontinuas, en cuanto sean agrarias.

ENNECERUS define la finca “como un espacio de límites determinados en la superficie de la tierra”, concepto éste que responde a una idea puramente física y que exige una nota adicional, la de pertenecer a un solo propietario o a varios en régimen de condominio, para transformarse en un concepto jurídicamente utilizable. En este sentido, ROCA SASTRE define la finca como “trozo de terreno edificado o no, cerrado por una línea poligonal y perteneciente a un solo propietario o a varios en común (4).

No existe un criterio legal para distinguir las fincas rústicas de las urbanas de un modo categórico; por ello la doctrina atiende a diversos criterios, debiendo conjugarse todos ellos para determinar en cada caso la naturaleza de la finca de que se trate. Estos criterios son los de situación, destino, construcción y accesoriedad.

En general, son urbanas las fincas situadas en una población y rústicas las situadas en el campo. Pero este criterio hay que conjugarlo con el destino, pues una finca situada en el campo y destinada a mansión vivienda o habitación será una finca urbana. Según el criterio de construcción, será urbana la finca que tenga su entidad en el vuelo y rústica la que la tenga en el suelo; sin embargo, esto tampoco es decisivo, pues hay que tener en cuenta también el destino y la accesoriedad de modo que un edificio destinado a casa de labor de una explotación agraria es o forma parte de una finca rústica.

Resulta interesante examinar en relación con estos criterios las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1944, 6 de noviembre de 1947 y 25 de marzo de 1966, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 7 de marzo de 1894, 23 de

(3) Roca Sastre: *Derecho Hipotecario*. Tomo II, 5.^a edición, pág. 62. Barcelona.

(4) Roca Sastre: Op. cit. Tomo II, pág. 63.

octubre de 1903 y 6 de julio de 1904, cuyos aspectos más interesantes a nuestro objeto pasamos a exponer.

EL PROBLEMA EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LAS RESOLUCIONES
DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS

Sentencia de 8 de mayo de 1944 - 664.

La finca objeto del pleito es designada en documento público como "trozo de tierra" situado a la espalda de las últimas casas del barrio de San Gregorio de la ciudad de Telde, juntamente con otras muchas fincas que desde aquella línea de casas se extiende hasta el mar, todas ellas destinadas al cultivo agrícola, sin que la zona en que radican se la haya declarado "urbanizada" y sin que la finca dicha figure incluida como urbana en los correspondientes registros.

Es de notorio interés la perfecta delimitación de los inmuebles en sus matices de rústicos y urbanos, dado el trato legal diferente que preside la regulación de múltiples situaciones jurídicas que a ellos afectan, y si bien de ordinario la línea de su separación se presenta con caracteres de gran simplicidad, tanto en la acepción vulgar de los términos, que asigna el concepto de rústico al suelo o tierra y de urbano al edificio, como en la acepción gramatical o etimológica que, por razón de su situación en el campo o en la ciudad, les denomina, respectivamente, rústicos o urbanos, es lo cierto que a veces se ofrecen complejidades y dudas, ya porque la característica vulgar y la etimológica invaden la esfera de acción opuesta —casa en el campo, solar o huerta en la ciudad—, ya porque ambos elementos de distinción concurren entrelazados en un mismo predio —en este aspecto predio mixto—, y es entonces cuando se precisa acudir a otras fuentes de conocimiento para poder fijar la línea de diferenciación entre unos y otros bienes.

CONSIDERANDO: Que si se toma como punto de partida el artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 —fuente legal más directa—, completada por disposiciones referentes a la institución del Catastro, por declaraciones jurisprudenciales de esta Sala, singularmente en materia de retracto de colindantes, por Resoluciones de la Dirección de los Registros y por la doctrina científica, se puede llegar a la conclusión de que el *predio rústico se distingue fundamentalmente del urbano*: Primero, por su situación o emplazamiento en el campo o en la población. Segundo, por el *aprovechamiento o destino* —explotación agrícola, pecuaria o forestal, frente a vivienda, industria o comercio—, y tercera, por la *preponderancia de uno de estos elementos, si ambos concurren, en un mismo predio*, o por la relación de independencia que entre ellos exista, como principal el uno y accesorio el otro.

CONSIDERANDO: Que esta última norma es aplicable al caso de autos, porque si de un lado la finca en litigio linda con la parte trasera de las casas de un barrio de Telde, y esta circunstancia pudiera servir

para asignarles el concepto de finca urbana por la posibilidad de utilizarla como solar o como huerto accesorio de las casas limítrofes, de otra parte se aprecia que *prepondera el carácter de rusticidad por los múltiples elementos de esta índole que en él concurren, según se detalla en el Considerando primero* de esta resolución, y, en consecuencia, es de estimar que la Audiencia procedió con acierto al calificar de rústica la finca vendida y dar lugar al retracto por concurrir todos los requisitos que al efecto exige el artículo 1.523 del Código civil; lo que determina la desestimación del recurso.

Sentencia de 6 de noviembre de 1947

CONSIDERANDO: Que aunque la finca objeto del retracto aparezca inscrita como rústica en el Registro de la Propiedad, debe de tenerse en cuenta que las inscripciones en el Registro se practican, no sobre la base de documentos catastrales, que fueran legalmente bastantes para definir por sí solos la naturaleza de las fincas que se trata de inscribir, sino en vista de las manifestaciones que como ya se ha dicho son insuficientes para determinar la naturaleza rústica o urbana de una finca, *sin que por lo mismo los libros del Registro puedan demostrar otra cosa que una finca está inscrita allí con determinado carácter, pero no que la inscripción refleje la naturaleza real y efectiva de la misma*, como tiene establecido esta Sala en sus sentencias de 12 de marzo de 1902 y 1.º de diciembre de 1927.

CONSIDERANDO: Que en la sentencia se hacen las declaraciones siguientes: a) que la finca que se trata de retraer no está enclavada en un núcleo urbano perfectamente definido, pero el aumento de la población de Las Palmas y la imposibilidad de extender su urbanización a causa del terreno montañoso inmediato a una estrecha faja de la costa, han hecho que se extendiera tierra adentro a partir del pago donde está emplazada la finca y otros, y por ello, muchísimos terrenos y fincas rústicas de recreo han sido transformados en casa habitación, usadas permanentemente durante todo el año y que en este caso y del resultado de la prueba practicada se encuentra la base de este litigio desde que la morada y una parte pequeña de terreno se segregó de otra mucho mayor, propiedad hoy de los actores; b) que, asimismo, resulta del conjunto de la prueba practicada que *el destino o aprovechamiento de la finca o al menos en su mayor parte o importancia es urbana*, como se desprende de la diligencia de inspección practicada para mejor proveer, acreditándolo así en citada diligencia, la falta de aperos de labranza, el que el edificio principal no es casa de labor, el hecho de que arrendada a las autoridades militares, sólo se utilice por éstas como almacén; y fue destinada anteriormente a vivienda por el arrendador y si existen pequeños cultivos o barbechos en una faja de terreno que corre con el lindero de la finca de los actores, uno de estos al absolver posiciones manifestó que esos cultivos se hicieron por los retrayentes que sin darse cuenta se habían introdu-

cido en la finca, objeto del retracto; c) que de la peritación hecha en primera instancia, convalidada en la apelación como diligencia para mejor proveer, resultaba que *el valor de lo edificado era extraordinariamente superior al terreno laborable*, y sobre la base de estos hechos declarados probados por la Sala procede decidir si es ajustada a derecho la calificación jurídica de finca urbana que la sentencia de instancia dé a la finca que se trata de retraer o si por el contrario debe ser calificada de rústica como pretende el recurrente.

CONSIDERANDO: Que la sentencia de esta Sala, de 8 de mayo de 1944, estableció que si se toma como punto de partida el artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, completada por disposiciones referentes a la institución del catastro, por declaraciones de la jurisprudencia, singularmente en materia de retracto de colindantes, por resoluciones de la Dirección General de Registros y por la doctrina científica, se puede llegar a la conclusión de que el predio rústico se distingue fundamentalmente del urbano: Primero, por su *situación o emplazamiento* en el campo o en la población. Segundo, por el *aprovechamiento o destino* —explotación agrícola, pecuaria o forestal frente a vivienda, industria o comercio—. Tercero, por la *preponderancia de uno de estos elementos*, si ambos concurren en un mismo predio o por la relación de dependencia que entre ellos exista como principal el uno y accesorio el otro. Si bien la finca que se trata de retraer no está enclavada en un núcleo urbano perfectamente definido y esta circunstancia pudiera servir para asignarle el concepto de finca rústica, *los varios diversos elementos que han sido aludidos y que la Sala sentenciadora ha tenido en cuenta para declarar que el destino o aprovechamiento de la finca es el de una finca urbana, tienen más relieve y significación para definir el carácter de la finca que a su mera situación o emplazamiento* y a la misma conclusión se llega por la aplicación del artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, fuente legal más directa para estos fines, según la sentencia de 8 de mayo de 1944, antes citada y cuyo artículo 2.º considera como accesorios de un edificio a las tierras cuando formen con él unidad material de finca y su valor sea igual o menor al de las edificaciones, presupuesta la inexistencia de éstas y como en este caso, según declara la sentencia de instancia de la peritación practicada en los autos *resulta que el valor de lo edificado, es superior al del terreno laborable*, tal circunstancia determina que sea el primero de dichos elementos como principal y preponderante sobre el segundo el que da el carácter de urbana a la finca objeto del retracto.

Aunque en el Registro conste inscrita como rústica la finca aludida, tal inscripción no prueba por sí misma la naturaleza real y efectiva de la finca, sino únicamente que en el Registro aparece inscrita con el carácter expresado y lo mismo puede decirse de la escritura pública de compraventa, que si bien prueba fehacientemente el hecho de que los otorgantes han dicho lo que el documento

expresa, no justifica que sus manifestaciones correspondan a la realidad en cuanto a la naturaleza de la finca de que se trata.

Sentencia de 25 de marzo de 1966.

CONSIDERANDO: Que respecto de la naturaleza y circunstancias de la parcela, los juzgadores de instancia, con expresa declaración de que así lo infieren del resultado de la prueba practicada en su conjunta apreciación, proclaman las circunstancias de hecho que han de servir de base a la calificación, fijándose ante todo, en la naturaleza del terreno, consignando textualmente que, la parcela discutida, es “de deficiente constitución geológica, reseca, caliza, arcillosa y escasa capa de tierra; hállase improductiva, desde hace más de 40 años, siendo los únicos signos de vegetación en la total extensión que abarca, tres olivos, con sensible desfiguración, por efecto de los vientos del mar con el que linda y alguna capa diseminada, sin poder”, en cuanto a su valor, el Juzgado destaca la calidad de la prueba aportada al efecto y, según la cual “la hanegada, en el lugar donde está enclavada la parcela de autos, tiene un precio en el mercado inmobiliario, que oscila entre las 175.000 a 200.000 pesetas y esta misma hanegada, a efectos puramente agrícolas, está valorada en 20.000 pesetas, atendido el rendimiento del cultivo de la vid”, por lo que la Audiencia estima que la duplicidad valorativa a que se refiere el párrafo 3.º del número 2 del Decreto de 29 de abril de 1959, que en este punto reprodujo lo dispuesto en el apartado c) del artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, “con exceso se aprecia tanto en la finca del actor, como en la del demandado”; en lo tocante a su conceptualización administrativa, la Audiencia destaca, como por propia certificación del Ayuntamiento de Denia a efectos de la aplicación de las Ordenanzas Fiscales, el paraje, donde se encuentra ubicada la parcela se considera como clase especial entre otras avenidas, calles y plazas del término municipal, la “Zona del Barrio Residencial de las Rotas” en que está aquélla enclavada; y, por lo que se refiere a su destino, el Juzgado subraya que entre los edificios construidos o en construcción en aquel paraje, hay casi 500 en una extensión aproximada de 230 hectáreas, por todo lo que la Audiencia considera que la especulación sobre tales terrenos, no tiene un fin agrícola sino urbanístico o de edificación, como lo acredita el terreno poseído por el propio actor o familiares suyos a los que hizo la venta de porciones del mismo “en que fueron construidos chalets de recreo llenando todas las condiciones necesarias de habitabilidad, incluso el servicio de agua potable” y toda esta suma de apreciaciones fácticas, lleva a los juzgadores de instancia, a sentar la conclusión jurídica de que la parcela discutida por su naturaleza, valor, catalogación y destino, está fuera de la hipótesis prevista en la Ley llamada de fijación de unidades mínimas de cultivo, que tiende a evitar la atomización de la propiedad en zonas donde la actual fragmentación sea un obstáculo al desarrollo y modernización de la

agricultura, pero que no puede ser aplicada, so pena de contrariar su esencia y finalidad al caso en que la parcelación persiga fines concretos y bien especificados, de indudable expansión urbana.

Resolución de 7 de marzo de 1894.

Vista la consulta del Registrador de esta ciudad, que transcribe V. S. I. con el acuerdo de esa Regencia en comunicación de 18 de enero último, relativa a si un jardín o huerto adherido a una casa se ha de considerar como una sola finca con la casa, para inscribirlo conjuntamente, o si el jardín o huerto se considerará como finca rústica y se inscribirá separadamente de la casa; esta Dirección General ha dispuesto: Que el jardín o huerto adherido a la casa debe considerarse con la casa como una sola finca e inscribirse conjuntamente como una finca urbana; por no ser aplicable a este caso la Resolución que cita el Registrador, la cual fue dictada para un caso especial y concreto que no es aplicable como regla general, y para mejor cumplimiento de esta disposición dígase al Registrador que al hacer la inscripción de la casa, exprese que hay adherido a la misma el jardín de que se trata en esta consulta.

Resolución de 23 de octubre de 1903.

CONSIDERANDO, en cuanto al primero de los defectos consignados en la nota puesta al pie de la escritura origen del presente recurso, que no hay precepto legal alguno que establezca lo que ha de entenderse por finca rústica y urbana para el efecto de expresar sus linderos por los cuatro puntos cardinales en el primer caso, o por derecha, izquierda y espalda en el segundo, con arreglo a lo respectivamente prevenido en la regla 2.^a del artículo 25 del Reglamento de la Ley Hipotecaria y en el 12 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro y, en su consecuencia, queda al buen juicio del Notario y del Registrador en casos dudosos, determinar esa naturaleza, apreciando todas las condiciones de la finca:

CONSIDERANDO que, calificada por el Notario la de que se trata de "terreno edificable" y no de solar situado en calle o plaza del ámbito de la población y lindando por todas partes, según la misma escritura expresa con otras tierras, es más natural y lógico considerarlo finca rústica y no urbana.

Resolución de 6 de julio de 1904.

CONSIDERANDO que los solares cuya inscripción ha sido suspendida por el Registrador tienen el carácter de fincas urbanas, por estar situados dentro del perímetro de la ciudad de Alicante, con números de policía y destinarse a la edificación.

Resumiendo, la Sentencia de 8 de mayo de 1944, considera rústica la finca situada en el campo cuyo destino sea la explotación agrícola, pecuaria o forestal y si los elementos de "rusticidad" concurren con los de "urbanidad", tendrá la naturaleza que le atribuyan los elementos predominantes. La de 6 de noviembre de 1947 plantea el problema de la naturaleza de una finca en la que concurren los elementos de rústica y urbana. Basa la distinción entre una y otra clase de fincas, en los cuatro conocidos criterios, pero además acude al criterio del valor afirmando que es urbana porque "el valor de lo edificado era extraordinariamente superior al terreno laborable". La Sentencia de 25 de marzo de 1966, atiende al criterio del valor: el terreno en litigio, considerado como solar tiene un valor muy superior a si se le considera como finca agraria, pero sobre todo tiene en cuenta el criterio de la situación.

La Resolución de 7 de marzo de 1894 aplica el criterio de la accesoriedad, la de 23 de octubre de 1903, el de situación y la de 5 de junio de 1904, también el de situación.

DERECHO POSITIVO

FINCAS RÚSTICAS

La Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, señala en su artículo 2.º que "se consideran rústicas a los efectos de esta Ley, las fincas cuyo disfrute o aprovechamiento se ceda para una explotación agrícola, pecuaria o forestal, con inclusión de las construcciones o edificios en ellas enclavados, a menos que éstas se exceptúen en el contrato. No tendrán dicho carácter: a) Los solares edificables que estén enclavados total o parcialmente dentro de un núcleo urbano o en las zonas y planes de ensanche de las poblaciones. b) Las tierras que sean accesorias de edificios destinados a habitación o explotaciones forestales industriales y comerciales, sea cual fuere el lugar de su emplazamiento. Se entenderá a los efectos de esta Ley que las tierras son accesorias de un edificio cuando formen con él una unidad material de finca y su valor sea igual o menor al de las edificaciones, presupuesta la existencia de éstas. c) Las tierras dentro o fuera de zona y planes de ensanche de las poblaciones cuando por su proximidad a éstas, a estaciones ferroviarias, carreteras, puertos o playas, tengan un valor en venta superior en un duplo al precio que normalmente corresponda en el mercado inmobiliario a las de su misma calidad y cultivo".

El párrafo primero acepta el criterio de la finalidad: son rústicas las fincas cuyo aprovechamiento se cede *para una explotación agrícola, pecuaria o forestal*. Se recoge después el criterio de la accesoriedad respecto de las construcciones o edificios enclavados en ellas, pero teniendo en cuenta que pueden ser excluidos del arrendamiento por la voluntad de las partes manifestada en el contrato, resulta en defi-

nitiva, que la voluntad privada a través de la asignación de una finalidad a la finca, es la que posee la virtualidad de calificarla de rústica o urbana a través de una declaración de voluntad bilateral. Se revela, por tanto, como predominante al criterio finalista o de destino. El apartado a) refleja el criterio de la situación, el b) el de la accesoriedad, haciendo entrar otro ingrediente, en la consideración de ésta: el valor.

La Ley de Ordenación de Solares de 15 de mayo de 1945 establecía en su artículo primero: "Quedan sujetos a las disposiciones de la presente Ley en el área nacional, islas y posesiones. a) Los terrenos no edificados sitos en el interior de poblaciones de más de diez mil habitantes o en zonas de ensanche y extensión de las mismas que están afectados por los planes de ordenación aprobados legalmente. b) Las edificaciones que se hallen paralizadas o derruidas, no tengan las condiciones de habitabilidad y las demás exigidas por las ordenanzas de la zona donde radiquen con sus terrenos anejos".

El apartado a) recoge el criterio de la situación, el b) no nos interesa, pues se limita a considerar sujetos a la Ley las edificaciones paralizadas o derruidas que implícitamente considera como fincas urbanas, lo que es evidente.

El artículo 63 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana comúnmente conocida como Ley del Suelo, establece que "constituirán el suelo urbano estos terrenos: a) Los comprendidos en el perímetro que define el casco de la población conforme al artículo 12; b) Los que estén urbanizados; y c) Los que aún sin urbanizar, se hallen enclavados en sectores para los que ya existiere aprobado Plan parcial de ordenación.

Si pensamos que en la gran clasificación de los bienes inmuebles o mejor las fincas (bienes inmuebles por naturaleza) en rústicas y urbanas, la que por sus especiales características no pueda calificarse de rústica es porque es urbana y viceversa, por lo menos en nuestro Derecho positivo (5), teniendo en cuenta el precepto transcrito, podemos llegar a la conclusión de tipo negativo de que aquellas fincas en las que no concurren los requisitos del artículo 63, de la Ley del Suelo, deben considerarse como fincas rústicas. En realidad, el artículo 63 recoge el criterio de la situación, ya que para el mismo son fincas urbanas las situadas en el casco de las poblaciones y terrenos urbanizados o que tengan Plan parcial de urbanización aprobado. En definitiva, podemos afirmar que la Ley del Suelo sienta el principio de situación en orden a la determinación de la naturaleza de las fincas. "A sensu contrario", por tanto, parece que puede afirmarse que son rústicas las fincas que se hallan situadas en terrenos

(5) El artículo 51-1.º del Reglamento Hipotecario ordena que la naturaleza de la finca se determinará expresando si es rústica o urbana lo que refleja el criterio de nuestro Derecho que impone la necesidad de clasificar toda finca en uno de estos dos grandes grupos, de modo que la que no es rústica sea urbana y viceversa.

que no reúnan las características de los enumerados en el artículo 63. Pero si bien esto puede sostenerse en principio, no constituye, desde luego, un argumento definitivo, pues es necesario tener en cuenta los restantes criterios que habrá que aplicar también en cada caso, para determinar a ciencia cierta la naturaleza de la finca de que se trate entre los cuales parece más importante el del destino económico.

“A los efectos de esta Ley, tendrán la calificación de solares las superficies de suelo urbano aptas para la edificación y urbanizadas con arreglo a las normas mínimas establecidas en cada caso por el Plan, y si éste no las concretare, se precisará que la vía a que la parcela dé frente, tenga pavimentada la calzada, encintado de aceras y disponga de los servicios de suministro de agua, desagüe y alumbrado público” (artículo 63-3.º de la Ley del Suelo). Se trata simplemente de otra aplicación del criterio de situación a una clase especial de fincas urbanas: los solares. En este caso puede pensarse que la calificación no admite prueba en contrario, se trata de una presunción “*iuris et de iure*”. Se nos plantea, sin embargo, una dificultad. ¿Qué naturaleza tendría una finca que, a pesar de hallarse en la situación que contempla el artículo 63-3.º, estuviese destinada a explotación agrícola?

Observemos, en primer lugar, que el artículo 63-3.º empieza diciendo: “A los efectos de esta Ley, tendrán la calificación de solares...”, de donde resulta que únicamente se considerarán solares en relación con la materia regulada en la Ley del Suelo, esto es, en materia de urbanismo. Pero entonces nos asalta otra dificultad. ¿Es posible calificar un mismo terreno de rústico a unos efectos y urbano a otros? Prescindiendo de las dificultades que puede plantear tal situación, entendemos que no hay más remedio que aceptarla, pues se trata de una disposición taxativa de una ley que deja a salvo otras situaciones que no contempla y que sería erróneo colocar bajo la misma norma.

De todo ello podemos concluir que a cualesquiera otros efectos distintos de la materia urbanística regulada por la Ley del Suelo es perfectamente admisible calificar en nuestro Derecho positivo de rústica a una finca en que concurren las circunstancias exigidas por el artículo 63-3.º de dicha Ley. No obstante, se tratará normalmente de una situación transitoria que perdurará únicamente hasta la realización del Plan.

* * *

De todo lo expuesto parece desprenderse que el criterio de la finalidad económica es decisivo en nuestro Derecho positivo para la determinación de la naturaleza de la finca. La Ley del Suelo atiende a la finalidad urbanística y lo mismo hacia la de Ordenación de solares relativamente a las fincas urbanas, mientras la Ley de Arrendamientos Rústicos atiende a la finalidad agraria, pecuaria o forestal para calificar de rústicas las fincas destinadas al cultivo agrícola. Por otra parte, del artículo 63 de la Ley del Suelo se desprende un criterio

negativo de finca rústica como aquella que, según dicho precepto, no puede calificarse de urbana.

Fincas agrarias.

Esto, por lo que se refiere a las fincas rústicas. Ahora vamos a estudiar el concepto de finca agraria. Según el artículo 8-2.º de la Ley Hipotecaria, "se inscribirán como una sola finca, bajo un mismo número, las explotaciones agrícolas, con o sin casa de labor, que formen una unidad orgánica, aunque estén constituidas por predios no colindantes...". El artículo 44-1.º, 2.º y 3.º del Reglamento Hipotecario, en íntima conexión con aquél, establecen que "se inscribirán bajo un solo número, si los interesados lo solicitaren, considerándose como una sola finca con arreglo al artículo 8.º de la Ley y para los efectos que el mismo expresa, siempre que pertenezcan a un solo dueño o a varios proindiviso: primero, las fincas rústicas y los solares colindantes, aunque no tengan edificación alguna, y las urbanas, también colindantes, que físicamente constituyan un solo edificio o casa-habitación; segundo, los cortijos, haciendas, labores, masías, dehesas, cercados, torres, caseríos, granjas, lugares, casaes, cabañas y otras propiedades análogas que formen un cuerpo de bienes independientes o unidos con uno o más edificios y una o varias piezas de terreno, con arbolado o sin él, aunque no linden entre sí ni con el edificio, y con tal de que en este caso haya unidad orgánica de explotación o se trate de un edificio de importancia al cual estén subordinadas las fincas y construcciones; tercero, las explotaciones agrícolas, aunque no tengan casa de labor y estén constituidas por predios no colindantes siempre que formen una unidad orgánica, con nombre propio, que sirva para diferenciarlas y una organización económica que no sea la puramente individual".

Estamos ante las llamadas fincas discontinuas; se exige para que puedan ser inscritas bajo un mismo número como una sola finca la existencia de una unidad orgánica de explotación, en las agrarias. La Rica (6) entiende que el requisito de la unidad orgánica hay que entenderlo en el sentido de que exista una empresa organizada aunque no sea colectiva, siempre que no tenga carácter rudimentario. La Dirección General de los Registros exige el requisito de conexión económica, rechazando la aplicación del artículo 8-2.º cuando sin existir éste se trate simplemente de unidad de denominación (7) o cuando se exprese en el título que se encuentran en dependencia con una casa sita en poblado (8), o el mero hecho de estar situadas en el mismo término municipal. Ahora bien, no se exige prueba del requisito de unidad orgánica o conexión económica, debiéndose estar a las manifestaciones de los otorgantes o de los interesados, siempre que no resulten desmentidas por el propio título, criterio éste de cuyo

(6) Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria, pág. 63.

(7) Res. 30 noviembre 1867 y 10 mayo 1878.

(8) Res. 27 agosto 1895.

peligro se hace eco la Resolución de 29 de octubre de 1947. La formación registral de fincas discontinuas debe pedirse por los interesados (9).

Por todo ello, nos interesa destacar que para que exista unidad orgánica de explotación o conexión económica es necesaria unidad de destino económico, con lo que la finalidad de *explotación agrícola* pasa a ser el eje alrededor del cual gira toda la problemática jurídica que engendra la interpretación del precepto que nos ocupa. Para que se dé la finca agraria es necesario que se destine a la explotación agraria y esto, evidentemente, tanto si se trata de finca normal como de discontinua, con lo que el criterio de finalidad se destaca también aquí como decisivo.

Como fincas rústicas, deben estar comprendidas las fincas agrarias o agrícolas (destinadas al cultivo agrícola); las granjas destinadas a la cría de animales; las fincas destinadas a explotación de especies arbóreas.

Minas y canteras.

Un serio problema se nos plantea con las minas y canteras. Tanto unas como otras son inmuebles por naturaleza, pero, ¿son fincas en sentido estricto?

No cabe duda que las minas son bienes inmuebles, y como tales los clasifica el artículo 334-8.º del Código civil, pero, desde luego, no pueden ser considerados como fincas si tenemos en cuenta los conceptos expuestos de finca como espacio de límites determinados en la *superficie de la tierra*. Precisamente, la característica fundamental de la mina es su independencia respecto de la superficie.

Con arreglo a la legislación derogada en materia de minas, la propiedad minera tenía dos manifestaciones, según se tratase de sustancias cuya explotación pudiera verificarse a cielo abierto o fuesen necesarias labores subterráneas, en cuyo caso se denominaban minas propiamente dichas (10). Esta distinción se fundaba en la mayor o menor independencia de las sustancias minerales respecto de la superficie del terreno y, por tanto, en la posibilidad o no de una propiedad independiente de la propiedad de la finca que se halla sobre ella. Este criterio domina aún en la vigente legislación minera, pero no con carácter exclusivo, pues se hace también entrar en juego la calidad de la sustancia, de modo que ciertos minerales reciben tratamiento equivalente a los de situación subterránea, aunque estén a flor de tierra.

Distingue la Ley de Minas de 19 de julio de 1944, entre Rocas (Sección A) y Minerales (Sección B). Si las sustancias minerales se pueden explotar a cielo abierto, salvo las que por su especial calidad se incluyen en la segunda Sección, se consideran como ele-

(9) Roca Sastre. Op. cit. Tomo II, pág. 69, 5.ª edición. Barcelona, 1954.

(10) Roca Sastre. Op. cit. Tomo III, pág. 292.

mento integrante del suelo y pertenecen al propietario de éste. Se confunde entonces la mina o cantera con el suelo, es una sola finca, por lo que puede considerarse como finca rústica.

De todo lo anteriormente expuesto, puede deducirse que las canteras y escoriales, tienen la consideración de fincas, porque en ellas no se puede separar la propiedad del mineral de la propiedad de suelo. Si toda finca debe considerarse como rústica o urbana, resulta que las canteras y escoriales y las explotaciones a cielo abierto y a flor de tierra, en general, merecen la calificación de rústicas, por aplicación de la doctrina que venimos exponiendo a lo largo del presente trabajo.

No ocurre lo mismo con las minas propiamente dichas, las cuales son bienes inmuebles indudablemente (e inmuebles por naturaleza), pero no pueden calificarse de fincas.

Eriales.

En cuanto a los eriales, tengamos en cuenta que son superficies de terreno improductivo, no apto para la explotación agrícola ni para la producción de pastos, por lo que no pueden merecer la calificación de fincas agrarias, pero esto no impide que deban ser consideradas como fincas rústicas, no sólo por aplicación de los criterios tradicionales, sino también por la razón de tipo negativo, de que en ningún modo pueden calificarse de fincas urbanas, salvo que se trate de solares.

Pastizales.

Los terrenos destinados a la producción de pastos para ganados son también fincas rústicas en virtud de los criterios antes examinados, aunque tampoco puedan considerarse fincas agrarias, por razón de su destino.

Fincas forestales.

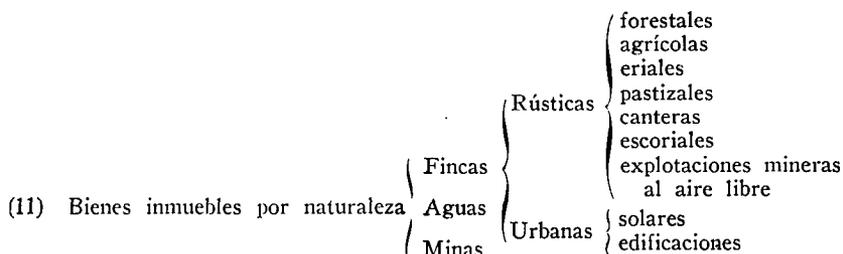
Aunque destinadas a la producción de especies vegetales, no se consideran como fincas agrarias, por las especialidades del sistema de explotación que las hace muy distintas de las agrícolas. No son fincas agrarias, aunque sí rústicas, por aplicación de los criterios que venimos manejando hasta aquí.

Aguas

Una especial dificultad se nos plantea con las aguas. El artículo 334-8.º del Código civil las considera como bienes inmuebles. Doctrinalmente, son consideradas, en general, como inmuebles por naturaleza. La legislación hipotecaria las considera como fincas a los efectos de la inscripción, aunque no creemos que esta consideración pueda tener trascendencia fuera del aspecto puramente registral. Exce-

dería del objeto de este trabajo el estudio amplio del problema; no obstante, creemos poder afirmar que no son fincas, por muchas razones, principalmente de carácter dogmático y filológico (que no es éste el lugar de exponer, aunque no renunciamos a tratar en otro trabajo), pero sí son inmuebles por naturaleza.

Recogiendo lo dicho hasta aquí, podemos hacer de los bienes inmuebles por naturaleza la siguiente clasificación: distinguir entre aguas, minas y fincas, comprendiendo dentro de éstas las fincas rústicas y las urbanas y dentro de las primeras las fincas agrarias, forestales, los eriales, pastizales, canteras, escoriales y explotaciones mineras al aire libre (11).



«El artículo 235 del Código civil: el parentesco y la línea de parentesco en el protutor»

VICENTE ESCRIVA MONZO

Abogado

SUMARIO: I. Introducción.—II. El protutor. Su nombramiento.—III. La tutela dativa; problemas que plantea el artículo 235: A) EL PARENTESCO EN EL PROTUTOR. 1. La interpretación del artículo 423 del Código civil francés: *a)* La regulación primitiva. *b)* La reforma de la Ley de 14 de diciembre de 1964. 2. La interpretación del artículo 235 del Código civil español: *a)* Antecedentes históricos. *b)* El proyecto de 1851. *c)* La Ley de Enjuiciamiento civil. *d)* El sistema de tutela de familia. *e)* La regulación actual en el Derecho francés. *f)* La regulación en los antiguos Códigos latinos. *g)* La gratuidad y onerosidad del cargo de protutor. *h)* El protutor como miembro nato del Consejo de Familia. *i)* La opinión de la doctrina en la tutela dativa. *j)* La regulación en el caso de ausencia. *k)* La opinión de la doctrina. 3. Conclusiones. B) LA LÍNEA DE PARENTESCO EN EL PROTUTOR. 1. La interpretación del artículo 423 del Código civil francés: *a)* La regulación primitiva. *b)* La reforma de la Ley de 14 de diciembre de 1964. 2. La interpretación del artículo 235 del Código civil español: *a)* La antigua relación “*onus tutelae-aemolumentum successionis*”. *b)* El Proyecto de 1851. *c)* La moderna relación “*onus tutelae-aemolumentum successionis*”. *d)* La opinión de la doctrina. *e)* Crítica de las opiniones doctrinales. 3. Conclusiones.—IV. Conclusiones finales.—V. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1969. Su crítica.

I. INTRODUCCION

Este tema, que podría tacharse por la doctrina como “pasado de moda”, debido sobre todo a la escasa frecuencia con que se presenta en nuestro mundo jurídico —y con ello me refiero a su planteamiento ante nuestros Tribunales, ya que como materia de consulta sí se presenta con más frecuencia—, cobra, no obstante, plena actualidad en base a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha nueve de abril de mil novecientos sesenta y nueve.

El pleito que dio lugar a la mencionada sentencia se basaba esencialmente en la interpretación que había que dar al artículo 235 de nuestro Código civil.

Verdaderamente la solución no era nada fácil, debido sobre todo a que la doctrina, con excepción de poquísimos autores, o bien lo ha dejado en el olvido, o bien lo ha tratado muy de pasada, sin profundizar en los problemas que de su contexto se desprenden, todo lo cual exigía un minucioso estudio de los antecedentes históricos, avalado con interpretaciones sistemáticas y comparadas.

Por todo ello, en este trabajo haremos, en primer lugar, ese minucioso estudio que denunciábamos hasta el límite de nuestras posibilidades, llegando por este camino a sus conclusiones finales, para posteriormente enjuiciar, en base a todo este material conseguido la mencionada sentencia de nuestro más alto Tribunal.

II. EL PROTUTOR. SU NOMBRAMIENTO

Desde antiguo, en los países de abolengo latino, cuando los intereses del menor se encontraban en oposición con los del tutor, se nombraba un curador "ad hoc", cuya misión terminaba con la causa que lo había hecho necesario.

Contrariamente a esta evolución, el Derecho coutumier francés situó al lado del tutor, durante toda la evolución de la tutela, a un vigilante y contradictor legítimo, el "subrogé tuteur" (artículo 240 de la Coutume de París, según DEMOLOMBE).

Posteriormente, el Código de Napoleón recogió esta figura del "subrogé tuteur" por creerla útil y necesaria a los intereses de los tutelados, extendiéndola a toda clase de tutela sin excepción, y regulándola en sus artículos 420 y siguientes. De este cuerpo legal la recogió nuestro Proyecto de 1851, de donde pasó después a nuestro Código civil, que la regula en sus artículos 233 y siguientes.

Y así, la institución de la protutela —sin precedente alguno en nuestro derecho histórico—, pasa a convertirse en uno de los elementos necesariamente integrantes del complejo organismo tutelar de nuestro Código civil —excepción hecha de la tutela establecida en los artículos 212 y 303 para los expósitos y huérfanos menores acogidos—, siendo su función característica, aunque no única, la de vigilar el desempeño de la tutela, tal como preceptúa el artículo 201.

Su necesaria creación viene imperativamente impuesta —al igual que lo estableció el Código de Napoleón en su artículo 420— por el artículo 234 de nuestro Código civil que preceptúa que "el tutor no puede comenzar el ejercicio de la tutela sin que haya sido nombrado el protutor. El que dejare de reclamar este nombramiento será removido de la tutela y responderá de los daños que sufra el menor".

Ahora bien, el nombramiento del Protutor en nuestro Código civil cabe hacerlo a través de dos medios —a diferencia de lo establecido en el artículo 420 del Code, en donde siempre se trata de una protutela dativa—, por testamento y por el Consejo de Familia, los cuales dan lugar a las respectivas especies de protutela testamentaria y protutela dativa, tal como establece el artículo 233 que dice: "Al

Consejo de Familia corresponde nombrar protutor cuando no lo hayan nombrado los que tienen derecho a elegir tutor para los menores.”

No hay, en cambio, establecida en esta materia una delación legítima, al igual como sucede en materia de tutela. Los motivos que pudieran llevar al legislador a la exclusión en esta materia de la delación legítima, podrían ser, o bien, como apunta CASTÁN (1), por el obstáculo que supondría la imposibilidad de recaer el nombramiento de protutor en pariente de la misma línea del tutor, conforme al artículo 235, o bien, como apunta ESCOBAR DE LA RIVA (2), para permitir la independencia del protutor, dada su misión esencialmente fiscalizadora, evitando así las concomitancias entre tutor, protutor y Consejo de Familia, que necesariamente se darían si hubiese creado el protutor legítimo, elegido conforme al criterio parental que rige a tutores y a vocales legítimos.

La delación de la protutela, a través de la forma testamentaria, sólo puede ser hecha por el padre o la madre del tutelado (artículo 206), y, aunque la redacción del artículo 233 pudiera suscitar dudas, no cabe la delación hecha por aquél que les deja herencia o legado de importancia, ya que aparte de que el artículo 207 sólo les faculta para nombrar tutor, pero no para nombrar también protutor, como lo hace el artículo 206 para los padres, estaría en contradicción con los antecedentes históricos, concretamente con el Proyecto de 1851, en cuyo artículo 185 se decía: “En todos los casos de tutela el Consejo de Familia nombrará un protutor, siempre que no haya sido nombrado por el padre o por la madre” (3). Así pues, hay que entender la expresión del artículo 233 como un “lapsus” del legislador, y entender su contenido, al igual como lo interpreta la doctrina, en el sentido de que se refiere tan sólo al padre y a la madre del tutelado.

Y en cuanto a la delación de la protutela a través de la forma dativa, es necesario que se acuerde por mayoría de votos, y con asistencia mínima de tres vocales, como preceptúa el artículo 305.

III. LA PROTUTELA DATIVA; PROBLEMAS QUE PLANTEA EL ARTICULO 235

En el caso de protutela testamentaria rige el principio de autonomía de la voluntad, pudiendo hacer recaer el nombramiento de protutor en cualquier persona, pariente o extraña al menor o incapaz,

(1) CASTÁN TOBEÑAS, José: “Derecho civil español, común y foral”, Tomo V, Volumen II. Madrid, 1966, pág. 332.

(2) ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy: “La tutela”. Monografías prácticas de Derecho español. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid, 1943, pág. 58.

(3) Se recoge todo el articulado del Proyecto de 1851 de la obra de GARCÍA GOYENA: “Concordancia, motivos y comentarios del Código civil español”. Cuatro tomos. Madrid, 1852.

sin que les sea aplicable la inhabilidad especial establecida por el artículo 235. Esto se comprende fácilmente si tenemos en cuenta que se da esta facultad a los padres del tutelado, de cuyo cariño hacia éste es presumible que harán recaer el nombramiento en persona de confianza, que tutelarán mejor los intereses de sus hijos menores o incapacitados en sus posibles roces con los del tutor, siendo lo normal que esta persona sea familiar. Por esta razón excluimos de este estudio la protutela testamentaria, ya que no plantea ninguna clase de problemas, pues el nombrado, pariente o no —y perteneciente o no a la misma línea del tutor—, pasará sin ningún obstáculo a desempeñar el cargo de protutor.

Ahora bien, no sucede lo mismo en el caso de la protutela dativa, en donde aparece latente la aplicación del artículo 235 con la secuela de problemas que trae consigo, razón de este trabajo, dedicado por estos motivos exclusivamente al caso de protutela dativa, o sea, aquellos casos en los que el nombramiento de protutor se lleva a cabo, bien en primer o sucesivos nombramientos, por el Consejo de Familia.

Es precisamente en esta clase de protutela, como consecuencia de la deficiente redacción del artículo 235 —cuya oscuridad ha sido ya denunciada por varios autores (COMAS, MUCIUS SCAEVOLA, ESCOBAR DE LA RIVA), en donde surgen los dos problemas enunciados en este trabajo: el del parentesco del protutor, y el de la línea de parentesco en el protutor, todo ello en relación con el tutelado y el tutor, bajo cuyo orden pasamos a estudiarlos a continuación.

A) *El parentesco en el protutor.*

El artículo 235 dice: “El nombramiento de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor.”

¿Qué quiere expresar este artículo? Una interpretación estrictamente literal nos llevaría a la solución de considerar la referencia “de la misma línea” como completamente inútil. Y esto por las siguientes razones: *a)* si consideramos el concepto “línea” tal como lo entiende el artículo 916 (línea directa o colateral), hubiese bastado con excluir de la protutela a cualquier pariente del tutor, ya que éstos, por lejanos que sean, estarán obligatoriamente o bien dentro de la línea recta, o bien dentro de la línea colateral; *b)* y si consideramos el concepto *línea* tal como lo entendía el Code, en el sentido de “paterna paternis, materna maternis”, llegaríamos a la misma solución de excluir a los parientes del tutor, ya que sus descendientes pertenecen siempre a su misma línea, y en cuanto a sus ascendientes y colaterales, como en la persona del tutor se daría siempre la conjunción de líneas de sus padres, cualquiera de aquéllos pertenecería siempre a una de sus dos líneas, con lo que entraría dentro de la inhabilidad del artículo 235.

Pero no parece ser ésta la interpretación del artículo 235, ya que

de su simple lectura se deduce que está presuponiendo un concepto que si bien no está expresado en este artículo, está no obstante, latente en todo el articulado de esta materia: el pupilo, o mejor dicho el tutelado, ya que hay que comprender aquí tanto a los menores, como a los incapacitados, a los cuales no se refiere el Código en todo el capítulo V que trata "Del protutor", en donde siempre habla tan sólo del menor. Y con relación a este concepto hay que interpretar el artículo.

Así pues, este artículo, en principio, habría que interpretarlo de la siguiente manera: "El nombramiento de protutor no puede recaer en pariente del tutelado que pertenezca a la misma línea del tutor". Y es así cuando el artículo cobra su pleno sentido en cuanto al parentesco.

Ahora bien, en este estado de cosas es cuando se nos plantea en toda su plenitud el primer problema apuntado, que podríamos formular de la siguiente manera: ¿Este artículo está mandando al Consejo de Familia que haga recaer el nombramiento de protutor en la persona de un pariente del tutelado si existe o es capaz? ¿O el Consejo de Familia tiene amplia libertad para hacer recaer el nombramiento en cualquier persona, aunque sea un extraño, constituyendo este artículo una mera prohibición para el caso de que recayese el nombramiento sobre un pariente?

La interpretación de este artículo en uno u otro sentido no es una tarea fácil debido sobre todo a que es una institución extraña a nuestro Derecho histórico, en donde no existe ningún precedente de esta figura, recogida, como se sabe, del Derecho francés.

No obstante, la dificultad ya no es tan grande si tenemos en cuenta que este problema se lo planteó en su día la doctrina francesa, lo que es una gran ayuda, por lo que siendo en el Derecho francés donde esta institución tiene su punto de origen, examinaremos primero su regulación y solución en éste, para estudiarlo después sistemáticamente en nuestro Derecho.

1. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 423 DEL CÓDIGO FRANCÉS

Antes de entrar en el estudio de esta materia en el Derecho francés hay que hacer la salvedad de que ha sido reformada por la Ley de 14 de diciembre de 1964, por lo que primero estudiaremos su regulación primitiva, que fue la que recogió nuestro proyecto de 1851, y posteriormente pasó a nuestro Código civil, para aludir después a la reforma.

a) *La regulación primitiva.*—También en este Derecho el Protutor —"subrogé tuteur", para los franceses—, es uno de los elementos necesariamente integrantes del complejo organismo tutelar, de tal manera que el artículo 420 dice: "Dans toute tutelle, il y aura un subrogé tuteur, nommé par le conseil de famille". Este artículo es

absoluto, al igual como lo era el artículo 185 del Proyecto de 1851; no existen excepciones como en nuestro Código.

No obstante, podemos apuntar dos diferencias respecto de la regulación española: 1) En cuanto a su nombramiento, sólo a través de la forma dativa (arts. 420-422). No existe, pues, la delación testamentaria de la protutela, al igual como sucede en el Derecho español. 2) Y en cuanto a sus funciones, son más reducidas que en nuestro Derecho, viniendo a constituir un curador "ad hoc" permanente, ya que el artículo 420, apartado 2.º, dice que "ses fonctions consisteront à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur". No es propiamente un fiscalizador del tutor, sino solamente un defensor del menor cuando sus intereses se encuentran en oposición con los del tutor.

Sin embargo, lo que verdaderamente nos interesa de estas diferencias es que nos encontramos siempre ante casos de protutela dativa, en donde entrará en juego el artículo 423, precedente indirecto de nuestro artículo 235. Así pues, vamos a ver la interpretación dada a este artículo.

El artículo 423 dice: "en aucun cas le tuteur ne votera pour la nomination du sobrogé tuteur, lequel sera pris, hors le cas de frères germains, dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra point".

Su simple lectura nos da a entender que al igual como sucedía en nuestro artículo 235, está presuponiendo un concepto no expresado: la referencia a las líneas del tutelado. Y esto se entiende más fácilmente si tenemos en cuenta que en el Code no rige el concepto de línea directa y colateral como esencial para determinar la sucesión, lo cual podría suscitar dudas como en el Derecho español, sino que ésta es subsidiaria de la línea que es tomada como base de la sucesión: "paterna paternis, materna maternis". Eso está claramente expresado en materia de sucesión, en donde su artículo 733 dice que "toute sucesion echue à des ascendants ou à des collatéraux, se divise en deux parts égaux: L' une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour les parents de la ligne maternelle". Y dentro de cada una de ellas heredará el más próximo en grado (art. 734). En esta segunda operación es cuando se acude al concepto de línea directa y colateral.

A este respecto existe plena unanimidad entre la doctrina francesa, no planteándose ningún problema a este respecto: el artículo 423 hace referencia al tutor y al protutor con respecto a las líneas del tutelado, y éstas son las líneas paterna y materna.

Ahora bien, no anda tan acorde la doctrina respecto a la interpretación de este artículo en uno de los dos sentidos que hemos apuntado en el apartado anterior, o sea, si se trata de una norma imperativa o de una norma prohibitiva (4). Conviene hacer resaltar aquí que no

(4) Si bien esta distinción es meramente formal, según apunta DE CASTRO en su parte general—"ya que una misma regla será imperativa o negativa según imponga una conducta como legal o prohíba la contraria como ilegítima"—,

todos los autores se plantean el problema en estos términos, e incluso algunos lo resuelven sin previo planteamiento, pero escogeremos esta distinción usada por DEMOLOMBE (5) para encuadrar a los distintos autores que defienden una u otra posición. Así pues, distinguiremos dos grupos en la doctrina: 1) aquellos que entienden que el Consejo de familia puede nombrar a cualquier persona, aunque sea un extraño, para el cargo de protutor, constituyendo este artículo una mera prohibición para el caso de que recayese en un pariente (norma prohibitiva). Y 2) aquellos que entienden que el Consejo de familia ha de nombrar para el cargo de protutor a un pariente que pertenezca a la otra línea del tutor, siempre que éste exista y sea capaz, en cuyo defecto podrá nombrar a un extraño (norma imperativa).

1) El defensor más caracterizado de esta posición es DEMOLOMBE (6), el cual después de enumerar las consecuencias que se siguen del artículo 423 —entre las cuales cita la de que “si el menor no tiene parientes o afines más que en una sola línea, no se puede nombrar para protutor más que a un extraño”—, dice que le parece cierto que esta doctrina no es jurídica, y que la regla para la elección del protutor, e incluso para la del tutor, es “que el Consejo de Familia tenga la más grande amplitud de decisión, y que pueda nombrar un extraño con preferencia al pariente, incluso al más próximo”. Y más adelante añade que “la finalidad de este artículo, en efecto, no es exigir que el protutor sea elegido entre los parientes o afines de la línea a la cual el tutor no pertenece, sino solamente ordenar que él no sea elegido entre los de la línea a la cual el tutor pertenece. El artículo 243 es prohibitivo; no imperativo. Y la Ley así entendida es mucho más conforme a los intereses del menor”. En este mismo sentido cita el autor a VALETTE; MARCADÉ; DUCAURROY; BONIER y ROUSTAING; ZACHARIAE; AUBRY y RAU; MASSÉ y VERGÉ; y DEMANTE.

De estos autores sólo vamos a aportar a MARCADÉ (7). Este alega que el Consejo de Familia puede nombrar siempre a un extraño, incluso cuando haya muchos parientes en las dos líneas. Y esto porque ningún artículo del Code, según él, obliga a elegir a uno de los parientes, sea para tutor dativo, sea para protutor. Y añade: “en efecto, 1.º, si el legislador hubiese querido que el protutor fuese pariente, lo hubiese querido igual, y con más razón que el tutor lo fuese también, ahora bien, el artículo 405 no dice una palabra. 2.º, si nuestro artículo debía entenderse con exclusión de los extraños, se seguiría de esta idea ridícula, que los extraños, excluidos en general, no lo serían ya cuando el tutor fuese un hermano carnal, puesto que

la aceptamos aquí por estar formulada en estos términos por DEMOLOMBE, y servirnos para una más concreta distinción de los autores franceses.

(5) DEMOLOMBE, C.: “Traité de la minorité, de la tutelle et de l’émancipation”, “Cours de Code Napoléon, VII”, Tomo I. París, 1880, págs. 210 y ss., apartado 368.

(6) DEMOLOMBE, C.: *op. cit.*, págs. 210 y ss., apartados 367 y 368.

(7) MARCADÉ, V.: “Explication theorique et pratique du Code civil”, 7.ª Ed., Tomo II. París, 1873, págs. 227 y ss., artículo 423.

las palabras “hors le cas de frères germains” harían siempre excepción a la regla. 3.º, nuestro artículo, antes de suponer que el protutor va a ser un pariente (lo que será en efecto, el caso más ordinario) comienza por suponer que el tutor cualquiera que sea, es pariente también; ahora bien, el artículo 397 declara expresamente que el tutor testamentario puede ser pariente o extraño; no hay aquí más que una simple suposición, y no una prescripción”. Así pues continúa: “nuestro artículo, en definitiva, no significa que el funcionario que se trate de nombrar debe ser elegido en la línea a la cual el otro no pertenece, sino más bien que no debe ser elegido en la línea a la cual el otro pertenece”.

2) Por el contrario, la segunda posición es defendida por la mayoría de autores, entre los cuales gran parte de ellos no llegan siquiera a plantearse este problema por creerlo resuelto.

Y así DURANTON, uno de los más caracterizados comentaristas del Code y del que seguramente se sirvió GARCÍA GOYENA en su día, comentando este artículo, y sin pensar en la existencia de tal problema, dice (8): “por el principio mismo de su institución, el protutor no debe estar bajo la dependencia del tutor, ni en general debe estarle atado por lazos de parentela, en consecuencia el tutor no debe votar en su nombramiento, y excepto en el caso en que sean los dos hermanos carnales del menor, el primero *debe ser elegido* de aquélla de las dos líneas a la que no pertenece el último. En el caso en que ellos sean hermanos carnales la Ley, y con razón, no supone que el protutor favorecerá más los intereses fraudulentos de su hermano tutor, que protegerá los de su hermano menor”.

También TOULLIER (9), comentando este artículo, dice; “fuera del caso de hermanos carnales que pertenecen a las dos líneas, el protutor *debe ser elegido* en aquélla a la que el tutor no pertenezca”. E incluso llega más lejos al añadir que “si no hay parientes más que en una sola línea, y el tutor ha sido elegido de entre ellos, el protutor *debe ser tomado* de entre los amigos que representan a la otra línea”.

En el mismo sentido HUC (10) declara que “para que el protutor pueda cumplir convenientemente el papel que le ha sido asignado, importa que no esté sujeto a las mismas influencias que aquellas a las que se puede encontrar expuesto el tutor, y que no tenga los mismos intereses que este último. En consecuencia, según la *disposición imperativa* del artículo 423, el protutor no puede pertenecer a la misma línea que el tutor. De esto se sigue: 1.º que si el menor no tiene parientes más que en la línea del tutor, el Consejo de Familia debe designar a un extraño para protutor. 2.º, que si el tutor acaba de ser

(8) DURANTON, M.: “Cours de Droit civil suivant le Code Français”, 4.ª Ed., Tomo II, Mannheim, 1841, pág. 471, apartado 518.

(9) TOULLIER, M.: “Le Droit civil français suivant l'ordre du code”, 5.ª Ed., Tomo II, París, 1830, pág. 337, apartado 1.132.

(10) HUC, Theophile: “Commentaire theorique et pratique du Code civil”, Tomo III, París, 1892, págs. 330 y s., apartado 331.

reemplazado por un pariente perteneciente a la línea de la que ha sido elegido el protutor, el Consejo de Familia deberá nombrar otro protutor”.

E igualmente BOILEUX (11) dice que “la Ley no se contenta con tomar medidas para evitar que el tutor no pueda participar en la elección de su vigilante; ella exige además que el protutor *sea tomado* de aquella de las dos líneas a la cual el tutor no pertenezca”. Y después añade “si no hay parientes más que en una sola línea y el tutor ha sido elegido de entre ellos, el protutor deberá ser tomado de entre los amigos que representen a la otra línea”.

En los mismo términos se pronuncian PLANIOL y RIPERT (12) y BAUDRY-LACANTINERIE (13) los cuales, no obstante, apuntan que sería de mayor interés para el menor el que el Consejo de Familia pudiera, cuando este interés lo exigiera, nombrar a un extraño. Lo cual no se opone a lo anterior, ya que cuando el pariente que hubiera de ser designado no estuviese capacitado para desempeñar el cargo de protutor, esta solución sería la justa.

Y para mayor abundamiento, también la Jurisprudencia francesa se ha pronunciado en este sentido en dos sentencias famosas:

1) La de la Corte de Burdeos de 20 de agosto de 1811 (14) la cual anuló, por contravención del artículo 423, la deliberación de un Consejo de Familia, que después de elegir a un pariente paterno para tutor, había elegido a un extraño para protutor, disponiendo que “aquel que no es pariente del menor no puede ser nombrado protutor, cuando existen parientes por otra parte capaces y no excusables en la línea a la cual el tutor no pertenece. La nulidad de una tal elección puede ser perseguida por todo pariente de esta línea”. Así pues, deduce del artículo 423 esta consecuencia, citada por DEMOLOMBE (15), que “cuando el menor tiene parientes o afines en una y otra línea, es necesario nombrar para protutor un pariente o afin de la línea a la que el tutor no pertenezca”.

2) Y posteriormente la de la Corte de Aix de 15 de noviembre de 1843 (16) adoptó también esta doctrina al decir que “una persona no pariente del menor podía ser elegida para protutor, aunque exista un pariente en la línea a la cual el tutor no pertenezca si el más grande interés del menor lo exige”. Se trata de un caso en que el pariente no estaba capacitado para desempeñar el cargo de protutor.

(11) BOILEUX, J. M.: “Commentaire sur le code civil, contenant l'explication de chaque article separement”, Tomo I, Bruselas, 1838, pág. 224, artículo 423.

(12) PLANIOL Y RIPERT (traducción de Mario Díaz Cruz): “Tratado práctico de Derecho civil francés”, Tomo I, La Habana, 1945, pág. 496, apartado 515.

(13) BAUDRY-LACANTINERIE: “Traité theorique et pratique de Droit civil”, 3.^a ed., Tomo V, París, 1908, pág. 454, apartado 381.

(14) CAPELLEN, SIREY, 1811, II, 479. Citada también por DEMOLOMBE: op. cit., apartado 386; MARCADÉ: op. cit., pág. 227, artículo 423, y BOILEUX: op. cit., página 224, artículo 423.

(15) DEMOLOMBE, C.: op. cit., apartado 368.

(16) TAXY, Dev., 1844, II, 255. Citada también por DEMOLOMBE: op. cit., apartado 368, y MARCADÉ: op. cit., pág. 277, artículo 423.

Así pues, esta era la opinión dominante que existía en el Derecho francés sobre este particular. Y todavía nos corrobora más esta afirmación el estudio detenido de las alegaciones de los contradictores principales de esta doctrina. En primer lugar, ambos están conscientes de que ésta es la opinión dominante, y lo único que pretenden es dar a conocer su opinión, que según ellos es más provechosa, al conceder mayor libertad al Consejo de Familia. Y así en DEMOLOMBE (17) cuando afirma que “le parece cierto que esta doctrina no es jurídica”, ya que está combatiendo a la que se deduce de las dos sentencias citadas. E igual sucede en MARCADÉ (18). Pero es que además, DEMOLOMBE se contradice a sí mismo cuando posteriormente (19), dedica un apartado entero a demostrar que el “protutor (nosotros lo suponemos) es miembro del Consejo de Familia” con lo que está pensando en un protutor pariente del menor, pues el artículo 407 (“six parents ou alliés”) es claro en este sentido. Y de la simple lectura de MARCADÉ (vide supra) cabe deducir también que no ha comprendido el referido artículo, ya que precisamente en el caso de hermanos carnales de exceptúa la aplicación del artículo 423, y no hace falta acudir a los extraños, pudiendo ser ambos tutor y protutor; y además en cuando que el tutor no es pariente, tampoco está muy claro en el Derecho francés, exceptuando el caso de tutela testamentaria.

Y por si todo fuera poco, la reforma de la Ley de 14 de diciembre de 1964 da también la razón a esta segunda posición, como pasamos a ver a continuación.

b) *La reforma de la Ley de 14 de diciembre de 1964.*—A pesar de que una encuesta organizada, según nos dicen BLONDY y MORIN (20), en 1947 por el profesor HOUIN había concluido con la ineficacia práctica de la protutela “si no es cuando existe una enemistad entre tutor y protutor”, y de que muchos autores propugnaban por su abolición, la Ley de 14 de diciembre de 1964 ha mantenido, no obstante, la protutela, reforzando sensiblemente los poderes de control del protutor, y reformando los requisitos de su nombramiento.

Y así el artículo 420 reformado dice: “Dans toute tutelle, il y aura un subrogé tuteur, nommé par le Conseil de famille *parmi ses membres*”. Y continúa en su apartado 2.º: “Les fonctions du subrogé tuteur consisteront à surveiller la gestion tutélaire et à représenter le mineur lorsque ses intérêts seront en opposition avec ceux du tuteur”.

De esto se deduce en primer lugar, que la delación sigue siendo dativa; pero, en segundo lugar, queda definitivamente fijado que el

(17) DEMOLOMBE, C.: op. cit., loc. cit.

(18) MARCADÉ, V.: op. cit., loc. cit.

(19) DEMOLOMBE, C.: op. cit., pág. 225, apartado 377.

(20) BLONDY, P. y MORIN, G.: “La réforme de L'administration legale de la tutelle et de l'emancipation”, Tomo I (Estudio de la Ley núm. 64-1230, de 14 de diciembre de 1964). 2.ª Ed., París, 1967, págs. 147 y ss.

protutor ha de ser pariente del menor, ya que éste ha de ser nombrado por el Consejo de Familia de entre sus miembros (art. 470; “le conseil de famille est composé de quatre à six membres, y compté le subrogé tuteur, mais non le tuteur ni le juge des tutelles”), con lo que queda zanjado el problema anterior del parentesco. Y además la reforma va más lejos al declarar en su artículo 408 que “Le juge des tutelles choisit les membres du conseil de famille parmi les parents ou alliés des pères du mineur, en appréciant toutes les circonstances du cas: la proximité du degré, le lieu de la résidence, l'âge et les aptitudes des intéressés”. Y además el apartado 2.º le exige: “il doit éviter, autant que possible, de laisser l'une des deux lignes sans représentation”. Así pues, tenemos que el protutor además de ser un pariente, será un próximo pariente.

Y en cuanto a la incapacidad especial para la protutela que se establecía en el antiguo artículo 423, el artículo reformado viene a pronunciarse diciendo: “Si le tuteur n'est parent ou allié du mineur que une ligne, le subrogé tuteur est pris, autant que possible, dans l'autre ligne”. Así pues, con arreglo a la reforma deberá procurarse que el protutor pertenezca a la otra línea, pero si no existe tal persona, o el tutor pertenece a ambas líneas, no por esto deberá nombrarse a un extraño, sino que se nombrará igualmente a uno de los miembros del Consejo de Familia, aunque sea de la misma línea del tutor (21).

También se deduce del artículo 420 que las funciones del protutor ya no son solamente las de un curador “ad hoc” permanente, sino que se le asigna también la misión de vigilancia de la tutela, a lo que se extendía prácticamente por interpretación doctrinal, aparte de otras funciones que le son asignadas, reforzando de esta manera los poderes de control del protutor.

Y por último la reforma, como hemos visto en su artículo 407, declara de manera indubitada, recogiendo lo que apuntábamos en DEMOLOMBE más arriba, que el protutor es miembro del Consejo de Familia.

Así pues, resumiendo, el protutor en el Derecho francés tiene que ser obligatoriamente un pariente, y además próximo; es elegido por el Consejo de Familia entre sus miembros, y luego sigue formando parte del mismo Consejo; y por último, no es necesariamente un pariente de la otra línea a la que pertenezca el tutor sino que será así en cuanto sea posible, pero si existen sólo parientes de una línea, no hay ya inconveniente en que se le nombre de ésta, con lo que el recurso en estos casos al extraño ha desaparecido, convirtiéndose en una tutela completamente familiar.

(21) BLONDY, P. y MORIN, G.: op. cit., apartado 314: “Mais, quelle que soit la personne choisi pour assurer les fonctions de subrogé tuteur, celle-ci doit “obligatoirement” être prise parmi les membres du conseil de famille (artículo 420, al. 1.º, C. civil)”.

2. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 235 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Una vez vista la interpretación dada por la doctrina y la Jurisprudencia francesa a su artículo 423 antiguo, y la interpretación auténtica a través de la reforma hecha por el legislador francés, ¿qué interpretación cabe dar a nuestro artículo 235? ¿Debe ser igual a la francesa o tendremos que llegar a conclusiones diferentes?

Cabría pensar en primer lugar que al ser una institución recogida del Derecho francés, sin precedente directo en nuestro Derecho histórico, la interpretación dada por su legislación, doctrina y Jurisprudencia, debería ser recogida, sin más, por nuestro ordenamiento jurídico, ya que nos encontramos ante una institución extraña. Pero parece que no hay que dilucidar así el problema, pues toda institución, por extraña que sea, al ser recogida por un ordenamiento jurídico se hace propia de él, y si bien la interpretación extranjera será un dato a tener en cuenta, es necesario buscarle otros fundamentos a esta clase de interpretaciones, para ver si se pueden o no subsumir en nuestro ordenamiento jurídico. Así pues pasaremos ahora a examinar una serie de datos, para con sus conclusiones, llegar a un resultado definitivo. Estos datos no son otros que la interpretación histórica, la interpretación comparada y la interpretación sistemática, si bien vienen desdobladas en apartados diversos:

a) *Antecedentes históricos*.—Ya sabemos que no existen antecedentes directos de esta figura en nuestro Derecho histórico pero sí será un dato importante saber qué sistema se siguió en materia de tutela.

En nuestro Derecho histórico se observa en esta materia una clara diferencia entre los textos legislativos de abolengo germánico (fueros municipales) y los de carácter romano o romanizado. En los primeros se establece únicamente un principio de guarda legal respecto a los huérfanos menores de edad (tutela de menores), pero no existen en cambio, antecedentes de la tutela mulierum, ni de la curatela. Por otra parte, el llamamiento a la tutela es siempre legal (llamamiento a los más próximos parientes; parientes propinuos), y sólo en defecto de éstos, se defiende la tutela por la autoridad judicial.

Así aparece claramente en cuatro leyes del título III, Libro IV del Fuero Juzgo, que tratan de los huérfanos y de los que los defienden. Aquí se encomienda su tutela a los hermanos mayores de veinte años y con discreción para tener a los demás hermanos en guarda, y a falta de éstos la Ley llama al tío y al hijo del tío, y a falta de éstos, el Juez da alguno de los otros parientes.

En el Fuero Viejo se acentúan estas notas. Cuando un hombre o una mujer mueren —dice la Ley 1.^a del Título IV, Libro V— y dejan hijos chicos, deben tomarlos los parientes más propinuos a ellos. Y cuando los parientes cercanos no existen o no son idóneos “la justicia debelos dar a quien guarde a ellos o a suos bienes”.

El tema se repite en el Fuero Real: "Si algunos huérfanos que sean sin edad, fincaren sin padre o sin madre, los parientes más propinquos que hayan edad e sean para ello, resciban a ellos e a sus bienes delante el alcalde e delante homes buenos por escripto e guardenlos fasta que los huerfanos vengan a edad. Si no hobieren parientes que sean para ello, el alcalde delos a guardar con todos los bienes a algún home bueno e tengalos como es sobredicho".

Las Leyes de Partida introducen el sistema romanizado: se admiten la tutela y la curatela, y dentro de la primera tres especies distintas: testamentaria, legítima y dativa.

Las tres clases de tutela son las siguientes: 1.^a) Cuando el padre establece guardador a un hijo en testamento, a que llaman en latín "tutor testamentarius"; 2.^a) Cuando el padre no deja guardador al hijo en su testamento y tiene parientes, entonces las leyes otorgan que sea guardador del huérfano el pariente más cercano, y a éste se le llama "tutor legitimus"; 3.^a) La tercera manera es cuando el padre no deja guardador a su hijo, ni tiene pariente, o si lo tiene es embargado de manera que no lo puede o no lo quiere guardar, entonces el Juez de aquel lugar le da por guardador algún hombre bueno y leal, y a éste le dicen en latín "tutor dativus", es decir, guardador dado por albedrío del Juez.

Así pues, vemos que estos antecedentes históricos nos dan como resultado un continuo llamamiento a favor de los parientes para desempeñar el cargo de tutor, acudiendo a los extraños cuando aquéllos no existen o son incapaces de desempeñar tal cargo. Y dentro de los parientes vemos la preferencia hacia los más próximos.

b) *El proyecto de 1851.*—De todos los antecedentes históricos merece un estudio especial este Proyecto por ser el principal factor del cambio operado en nuestro Código civil respecto al sistema tutelar anterior. Para este estudio nos basaremos en el libro de GARCÍA GOYENA (22).

En su artículo 172 se nos decía: "La tutela se ejercerá por el tutor, bajo la vigilancia del protutor y del Consejo de Familia en los casos y en la forma que determinan las Leyes." Y traslada al capítulo V la regulación de la figura del protutor.

En su artículo 185 se nos decía: "En todos los casos de tutela el Consejo de Familia nombrará un protutor, siempre que no haya sido nombrado por el padre o por la madre." Vemos aquí, en primer lugar, la raíz de la protutela testamentaria de nuestro Código civil, y el cambio operado respecto de la legislación francesa que sólo admitía la protutela dativa. Aquí se puede observar que la protutela testamentaria sólo se permite al padre y a la madre del tutelado, por lo que la dicción del Código es defectuosa. Y en segundo lugar, vemos que la protutela se establece de modo absoluto: "en todos los casos de tutela". Así pues, no existen todavía las excepciones del Código.

(22) GARCÍA GOYENA: op. cit.

En su artículo 186 se nos decía: “En caso de tutela dativa, el Consejo de Familia nombrará el protutor en la misma sesión en que nombre el tutor.” Es importante el comentario que hace a este artículo: “el nombramiento de protutor, aunque en la misma sesión, debe hacerse después de el del tutor para que éste, *si es miembro del Consejo de Familia*, pueda abstenerse de votarlo”. De aquí se deduce que GARCÍA GOYENA está pensando en un tutor dativo, no nombrado legítimamente, y miembro del Consejo de Familia, lo que equivale a decir que está pensando en un tutor dativo, pariente del menor, y no legítimo, o sea, que el tutor dativo ha de ser un pariente, si existe.

Y en su artículo 187, origen de todo el problema, se nos decía: “El tutor testamentario y el legítimo no pueden empezar a ejercer sus cargos, sin hacer que antes se convoque el Consejo de Familia para el reconocimiento de su cargo y nombramiento de protutor. El *tutor* que no llene esta formalidad será responsable de los daños que vengan al menor, y además será separado de la tutela. *En el caso de que el tutor sea pariente del menor, no podrá ser nombrado el protutor de la misma línea.*”

GARCÍA GOYENA no está pensando en que el protutor pueda ser extraño, sino que piensa tal supuesto con respecto al tutor, precisamente porque lo pueden nombrar el padre, la madre, o la persona que le deje herencia o legado de importancia, y por eso recoge el supuesto francés de que en el caso de que el tutor sea pariente, lo cual será el caso ordinario, el protutor no podrá ser un pariente de la misma línea. Pero esto no quiere decir que el protutor pueda ser un extraño. Y esto se ve claramente en el comentario que hace al mencionado artículo, cuando dice: “si en el Consejo no hubiera sino de la línea en que ha sido escogido el tutor, *sería preciso* nombrar protutor a un extraño”. O sea, sólo piensa en el supuesto del extraño cuando se da la circunstancia que apunta: que no existan parientes, sino de la línea en que ha sido escogido el tutor.

Y además, en el comentario del artículo anterior, el último párrafo, seguramente interlineado por el editor, comentando la frase “en la misma línea” de este artículo, dice, acogiendo la excepción francesa: “sin embargo, podrá ser nombrado un hermano entero o carnal, porque abraza las dos líneas”.

Así pues, el proyecto de 1851 está pensando también en un organismo tutelar completamente familiar, y, por tanto, en un protutor pariente del tutelado.

c) *La Ley de enjuiciamiento civil.*—También es uno dato ver la regulación existente años antes de entrar a regir el Código civil.

Esta Ley vuelve a recoger el sistema anterior al establecer: “No habiendo tutor nombrado por el padre, la madre u otra persona que haya instituido heredero al menor, o dejándole manda de importancia, designará el juez para este cargo al pariente a quien corresponda con arreglo a la Ley” (artículo 1.836). “A falta de parientes a

quien designar, o no reuniendo el que hubiere las cualidades que exigen las Leyes, lo cual se hará constar en el expediente, el juez nombrará para el desempeño del cargo a la persona que merezca su confianza" (artículo 1.838).

Así pues, en esta Ley también se acude en primer lugar a los parientes próximos, y sólo en el caso de no existir éstos o ser incapaces se recurre a las personas extrañas. Recoge en este sentido la legislación de las Partidas.

d) *El sistema de tutela de familia.*—Nuestro Código civil, inspirándose en el Code de Napoleón, y apartándose de sus precedentes históricos, ha adoptado un sistema de tutela de familia. Y esto quiere decir que los órganos tutelares son, ante todo, órganos familiares.

El Code de Napoleón recogió de los principios inspiradores de la Revolución Francesa el de la autonomía jurídica individual y social, que, trasladados a la institución tutelar, vienen a significar que ésta había de organizarse de modo que en la familia misma estuviera el órgano fundamental y supremo de aquélla. Y así, como apunta ESCOBAR DE LA RIVA (23), el Code francés hace del Consejo de Familia, a modo de órgano legislativo o deliberante, la piedra angular de la tutela. El "subrogé tuteur" con sus funciones fiscalizadoras, y el tutor con las suyas ejecutivas completaban el cuadro más parecido posible al de la Constitución de un Estado Moderno. Y todo este sistema fue recogido por nuestro ordenamiento jurídico.

Así pues, también este dato nos lleva a pensar en un protutor elegido, siempre que sea posible, entre los miembros próximos de la familia, o sea, en un pariente del tutelado. Pues no sería lógico estimar que, dentro de un sistema de tutela de familia, el legislador ha querido conceder al Consejo de Familia una libertad absoluta en cuanto al nombramiento de uno de sus órganos fundamentales. Y, sin embargo, está dentro del orden de las ideas el deducir del artículo 235 que el legislador quiso que este cargo recayese en un pariente, concediéndole la libertad de elección al Consejo de Familia, tanto en lo referente a la determinación de éste dentro del grupo de parientes como en el nombramiento de un extraño para el caso de que aquéllos no existiesen o no estuviesen capacitados para desempeñar tal cargo. Y esto debe ser así, precisamente porque existe la inhabilidad especial del artículo 235, cuya obligación de aplicarla recae sobre el Consejo de Familia, a la hora de discernir el cargo de protutor, y de aquí la razón de que no exista en esta materia una delación legítima de la protutela.

e) *La regulación actual en el Derecho francés.*—Ya hemos dicho anteriormente que si bien la interpretación francesa del artículo 423

(23) ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy: op. cit, pág. 12. Hay que observar que este autor dice "el subrogé tuteur con sus funciones fiscalizadoras", y aunque así es admitido por la doctrina, no obstante, legalmente sus funciones, como hemos señalado, son las de un curador "ad hoc" permanente, siendo fiscalizadoras actualmente por causa de la reforma del año 1964.

no debe inclinar la balanza de modo definitivo hacia su misma concepción, sí que pesa, no obstante, como un dato más a tener en cuenta a la hora de interpretar nuestro artículo; y en este caso ya hemos visto que para el Derecho francés el protutor no sólo es un pariente, sino también un pariente próximo, ya que es elegido de entre los miembros del Consejo de Familia, integrado, siempre que sea posible, por los más próximos de ambas líneas.

Y, además, cabe observar que la interpretación jurisprudencial del antiguo artículo 423 debió pesar ya en el ánimo de los redactores del Proyecto de 1851, ya que no sería lógico estimar que, introduciendo una institución nueva en nuestro ordenamiento, no estudiaran primero sus interpretaciones doctrinales —TULLIER, 1830; BOILEUX, 1838. y DURANTON, 1841— y jurisprudenciales —la primera y más precisa de 1811; y la segunda de 1843—, todo lo cual debió llevar a GARCÍA GOYENA a declarar en sus comentarios que “si en el Consejo no hubiera sino de la línea en que ha sido escogido el tutor, sería preciso nombrar protutor a un extraño” (vide supra). Y nos corrobora más esta afirmación el observar la fecha de las obras de los contradictores principales de esta interpretación —DEMOLOMBE, 1880 y MARCADÉ, 1873—.

Así pues, también estos datos nos llevan a la conclusión de un protutor pariente próximo del tutelado.

f) *La regulación en los antiguos Códigos latinos.*—También conviene examinar la regulación que tuvo en éstos por ser todos ellos una mera reproducción del Code de Napoleón.

El Código civil de la Luisiana no se pronuncia sobre este aspecto del parentesco del protutor, seguramente por no creer en la existencia de dudas a este respecto, ya que su fecha es de 1824, y en este tiempo ya se había pronunciado la Jurisprudencia francesa sobre este aspecto. Únicamente se limita en su artículo 302 a excluirlo del cargo de miembro o vocal del Consejo de Familia, al igual que hace posteriormente nuestro Código, concediéndole en él voto consultivo.

El Código civil de las Dos Sicilias se limita a recoger íntegramente el artículo del Code, con lo que solventa de igual manera el problema del parentesco: el protutor es un pariente y próximo.

El Código civil Sardo lo considera en su artículo 282 como miembro del Consejo de Familia, y como tal un pariente próximo del tutelado: “En caso de oposición de intereses entre el menor y su tutor, el protutor, *miembro del Consejo de Familia*, no tendrá voto deliberativo. Se le reemplazará si hubiese lugar o fuese posible” (artículo 282).

El Código civil holandés tampoco se pronuncia sobre este extremo, limitándose a decir en su artículo 422 que es el juez del Canton quien nombra al protutor. No obstante, y por interpretación extensiva de su artículo 433 (24), igual a la española del artículo 245, parece que

(24) Art. 433: “Ningún individuo que no sea pariente o afín del menor podrá ser obligado a aceptar la tutela, sino en el caso de que no existan parientes o

deberá nombrar en primer lugar a los parientes del tutelado si existen, acudiendo en último lugar a los extraños.

Y el Código civil portugués dice en su artículo 206: "Si el tutor fuese pariente del menor, el protutor no podrá ser nombrado de la misma línea, salvo siendo hermano carnal." Y continúa en su apartado 2.º: "si no hubiere parientes más que en una de las dos líneas, y el tutor fuese nombrado de ella, el protutor será nombrado de entre los extraños." Así pues, sólo se acude al recurso del extraño cuando existen parientes únicamente en la línea de la que ha sido nombrado el tutor, no en los demás casos.

Así pues, los datos de esta interpretación comparada nos llevan también a pensar en un protutor pariente próximo del tutelado.

g) *La gratuidad y onerosidad del cargo de protutor.*—Esto que a primera vista pudiera parecer una contradicción, no es tal si pensamos que estamos en presencia de un cargo de los llamados de derecho privado por la doctrina, que por un lado es completamente gratuito, ya que el protutor no percibe remuneración alguna por el desempeño de su cargo —contrariamente a lo establecido en materia de tutela—, y que por otro es un cargo oneroso o gravoso, no sólo por la obligatoriedad del cargo, en cuanto que se prohíbe su renuncia sin la concurrencia de una justa causa (artículo 202), sino también por la serie de cargas y obligaciones que representa el cargo de protutor (artículo 236, penúltimo apartado: "será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan al menor por omisión o negligencia en el cumplimiento de estos deberes"), sin obtener de ello compensación alguna.

Y teniendo en cuenta todo esto, agravado por lo odioso de su función principal de fiscalización respecto de los actos realizados por el tutor, deberemos llegar también a la conclusión de que no pudo estar en la mente del legislador la idea de que este cargo pudiese recaer, a consecuencia de una omnímoda libertad de elección del Consejo de Familia, en una persona extraña, con preferencia a cualquier otro pariente, capaz para desempeñar tal cargo. Sino que es más lógico suponer que el legislador concedió tal libertad al Consejo de Familia para elegir al protutor entre los parientes más próximos, y sólo en el caso de no existir éstos, o de apreciar incapacidad en ellos, elegir al extraño que tuviera por más capacitado.

Además una interpretación en este sentido estaría de acuerdo no sólo con la actual "desvinculación" familiar, denunciada por la mayoría de autores, que lleva a la consecuencia de comprender dentro de la estricta relación familiar a los parientes más próximos, debido a la pérdida de la extensión, cohesión y estabilidad que la familia tenía en otras épocas; sino también con la actual conducta, en general, de las personas, respecto a la no aceptación de cargos que puedan suponer cargas, obligaciones y responsabilidades sin que exista

añes en disposición de administrarla, dentro de la jurisdicción del Tribunal donde es deferida la tutela".

una contraprestación para sus desvelos. Contra esto se podrá argumentar que los amigos de la familia no tendrán posiblemente inconveniente en aceptar estos cargos, pero a esto hay que alegar que mejor cumplirá estos deberes el pariente próximo, si existe y es capaz, que por otra parte tendrá siempre el estímulo de una sucesión en perspectiva, sobre todo en el caso de la protutela de un incapacitado.

De todo esto el presente dato nos lleva también a pensar en un protutor pariente próximo del tutelado.

h) *El protutor como miembro nato del Consejo de Familia.*— ¿Es el protutor un miembro o vocal del Consejo de Familia? Ya hemos visto cómo en el Derecho francés, en su artículo antiguo, ya se planteó este problema DEMOLOMBE, que por otro lado era el más caracterizado defensor de la libertad de elección por parte del Consejo de Familia, llegando a la conclusión de que el protutor era miembro del Consejo de Familia (vide supra).

También hemos visto cómo la Ley de reforma del Código civil francés de 14 de diciembre de 1964 declaraba de manera indudable, no sólo que el protutor debe ser elegido de entre los miembros del Consejo de Familia, sino que él mismo, una vez nombrado, es también miembro del Consejo de Familia (art. 407). Y BLONDY y MORIN (25) dicen comentando este artículo: “aunque el Consejo de Familia esté compuesto de cuatro, cinco o seis miembros, el protutor debe obligatoriamente ser uno de ellos. En revancha, el tutor —que no obstante, debe asistir a las sesiones del Consejo de Familia sin poder votar—, no es parte del Consejo de Familia”.

En el mismo sentido lo consideraba el Código civil sardo en su artículo 282: “En caso de oposición de intereses entre el menor y su tutor, el protutor, miembro del Consejo de Familia, no tendrá voto deliberativo. Se le reemplazará si hubiere lugar o fuese posible”.

¿Son estas soluciones aplicables al Derecho español? El Proyecto de 1851 resolvió este problema en el mismo sentido apuntando. En su artículo 191 se limitaba a enumerar los parientes que lo componían: “Compondrán el Consejo de Familia el Alcalde del domicilio del huérfano, y los cuatro parientes más allegados de éste: dos de la línea paterna y dos de la materna, que estén avencidados en el mismo pueblo o en otro que no diste más de seis leguas. Entre los parientes se comprenderán los maridos de las hermanas del menor mientras éstas vivan”. Pero en su artículo 193 disponía “Sin embargo de lo dispuesto en el artículo 191, todos los hermanos carnales y los maridos de las hermanas carnales serán vocales natos del Consejo de Familia, y si son tres (debe decir cuatro, según GARCÍA GOYENA) o más, no se les agregará ningún otro pariente”. Y en su apartado 2.º añadía: “*El tutor no puede ser vocal del Consejo de Familia*”. Esta pronunciación, en sí misma considerada, nos dice poco, ya que se limita a excluir al tutor del desempeño del cargo de vocal. Pero si la relacionamos con el comentario que el mismo GARCÍA GOYENA hace en el artículo 187 al re-

ferirse al nombramiento del Protutor —“*si en el Consejo* no hubiera sino de la línea en que ha sido escogido el tutor, sería preciso nombrar protutor a un extraño”—, llegaremos a la conclusión de que para el Proyecto de 1851, y sus redactores, el protutor, no sólo es elegido de entre los miembros del Consejo de Familia, sino que una vez elegido sigue siendo vocal, ya que el artículo 193 no lo excluye, y tiene derecho a ello por su parentesco próximo que hemos visto anteriormente, y que viene expresado en el artículo 191. Y sólo en el caso de no haber parientes próximos capaces o no incurso en la incapacidad especial de su artículo 187, en cuyo caso sería preciso nombrar para protutor a un extraño, dejaría de ser también vocal del Consejo de Familia.

Así pues, en el Proyecto de 1851 es elegido de entre los parientes próximos, miembros del Consejo de Familia, y después de ser elegido sigue perteneciendo a él, en calidad de vocal del mismo.

¿Esta regulación es aplicable al Código civil español? El Proyecto de 1882, presentado a las cortes Constituyentes por Alonso Martínez, vino a enturbiar la claridad presentada en este punto por el Proyecto de 1851, al declarar en su artículo 265: “El tutor y protutor no podrán ser nombrados vocales del Consejo de Familia”. Vemos aquí una modificación que por un lado enturbia la claridad del Proyecto de 1851, como hemos dicho antes, al excluir al protutor del cargo de vocal, que hasta este momento se le reconocía por el próximo parentesco; pero que por otro, viene a ratificarnos la idea de que el protutor es elegido, en el caso de existir pariente próximo capaz y no incurso en la incapacidad apuntada, de entre los anteriores vocales del Consejo de Familia. Y esto es así, porque el artículo reseñado está pensando en la posterior reconstitución del Consejo de Familia debida a la salida de uno de sus miembros para el desempeño del cargo de protutor —e incluso la de dos de sus miembros si pensamos también en el caso del tutor—, ya que la primera constitución del Consejo de Familia precede al nombramiento dativo de estos cargos. Y sólo para este caso declara que el tutor y el protutor no podrán ser nombrados vocales del Consejo de Familia, como lo eran antes, teniendo que recaer sus vacantes en dos nuevos parientes.

Esta misma dicción, con una ligera variante de redacción es recogida posteriormente por nuestro Código civil en su artículo 299, que dice: “El tutor y el protutor no podrán ser a la vez vocales del Consejo de Familia”. Por lo que encuentra aplicación aquí lo dicho anteriormente, ya que está pensando también en el nombramiento dativo de estos cargos sobre anteriores vocales del Consejo de Familia, de ahí que se vea en la necesidad de excluirlos de estos cargos, para que no desempeñen “a la vez” ambos, y obligue con ello a una nueva constitución del Consejo de Familia.

Así pues, el protutor dativo es un miembro nato del Consejo de Familia, o dicho de otra manera, es uno de los parientes próximos llamados por la Ley para desempeñar el cargo de vocal, ya que puede

darse el caso de que, cuando se proceda a la primera o posterior constitución del Consejo, un pariente próximo, con pleno derecho al cargo de vocal, decida renunciar a él para optar por el cargo de protutor, siempre que sea único en proximidad de grado y en no estar incurso en la incapacidad especial establecida en el artículo 235, en cuyo caso desaparecería la limitada libertad de elección del Consejo de Familia.

Así pues, este dato nos lleva también a pensar en un protutor, miembro nato del Consejo de Familia, y como tal, pariente próximo del tutelado.

i) *La opinión de la doctrina en la tutela dativa.*—La razón de aludir en este punto a la tutela dativa radica en que en materia legislativa existe la misma libertad de elección, por parte del Consejo de Familia, respecto a ambos cargos. Y así, al igual como hemos visto en el artículo 233, el artículo 231 se limita a decir que “no habiendo tutor testamentario, ni personas llamadas por la Ley a ejercer la tutela vacante, corresponde al Consejo de familia la elección de tutor en todos los casos del artículo 200”. Así pues, tampoco existe limitación legal alguna en este artículo.

Ahora bien, la doctrina, que no se ha ocupado de este punto en materia de protutela, ha hecho una interpretación restrictiva del artículo 231 en cuanto a esa misma libertad de elección del Consejo de Familia, por lo que nos es obligado acudir a este dato, debido a la indudable analogía existente entre estos órganos.

Y así, MUCIUS SCAEVOLA (26), en su comentario a los artículos 231 y 232, establece el orden de prelación respecto a la delación de la tutela: “Primero: el tutor testamentario. Segundo: el tutor legítimo hasta agotar el orden legal del llamamiento. Tercero: *los parientes hasta el sexto grado* del menor o incapacitado que residieren en el territorio de la tutela, que es el del Tribunal donde haya de registrarse. Y cuarto: el tutor elegido por el Consejo de Familia.

En el mismo sentido, RIMBLAS-MAJADA (27), en el comentario al artículo 231, dicen: “opinan los autores que el Consejo de Familia debe nombrar, con preferencia, a los parientes dentro del sexto grado, si los hay en el territorio del Juzgado, porque si no el tutor extraño nombrado podría excusarse según el artículo 245”.

E igualmente CASTAN (28) se hace eco de esta opinión al decir: “aunque las facultades del Consejo no tienen limitación expresa, opinan BURON y otros autores que debe ser nombrado, en primer término, alguno de los parientes dentro del sexto, especialmente si existieren dentro del territorio del Tribunal en donde deba ser ejercida la tutela, porque nada se adelantaría con designar a un extraño, toda vez que

(26) MUCIUS SCAEVOLA, Quintus: “Código civil, comentado y concordado”, 4.^a Ed., Tomo IV, Madrid, 1903, artículos 231 y 232.

(27) RIMBLAS-MAJADA: “Código civil interpretado y anotado”, 2.^a Ed., Barcelona, 1958.

(28) CASTÁN TOBEÑAS, José: *op. cit.*, pág. 303.

éste en el supuesto indicado, podría excusarse al amparo del artículo 245”.

Así pues, vemos que la doctrina consciente de la obligación familiar y moral que tienen los parientes de asumir estos cargos, acude el recurso de un artículo, el 245 —que en esencia no da pie para una tal interpretación pues sólo está exponiendo una excusa para los extraños, pero que, unido a la interpretación histórica, obliga a que se defiera el nombramiento en primer lugar hacia los parientes—, para dar vía legal a la anterior obligación, incurrida por otra parte, en la conciencia social (28 bis).

Y si esto es así en materia de tutela, no creo que debamos llegar a diferente solución en materia de protutela, ya que también para ella rige el sistema de tutela de familia, y en donde no sólo la interpretación histórica sino también la sistemática y la comparada, nos llevan a esta misma conclusión.

Así pues, este dato debe llevarnos también a pensar en un protutor pariente próximo del tutelado.

j) *La regulación en el caso de ausencia.*—También acudimos en este punto a la regulación de la ausencia por tratarse de una institución indudablemente análoga a la tutela de los incapacitados, tanto porque crea un estado jurídico productor de cierta incapacidad de derecho, llamada a surtir efecto después de la declaración judicial de su existencia, al igual como sucede en la tutela de los incapacitados, como porque la antigua regulación del artículo 183 se remitía al orden establecido por el artículo 220 para nombrar al representante del ausente, además de estar ambas instituciones en estrecha relación con el binomio “*omnis tutelae emolumentum successioneis*”, como veremos después. Y así su moderna regulación nos puede servir para apreciar la evolución existente en materia de relación familiar.

Y en este punto el artículo 181, para el caso de ausencia presunta o de hecho, en su párrafo 2.º, hace recaer el cargo de defensor en el cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente; y por su falta, en el pariente más próximo hasta el cuarto grado, también mayor de edad; y en defecto de *pariente*, no presencia de los mismos o urgencia notaria, el juez nombrará persona solvente y de buenos antecedentes, previa audiencia del Ministerio Fiscal. Así pues vemos que se acude en este caso al parentesco, como primera premisa, y éste tiene especial mención en cuanto que incluido dentro del cuarto grado.

Y el artículo 184, para el caso de ausencia declarada, nombra en primer lugar al cónyuge presente mayor de edad, no separado legalmen-

(28 bis) Esta solución ha sido, además, la adoptada por el nuevo Código civil portugués del año 1966 en su art. 1.930, apartado 1.º, al tratar de la tutela legítima: “*Nao tendo o pai nem a mae designado tutor, ou nao sendo este confirmado, a tutela é deferida, ouvido o conselho de familia, e nao havendo razoes ponderosas em contrario, pela ordem seguinte:*

a) Aos ascendentes legítimos do menor, preferindo o de grau mais proximo.

b) Aos colaterais legítimos até au quarto grau, preferindo igualmente o de grau mais proximo”.

te; en segundo lugar, al hijo legítimo mayor de edad —si hubiere varios, serán preferidos los varones a las hembras, y el mayor al menor—, en tercer lugar, el ascendiente más próximo de menor de edad, de una y otra línea, con preferencia el varón a la hembra; en cuarto lugar, a los hermanos de doble vínculo, varones, mayores de edad, y con preferencia al mayor sobre el menor, y en su defecto a las hermanas de doble vínculo, también mayores de edad, y en igualdad de preferencia en razón a la edad; y en defecto de las personas expresadas, corresponde en toda su extensión a la persona solvente de buenos antecedentes que el juez, oído al Ministerio Fiscal, designe a su prudente arbitrio. Así pues, vemos que también en estos casos se atiende al parentesco próximo del representante del ausente para discernirle el cargo. E incluso en este caso, al igual como expresamente dispone el artículo 181, cabe llegar a la solución de nombramiento obligatorio por el juez de los demás parientes dentro del cuarto grado, si existen, con preferencia a los extraños. Esta interpretación podría basarse en que el actual artículo 184 no hace sino recoger el llamamiento legal del artículo 220 antiguo, con la ligera modificación de que no se refiere tan sólo a los abuelos, sino también a los demás descendientes, con lo que cabe aplicarle también el artículo 245, por analogía, en relación con el artículo 954 moderno, el artículo 181, lo que nos llevaría a la preferencia del nombramiento de los parientes dentro del cuarto grado, con referencia a los extraños.

Todo ello, dada su similitud a la tutela de los incapacitados, parece que debe llevarnos también a la misma conclusión en cuanto a los órganos nombrados dativamente en ella.

k) *Opinión de la doctrina.*—En su generalidad, la doctrina no se ha ocupado de este problema, seguramente por creerlo resuelto en el artículo 235. Pero ya hemos visto que este problema no está tan claro. Tampoco la jurisprudencia había tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema concreto del parentesco, por lo que hubiese sido un camino para zanjar esta cuestión definitivamente si estas soluciones se hubiesen adoptado por la mencionada sentencia, pero desgraciadamente no ha sido así por ausencia de ese estudio minucioso que hubiese sido encomiable.

No obstante lo anterior, en la modesta búsqueda de antecedentes y autores que tratasen este tema, se ha encontrado uno que se planteó en su día este tema del parentesco. Hablamos de RIBERA y CAÑIZARES (29). Este autor, al tratar este tema, dice: “el nombramiento de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor, o lo que es lo mismo, que si el tutor es pariente del menor o incapaz por la línea paterna, el protutor deberá serlo de la materna, o viceversa. En caso de que no exista parientes más que de una línea, si el tutor fuese nombrado de ella, el protutor habrá de ser un extraño, o

(29) RIBERA Y CAÑIZARES, Mariano: “Prontuario del Consejo de Familia, de la pretutela y de la tutela”, Tomo II, Valencia, 1905, pág. 12.

la inversa". Vemos aquí una repetición de lo que en su día expuso GARCÍA GOYENA. Y más adelante (30) continúa: "El Código, según ya hemos dicho, no establece la protutela legítima; pero en el caso de proceder la protutela dativa, el ser las mismas las causas de la excusa de la tutela y de la protutela da lugar a creer que *deben ser llamados con preferencia* al extraño los parientes del menor o incapaz dentro del sexto grado, siempre que no lo sean de la misma línea del tutor, toda vez que, en su artículo 955, le reconoce dicho Código el derecho eventual de heredar al menor o incapaz". Hay que observar, que este artículo 955, es el actual artículo 954, en el cual el parentesco colateral se ha limitado ya al cuarto grado.

3. CONCLUSIONES

De todo lo que llevamos expuesto hasta el momento, y sin perjuicio de establecer unas conclusiones definitivas al final del presente trabajo, podemos llegar por ahora a las siguientes:

A) *Supuesto de existencia de parientes del tutelado*, por otro lado no inhabilitados y capaces para el desempeño del cargo: Sobre ellos deberá recaer necesariamente el nombramiento de protutor. No obstante y a raíz de lo expuesto, cabe hacer aquí las siguientes distinciones:

a) Que existan entre los vocales natos del Consejo de Familia —entendiendo por tales no sólo los que verdaderamente constituyen el Consejo, sino también aquéllos que, siendo miembros legítimos por su próximo parentesco, optan por la posible elección del cargo de protutor—: en este caso debe recaer necesariamente en uno de ellos el nombramiento de protutor, a menos que todos ellos opten por el cargo de vocal, en cuyo caso es aplicable la siguiente hipótesis.

Esto es así porque ya hemos visto que todos los datos anteriormente expuestos nos llevaban al pariente próximo, y éste será parte, por su próximo parentesco, del Consejo de Familia. Aparte de que a esto mismo nos conducía el apartado del protutor como miembro nato del Consejo de Familia (vide supra). Además, a esta misma solución llega el nuevo Código civil portugués del año 1966, cuando en su artículo 1.955, apartado 1.º, dice: "A fiscalização de acção do tutor é exercida com carácter permanente por um dos vogais do conselho de família, denominado protutor".

b) Que los parientes existentes, capaces y hábiles existan fuera del Consejo de Familia, o se llegue a ellos por la opción mencionada de los vocales: en este caso habrá que elegirlo entre el de grado más próximo el cual sería llamado, en caso de vacante, al Consejo de Familia, siendo su límite el cuarto grado.

Esto es así, porque siempre hay que llamar al pariente más próxi-

(30) RIBERA Y CAÑIZARES, Mariano, op. cit., pág. 18.

mo. Y la limitación al cuarto grado, procede de la aplicación analógica del artículo 245, puesta al día por el artículo 954. O sea, que el antiguo artículo 955 establecía: “El derecho de heredar abintestato no se extiende más allá del sexto grado de parentesco en la línea colateral”; a raíz de esta prescripción el artículo 245 limita la excusa a la existencia de parientes en este grado en el territorio del Tribunal que difiere la tutela. Pero posteriormente el Real Decreto-ley de 13 de enero de 1928, da nueva redacción a los artículos 954-957, quedando redactado el artículo 954 de la siguiente forma: “no habiendo hermanos, ni hijos de hermanos, ni cónyuge supérstite, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar abintestato”; y sin embargo, el artículo 245 no ha sido puesto al día reduciéndolo al cuarto grado. De aquí que nosotros acojamos la solución de la reducción al cuarto grado, que por otro lado está relacionada, como veremos después, con el binomio “*onus tutelae-aemolumentum successionis*”.

B) *Supuesto de inexistencia de parientes*, hábiles y capaces para el desempeño del cargo, dentro del cuarto grado: En este caso el Consejo de Familia es completamente libre para designar para el cargo de protutor a la persona que tuviese por más capacitada. E incluso en este punto, cabría hacer las siguientes distinciones, si bien éstas no tendrían fuerza legal alguna:

a) Existencia de parientes, hábiles y capaces, dentro de los grados quinto y sexto: entre ellos debería recaer el nombramiento de protutor.

b) Inexistencia de los anteriores parientes, pero existencia de amigos íntimos de la familia: entre éstos debería recaer el nombramiento de protutor, pues aún es presumible en ellos, por su mismo lazo de amistad, un afecto hacia el tutelado.

c) Inexistencia de amigos íntimos de la familia: en este caso el Consejo de Familia podrá nombrar para el desempeño del cargo de protutor a la persona vecina que tenga por más competente para el ejercicio de este cargo.

De todo lo anterior se deduce que la solución al problema del parentesco debe ser en el sentido de entender la prescripción del artículo 235 como una norma imperativa que manda al Consejo deferir el cargo de protutor, siempre que sea posible y no se oponga el más grande interés del tutelado al pariente más próximo.

B) *La línea de parentesco en el protutor.*

El segundo problema que surge de un estudio detenido del artículo 235 es el referente a la línea de parentesco en el protutor.

En un principio, vimos cómo era necesario integrar el artículo 235 con el concepto “tutelado”, a fin de que una interpretación estrictamente literal no nos llevase a la conclusión de reputar la referencia

“de la misma línea” como completamente inútil. Y en su consecuencia interpretamos este artículo de la siguiente manera: “El nombramiento de protutor no puede recaer en pariente del tutelado, que pertenezca a la misma línea del tutor”.

Partiendo de esta idea, pusimos en relación los conceptos “protutor”, “pariente” y “tutelado”, y nos planteamos el primer problema enunciado del parentesco, en el que en base a una interpretación histórica, comparada y sistemática, llegamos a la solución de una delación dativa obligatoria en favor de los más próximos parientes, con preferencia a los demás parientes y a los extraños.

Y es llegado ahora el momento de cerrar el círculo de conceptos del artículo 235, para así poner en claro su contenido, relacionando los tres conceptos apuntados —protutor, parentesco y tutelado—, con los dos restantes “línea” y “tutor”; ya que el concepto “línea” no sólo guarda relación con los de “protutor” y “tutor” sino también con el de “tutelado”, que es el que da sentido a toda la dicción del artículo, y a su vez todos están relacionados con el concepto “pariente”, tal como hemos visto anteriormente para los tres órganos de la tutela.

Así pues, partiendo de este último concepto, ya vimos cómo era necesario que estos próximos parientes existieran, fuesen capaces y hábiles, a fin de que pudiesen desempeñar el cargo de protutor. En cuanto a su existencia, es un mero hecho jurídico, fácil de constatar. En cuanto a su capacidad, podremos distinguir entre capacidad jurídica, capacidad de obrar y capacidad para el desempeño del cargo de protutor; en cuanto a la primera de todas ellas, bastará con ser persona; en cuanto a la segunda, bastará que esta persona esté en el pleno uso de sus derechos civiles; y en cuanto a la tercera, habrá que relacionarla con los artículos 237 y 238 del Código civil que establecen una incapacidad especial para desempeñar los cargos de tutor y protutor. Y en cuanto a su habilidad, habrá que ponerla en relación con el artículo 235, en donde se establece ésta para los parientes de distinta línea del tutor.

Es aquí donde surge el problema de la línea. ¿Cómo habrá que interpretar la referencia “no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor”? ¿Se refiere al concepto de línea del artículo 916? ¿O es un concepto de línea extraño al derecho español? El mismo artículo 235 no nos soluciona el problema, ni directamente, ni por remisión, y por ello habrá que acudir de nuevo a la regulación de este concepto en el Derecho francés, cuna de esta institución, para estudiarlo después detenidamente en nuestro ordenamiento jurídico.

1. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 423 DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS.

Antes de entrar en el estudio de esta materia en el Derecho francés conviene hacer la misma salvedad que hicimos en el apartado anterior, respecto a que esta materia ha sido reformada por la Ley

de 14 de diciembre de 1964, por lo que primero estudiaremos su regulación primitiva, que fue la que recogió nuestro Proyecto de 1851 y posteriormente pasó a nuestro Código civil, para aludir después a la reforma.

a) *La regulación primitiva.*—Como ya hemos apuntado anteriormente, el antiguo artículo 423 del Código civil francés está presuponiendo un concepto no expresado: “La referencia a las líneas del tutelado”, y así lo ha entendido siempre la doctrina francesa, en donde existe unanimidad absoluta a este respecto, no planteándose por el contrario ningún problema en esta materia

Ahora bien, la misma unanimidad existe respecto a lo que hay que entender por “líneas”, refiriéndolas a la división entre línea paterna y materna, aun siendo el caso de que el artículo 423, al igual que sucede con nuestro artículo 235, no señala ni expresamente, ni por remisión, qué clase de línea debe entenderse aquí —“dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra point”—, y no obstante la existencia de dos clases diferentes de línea —paterna y materna (artículos 733 y 734) y directa y colateral (art. 736)— en materia de sucesión.

Así pues, cabría preguntarse el por qué la doctrina francesa entiende la referencia a las “deux lignes” en el sentido de líneas paterna y materna, y no en el de directa y colateral. La razón es obvia. Para el Derecho francés sigue teniendo plena vigencia la relación “*onus tutelae-aemolumentum successionis*” y por ello para la regulación de toda la materia de la tutela, tanto en lo referente al protutor, como al tutor y al Consejo de Familia, acuden para la determinación de los parientes obligados al desempeño de estos cargos, a los órdenes establecidos en materia de sucesiones. Y ya en esta materia, el artículo 733 dice: “*Toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux, se divise en deux parts égales: l'une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour les parents de la ligne maternelle... Il ne sera fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre, que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni collatéral de l'une des deux lignes*”; y el artículo 734 dice: “*Cette première division opérée entre les lignes paternelle et maternelle, il ne se fait plus de division entre les diverses branches; mais la moitié dévolue à chaque ligne appartient à l'héritier ou aux héritiers les plus proches en degrés, sauf le cas de la représentation, ainsi qu'il sera dit ci-après*”. Y para establecer esta proximidad de grado, es cuando se acude al concepto de grado y línea directa y colateral. Y así el artículo 735 dice: “*La proximité de parenté s'établit par le nombre des générations; chaque génération s'appelle un degré*”; y el artículo 736 dice: “*La suite des degrés forme la ligne: on appelle ligne directe la suite des degrés entre personnes qui descendent l'une de l'autre; ligne collatérale, la suite des degrés entre personnes qui ne descendent pas les unes des autres, mais qui descendent d'un auteur commun...*”.

Esta aplicación de las líneas paterna y materna está clara en ma-

teria de tutela (art. 402, que acude en materia de tutela legítima a los ascendientes: los paternos en primer lugar y los maternos posteriormente, en igualdad de grado) y del Consejo de Familia (art. 407, que manda tomar la mitad del lado paterno y la mitad del lado materno). Y en materia de protutela, en donde no existe disposición legislativa expresa en este sentido, por interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia (vide supra), se aplica también en base a la relación "onus tutelae aemolumentum successionis". Y así en DEMOLOMBE cuando dice: "porque los parientes de cada una de estas líneas serían igualmente llamados a suceder al menor si muriese sin descendencia (art. 733)".

Así pues, en la regulación primitiva del Derecho francés el protutor no puede pertenecer a la misma línea del tutor, tomando el concepto línea en el sentido de paterna y materna, de tal modo que si el tutor pertenece a una de ellas, un pariente sólo será hábil para el cargo de protutor, cuando pertenezca a la otra —exceptuando el caso de los hermanos carnales, como hace el artículo, porque pertenecen a ambas líneas—, y sólo en el caso de inexistencia de pariente hábil habrá que nombrar para protutor a un extraño.

b) *La reforma de la Ley de 14 de diciembre de 1964.*—Esta Ley respondiendo a las exigencias prácticas y a la evolución sufrida por la familia de comprender dentro de la estricta relación familiar a los parientes más próximos, ha reformado el artículo 423 respecto a la exigencia de líneas opuestas entre tutor y protutor, en el sentido de exigir este requisito "autant que possible".

Y así el nuevo artículo 423 dice: "Si le tuteur n'est parent ou allié du mienur que dans une ligne, le subrogé tuteur est pris, autant que possible, dans l'autre ligne".

Y esta dicción lleva a las siguientes consecuencias, ampliando las que exponen BLONDY y MORIN (31):

a) Si el tutor pertenece a ambas líneas, no por ello habrá que nombrar para protutor a un extraño, sino que se nombrará de igual manera a uno de los miembros del Consejo de Familia (art. 420), siendo indiferente que pertenezca a una u otra línea o también a ambas.

b) Si el tutor pertenece a la única línea existente, tampoco se nombrará para protutor a un extraño, sino que se nombrará a uno de los miembros del Consejo de Familia (art. 420), siendo indiferente que ambos sean de la misma línea.

c) Si el tutor pertenece a una sola línea, el protutor será elegido, "autant que possible", en la otra línea, según recomendación hecha por el artículo 423 al Consejo de Familia, pero sin prejuzgar que, si en esta línea no hubieran parientes capaces, o lo exigiese el "más grande interés del menor", se eligiese para protutor a otro miembro del Consejo perteneciente a la misma línea del tutor, ya que el protutor, según esta reforma, ya no debe obligadamente ser elegido

(31) BLONDY, P. y MORIN, G.: op. cit., pág. 147, apartado 314.

en la línea opuesta a la del tutor, como se exigía en la antigua regulación.

Y d) Si el tutor fuese un extraño (testamentario), el protutor sería elegido de una de las dos líneas, o de la única existente, o de entre los parientes pertenecientes a ambas líneas.

Así pues, según la reforma, el concepto de línea sigue siendo el de la línea paterna y materna, y ya no debe obligatoriamente elegirse al protutor en la línea opuesta del tutor. Se da así entrada a las exigencias modernas de la familia, en cuanto a la pérdida de cohesión de sus miembros.

2. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 235 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Una vez vistas las interpretaciones del artículo 423 del Código civil francés, tanto en su regulación antigua como en la actual, dadas respectivamente por la doctrina y la jurisprudencia y por la Ley de 14 de diciembre de 1964, cabe preguntarse qué interpretación habrá que dar al concepto "línea" de nuestro artículo 235, y cómo habrá que entender esa inhabilidad especial que el mismo artículo establece.

"Prima facie" caben, respecto al concepto "línea", tres soluciones diferentes: 1) En el sentido de línea paterna y materna tal como lo entienden los franceses. 2) En el sentido de línea directa y colateral, tal como lo entiende la mayoría de la doctrina española. Y 3) en un sentido diferente, por no tener cabida ninguno de los anteriores conceptos en la norma del artículo 235.

Ahora bien, ¿qué solución habrá que aplicar? Para llegar a una conclusión definitiva deberemos examinar en primer lugar la antigua relación "*onus tutelae-aemolumentum successionis*", ya que los franceses basaban en ésta su interpretación, para ver después en qué sentido lo recogió nuestro Proyecto de 1851, introductor de esta figura en nuestro Derecho; y una vez aquí ver la moderna relación "*onus tutelae-aemolumentum successionis*", y su aplicación a nuestro punto; y pasando por la interpretación de la doctrina y sus consecuencias, obtener el concepto de "línea", para con base en ello aclarar la inhabilidad especial de este artículo con sus consecuencias.

a) *La antigua relación "onus tutelae-aemolumentum successionis"*.—En la antigua civilización griega, en donde destacó la personalidad del hijo de la del padre y de los parientes, distintamente a lo acaecido en los pueblos primitivos, la tutela era establecida en interés de la familia, para conservar el patrimonio del pupilo a los presuntos herederos. Era una tutela legítima y familiar. Pero una evolución posterior, y debida a la intervención del padre (tutela testamentaria) y de la autoridad pública (tutela dativa), la convierte en un órgano de protección pupilar, perdiendo su carácter exclusivo de carácter patrimonial.

La misma evolución cabe observar en el Derecho romano, en el que durante casi toda la época republicana se conocen sólo la tutela testamentaria y la legítima, y ambas, como han puesto de relieve BONFANTE y SOLAZZI, se muestran en estrecha relación con la herencia: presuponen la muerte del paterfamilias y se defiere del mismo modo que la herencia. La tutela testamentaria no tiene entonces una función de protección de las personas, sino de cuidado del patrimonio en interés de la familia. De ahí que no sea posible nombrarle un tutor al heredero extraño, ni nombrárselo al filius cuando no se le asigna nada en la herencia; y de esto la regla que todavía recuerda PAULO, conforme a la cual "tutor separatim pecunia dari non potest". Y la misma función tiene la tutela legítima: a falta de tutor testamentario la tutela corresponde al "adgnatus proximus", que es precisamente la misma persona que sucedería al impúber, si éste muriera en la impubertad.

Esta concepción arcaica se supera para dar paso a la función protectora que, según GAYO, es una exigencia universal. Y así considerando intolerable que un impúber no tenga tutor (por no tener bienes), la lex Atilia del siglo II a. de J. C. impone al pretor el nombramiento de tutor (tutor atilianus o dativus). La Ley Julia et Titia impone la obligación de hacer otro tanto en las provincias a los respectivos gobernadores. Estas disposiciones marcan ya una nueva orientación en la disciplina de la tutela, la cual pierde su primitivo carácter para asumir decididamente una función protectora; no es ya un derecho o una potestad, sino un deber (munus) en interés del pupilo y de contenido no exclusivamente patrimonial; de ahí el principio "tutor datur personae".

Y casi la misma evolución cabe observar en el Derecho germánico, en donde la tutela se defería a la Sippe, que podía ejercer dicha tutela en mano común. Sin embargo, ya desde sus primeros tiempos, solía transmitir el ejercicio de la tutela a uno de sus miembros que la desempeñaba como fiduciario (Treuhänder) de la propia Sippe; y en estos casos se encargaba al pariente más próximo del pupilo, entre los llamados "parientes de espada" (abuelo, tío, etc.). Y con la debilitación de la unión de la Sippe se destacó de manera más fuerte la pretensión del pariente de espada más próximo para asumir la tutela de quien estaba necesitado de asistencia. El pariente de espada pasó así a ser un tutor nato, quedando limitada la función de la Sippe a una vigilancia ejercitada sobre el tutor.

No obstante, también se supera esta concepción a partir del siglo XIII, para dar paso a la tutela pública, ejercida primero por el Rey y su Consejo con creación de autoridades tutelares supervisoras, y llegando posteriormente a la supertutela de autoridad.

Ahora bien, a pesar de estas evoluciones, la tutela, como dice CASTÁN (32), "Conserva siempre vestigios de su origen y no llega a sobreponerse por entero a pesar de los deberes personales que entraña,

(32) CASTÁN TOBEÑAS, José: op. cit., pág. 278.

a su primitivo carácter patrimonial". Y así lo podemos observar en nuestro derecho histórico, en primer lugar en el sistema gótico o nacional, reflejado en el Fuero Juzgo, Fueros municipales, Fuero Viejo y Fuero Real, en donde, como hemos visto anteriormente, corresponde la tutela a los parientes más propíncuos, volviendo a renacer así la relación "onnus tutelae-aemolumentum successionis", que no obstante su función protectora, sigue recayendo en los parientes próximos, presuntos herederos. Y posteriormente, en el mismo sentido, el sistema romano, reflejando en las Partidas, en donde, como también hemos visto, corresponde la tutela legítimamente, en defecto de tutor testamentario, al pariente más cercano (vide supra).

Y este mismo sistema en el que pasa posteriormente a la Ley de Enjuiciamiento civil, en cuyo artículo 1.836 se dice: "No habiendo tutor nombrado por el padre, la madre u otra persona que haya instituido heredero al menor, o dejándole manda de importancia, designará el Juez para este cargo al pariente a quien corresponda con arreglo a la Ley".

Así pues, hasta la publicación de nuestro Código civil la relación "onnus tutelae-aemolumentum successionis", aunque está asentada en la función protectora del menor, sigue teniendo plena vigencia por cuanto siempre son llamados legítimamente al desempeño de la tutela los parientes más próximos, por otra parte presuntos herederos, fuera del caso de la delación testamentaria.

b) *El proyecto de 1851.*—Cabe preguntarse en primer lugar si el proyecto sigue la línea marcada por los antecedentes históricos españoles en cuanto a la relación "onnus tutelae-aemolumentum successionis". Una respuesta clara en este sentido la tenemos en el comentario al artículo 172 que dice: "la sencilla razón dicta que mirarán más por la persona y bienes del menor los que le tocan más de cerca por los vínculos de sangre; y a lo piadoso y moral de esta presunción se agrega respecto a los bienes el interés que deben tener por su conservación y fomento las que generalmente han de tener mayores esperanzas de heredarlos"; y también en el apéndice que hace al tercer capítulo, sobre la tutela legítima (33): "Los Códigos francés, sardo, napolitano y de la Luisiana, limitan esta tutela a la línea recta ascendente. El Derecho romano, en su último estado, y el Patrio, la deferían sin distinción de líneas y grados a los parientes más cercanos, "Authentica sicut hereditas", título 30, Libro 5 del Código, y Ley 9, título 16, Partida 6; nosotros hemos adoptado un término medio admitiendo a los ascendientes y hermanos". La limitación hasta los hermanos la harían por pensar en la tutela de los menores en donde rara vez no existen los ascendientes o éstos, más teniendo en cuenta su corta duración. Pero sin prejuzgar la delación obligatoria en favor de los demás parientes caso de inexistencia de éstos. Así pues en principio admite esta relación, y obra en consecuencia.

(33) GARCÍA GOYENA: op. cit., pág. 193.

En este estado de cosas, es cuando recoge el artículo francés referente al protutor, y dice en su artículo 187, párrafo tercero: “en el caso de que el tutor sea pariente del menor no podrá ser nombrado el protutor de la misma línea”.

Es esencial para la perfecta solución de este problema perfilar el concepto de línea empleado por el Proyecto, ya que a partir de aquél, se recoge el mismo concepto en los posteriores Proyectos y en nuestro Código civil, sin aludir nunca a qué concepto se refiere.

¿En qué sentido se recogió el concepto “línea”? Lo más natural hubiese sido recogerlo en el sentido de línea directa y colateral, tal como lo emplea en materia de sucesión, por la conexión de ambas instituciones ya dicha. Pero aquí aparece el tremendo error del Proyecto de 1851; por un lado parece admitir la anterior relación, y así recoge el artículo francés redactado en este sentido; pero por otro al llegar a la materia de sucesión, sigue los antecedentes romanos, y establece la sucesión de forma diferente a la francesa. Y así en su artículo 751, dice: “En las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación. Los que se hallen en el mismo grado heredarán por partes iguales, sin perjuicio de lo que dispone sobre el doble vínculo”. En su artículo 764, dice: “A falta de hijos y descendientes del difunto, los heredarán sus ascendientes con absoluta exclusión de los colaterales”. Y en su artículo 766 dice: “A falta de padre y madre del difunto, le heredarán los demás descendientes más próximos en grado, y en partes iguales, aunque sean de distintas líneas”. Y en el comentario a este artículo dice: “Los motivos de la *innovación* que contiene este artículo llamando a los ascendientes más próximos en grado para heredar por partes iguales aunque sean de distintas líneas, pueden verse en mi apéndice número 10”. Y en éste alega (34): “Opino por lo tanto que a falta de padres deben los abuelos, como más cercanos e iguales en grado, suceder igualmente o in capita al nieto; pues a más de lo que ya llevo expuesto, si en este caso se admitiera la sucesión por líneas habría de admitirse también, como la admite el Código francés, cuando quedan padre o madre solos y hay abuelos del otro lado, porque siempre sería cierto que en este último caso hay dos líneas, paterna y materna”.

Así pues, en materia sucesoria se separa tajantemente de la legislación francesa, e incluso parece justificarse por no recoger la misma división de líneas paterna y materna, a las que alude expresamente en esta materia. De aquí la confusión en que inciden muchos autores posteriores al interpretar el concepto línea, asimilándolo a línea directa y colateral, ya que a pesar de esta regulación sucesoria diferente, el Proyecto de 1851 recoge el concepto línea, a través de toda la materia referente a la tutela, en el sentido de línea paterna y materna, y no en el de directa y colateral. Y que esto es así nos lo demuestran:

1) En materia de tutela: el artículo 182 que dice: “La tutela

(34) GARCÍA GOYENA: op. cit., pág. 351 in fine.

legítima corresponde únicamente a los abuelos y hermanos del menor por el orden siguiente: 1.º: Al abuelo paterno 2.º: Al abuelo materno. 3.º: A la abuela paterna y materna por el mismo orden, mientras se conserven viudas. 4.º: A los hermanos varones, siendo preferidos los que lo sean por ambos lados, y entre ellos el de mayor edad. Todas estas personas se reemplazarán en la tutela por el orden que van designadas". Y en el comentario a este artículo nos dice: "La preferencia que se da en los números 1 y 3 a la línea paterna, es una consecuencia necesaria de la misma organización de la familia".

En este mismo sentido se expresaba el artículo 402 francés, modificado en el sentido de no incluir los demás ascendientes e incluir a los hermanos. La referencia a las líneas paterna y materna es clara.

2) En materia de Consejo de Familia: basta con aportar el artículo 191 que dice: "Compondrán el Consejo de Familia el alcalde del domicilio del huérfano, y los cuatro parientes más allegados de éste; dos de la línea paterna y dos de la materna, que estén avencindados en el mismo pueblo o en otro que no diste más de seis leguas. Entre los parientes se comprenderán los maridos de las hermanas del menor, mientras éstas vivan".

Con este artículo nos basta para ver la referencia en esta materia a las líneas paterna y materna.

3) En materia de protutela: Nos sucede en esta materia lo mismo que a los franceses; normativamente hablando, no existe una disposición expresa que aluda a este concepto de línea en esta materia. Pero de los comentarios de GARCÍA GOYENA, al igual como hemos visto en la legislación francesa a través de su doctrina y jurisprudencia, puede deducirse esta interpretación. Y así:

a) En el comentario al artículo 186, seguramente interlineado por el editor, ya que corresponde al artículo siguiente, cuando dice: "*en la misma línea*: sin embargo podrá ser nombrado un hermano entero o carnal, porque abraza las dos líneas". Y en este caso no se refiere a línea directa y colateral, pues el hermano carnal es simple pariente colateral, nunca directo; pero sí se refiere a línea paterna y materna, ya que el hermano entero o carnal pertenece a ambas por ser descendiente, al igual que el tutelano.

b) Y en el comentario al artículo 187 cuando dice: "*en la misma línea*: tomándose el tutor y protutor en una misma línea, podría temerse la preponderancia o colusión en ella. Si en el Consejo no hubiera sino de la línea en que ha sido escogido el tutor, sería preciso nombrar protutor a un extraño". Si se aplicase aquí el concepto de línea en el de directa y colateral, las consecuencias serían las siguientes: si el tutor fuese el abuelo paterno, el protutor no podría serlo el materno por ser de la línea directa, y habría que buscar un pariente colateral, en cuyo caso podría ser un hijo del primero, y caeríamos en la colusión o preponderancia que se quiere evitar. Sin embargo, aplicando el concepto de línea en el de paterna y materna, ya

no caeríamos en ese absurdo, ya que en este sentido y no otro, ésta pensaba la norma.

Así pues, el Proyecto de 1851 entiende el concepto línea en el sentido de paterna y materna, y no en el de directa y colateral, o en otro distinto que hubiese podido tomar para adaptar la legislación francesa a la española, en cuanto a la sucesión.

c) *La moderna relación "onnis tutelae-*emolumentum successio-*nis"*.—La innovación apuntada por el Proyecto de 1851, respecto de la limitación de la tutela legítima a los ascendientes y hermanos del tutelado, es recogida por nuestro Código civil en sus artículos 211, 220 y 230. Y con base en estos artículos empieza a esbozarse por la doctrina y la jurisprudencia españolas una nueva concepción de la relación arriba apuntada. Y en este nuevo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1943: "respecto de la tesis sustentada en el recurso sobre la conexión entre el "*aemolumentum successio-*nis" y el "*onnis tutelae*", que aunque en términos generales sean estimados uno y otro como consecuencia del parentesco, no es posible admitir que el criterio de una hermética correlación entre ambos inspira los preceptos de nuestro Código civil, como lo demuestran entre otros, sus artículos 220 y 230, que a efectos de designación de tutor legítimo, en los casos por ellos regulados, limitan los llamamiento en la línea colateral al segundo grado, a pesar de que en esa línea, y con arreglo al artículo 954, se extienden hasta el cuarto los establecidos en la sucesión intestada; y este criterio de no absoluta correlación de llamamientos se evidencia en lo referente a la composición del Consejo de Familia por la generalidad de los términos empleados en el párrafo último del artículo 294, el cual al designar las personas que deberán formar parte de aquél, a falta de ascendientes, descendientes, hermanos y maridos de las hermanas vivas, llama a los cinco parientes varones de más próximo parentesco, sin fijación de límite en el grado; pero, además, y bajo distinto aspecto, no cabe olvidar que si bien en nuestro Derecho está concebida como institución familiar la tutela, es igualmente indudable que el organismo constitutivo de la misma se halla integrado no sólo por el tutor, el protutor y el Consejo de Familia, sino, además, por la Autoridad judicial, como ya declaró el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de diciembre de 1901, y a dicha autoridad compete adoptar aquellas resoluciones que estime necesarias en cada caso para defender los intereses del menor o incapaz, según terminante disposición del artículo 292 del citado Cuerpo legal, criterio de amplitud de facultades que en materia de constitución del Consejo de Familia, aplica también la Sentencia de 6 de abril de 1916, declarando que el artículo 296 del Código civil autoriza a los Tribunales de la manera más absoluta para subsanar las nulidades y reparar los errores en que se hubiera incurrido".

Ahora bien, ¿es plausible esta doctrina? Parece que habría que hacer algunas distinciones, viendo además la evolución de los artículos que se refieren a las diferentes tutelas legítimas. Y así:

a) En primer lugar, habrá que referirse esta relación no sólo a los llamamientos legítimos de los artículos 211, 220 y 230, sino también a los llamamientos dativos en cuanto que la interpretación de una norma, histórica y doctrinalmente, obligue al Consejo de Familia a deferir la tutela en los parientes, con preferencia a los extraños.

b) Y en segundo lugar, habrá que distinguir no sólo entre las diferentes clases de tutelas, sino también entre los diferentes órganos de la tutela, para ver si se da o no en ellos esta hermética correlación de la relación apuntada. Y así:

A) EN LA TUTELA: Dentro de ella habrá que distinguir entre:

1) Tutela de los menores no emancipados: En el artículo 211 se sigue un llamamiento legal que se corresponde casi exactamente con el de la sucesión abintestato hasta el llamamiento de los hermanos del causante, exclusión hecha del no llamamiento en favor de los demás ascendientes del tutelado, al igual que hizo el Proyecto de 1851 en su artículo 182.

Ahora bien, no por ello, fuera de estos llamamientos, el Consejo de Familia es enteramente libre para designar el tutor, sino que aquí aparece en toda su plenitud la aplicación del artículo 245, cuya interpretación histórica y doctrinal obliga al Consejo de Familia a elegir el tutor entre los restantes parientes próximos dentro del cuarto grado (de acuerdo con la puesta al día del artículo 245 en relación con la nueva redacción del artículo 954: vide supra).

Así pues, en esta clase de tutela hay una hermética correlación de la relación apuntada, a partir del llamamiento de los hermanos del tutelado. Máxime con la reforma del año 1958 que llama también a las hermanas del tutelado, que con anterioridad estaban excluidas. No obstante, hay que reconocer que en el caso de tutela de los menores, es raro el llamamiento a favor de los parientes fuera del caso de los hermanos, ya que casi siempre existirá alguno de los anteriores llamados, dada la duración tan corta de la tutela. De ahí, tal vez, la razón de esta limitación que incomprensiblemente, se ha extendido a la tutela de los incapacitados.

2) Tutela de los incapacitados: En los artículos 220 y 230 se sigue también un llamamiento legal, en cuanto a sus tres primeros llamamientos, completamente diferentes a la sucesión abintestato, pues aunque todos ellos son posibles herederos, no siguen el mismo orden.

Ahora bien, la correlación vuelve a existir, lo mismo que en el supuesto anterior, a partir de los hermanos y hermanas (reforma del año 1958), con la aplicación subsidiaria del artículo 245, y la obligación de elección en el Consejo de Familia.

Así pues, también aquí hay una hermética correlación a partir del llamamiento a los hermanos. Y este supuesto es harto más fácil en cuanto que cabe pensar en incapacitados que llegan a avanzada edad, en cuya época puede suceder que no existan ya sus hermanos, y tengan que encargarse de su tutela, o bien sus sobrinos o los hijos de éstos, los cuales, si bien no tienen un llamamiento legal a su favor, sí tienen

derecho al desempeño de estos cargos, por la aplicación del artículo 245 del Código civil.

B) EN LA PROTUTELA: Ya hemos visto cómo para este cargo no existen los llamamientos legítimos por razones que guardan estrecha relación con la inhabilidad especial del artículo 235. Ahora bien, también hemos visto, en línea de principio, cómo una interpretación histórica, sistemática y comparada nos daba un llamamiento en favor de los más próximos parientes.

Así pues, y sin perjuicio de la aplicación posterior del artículo 235, habrá que llegar a la conclusión de que en este punto rige absolutamente la correlación ya apuntada.

C) EN EL CONSEJO DE FAMILIA: Es éste el supuesto más claro de la vigencia absoluta de la relación apuntada, en cuanto que el artículo 294 llama claramente, a falta de descendientes, ascendientes y hermanos, a los parientes más próximos para desempeñar los cargos de vocales del Consejo de Familia.

El Tribunal Supremo aduce este supuesto, en la sentencia anteriormente citada, como apoyo a su tesis, alegando que no se da la hermética correlación por no haber fijación en el grado, lo que hace sobrepasar el cuarto grado, último de la sucesión abintestato. Pero contra esto cabe aducir que esta ilimitación en el grado no se da porque no exista la correlación anterior, sino por la existencia misma del sistema de tutela de familia, seguido por nuestro Código civil, lo que lleva a hacer recaer estos cargos siempre que sea posible, en los parientes, o sea en la familia. Además no cabe pensar, que el anterior artículo limitase el llamamiento al cuarto grado, y luego llamase al Estado, para que la correlación fuese absoluta, pues eso sería absurdo.

Por otro lado basta observar la nueva redacción dada al artículo 294 por la reforma del año 1958, en que la supresión de la referencia a las líneas paterna y materna da más base para mantener esta absoluta correlación, que antes pudo estar por ello algo enturbiada. E igual sucede con la supresión del llamamiento a los maridos de las hermanas vivas del menor e incapacitado.

Así pues, cabe concluir que esta correlación se da en toda su plenitud en cuanto que referida a la protutela y al Consejo de Familia, y atenuada, en cuanto que se da a partir del llamamiento de los hermanos, por lo que se refiere a las clases de tutela.

Y establecida de esta manera la moderna relación “*onnis tutelae-aemolumentum successionis*”, podemos pasar a ver el concepto de línea aplicable al artículo 235.

d) *La opinión de la doctrina.*—La misma doctrina nos confirma la teoría anterior en cuanto que para interpretar el concepto de línea no piensa ni por un momento en un concepto distinto al establecido en materia de sucesión.

Ahora bien, en punto al concepto de la línea del artículo 235 no es unánime la opinión de la doctrina española, contrariamente a lo

acaecido en el Derecho francés, como hemos visto anteriormente. Y en este punto cabe distinguir entre tres grupos de autores, de acuerdo con las tres soluciones apuntadas del concepto de línea:

A) Los que lo entienden en el sentido de línea paterna y materna, tal como lo entiende el Código civil francés, y tal como fue recogido por nuestro Proyecto de 1851. En este grupo se encuentran RIBERA y CAÑIZARES (35) —en cuanto que entiende que “el nombramiento de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor, o lo que es lo mismo, que si el tutor es pariente del menor o incapaz por la línea paterna, el protutor deberá serlo de la materna o viceversa”—, ESCOBAR DE LA RIVA (36) y RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE (37), que sigue la opinión del anterior, en cuanto que entienden que “no puede ser designado protutor quien sea pariente del tutor y del pupilo por la misma línea. Aplicando la regla: si entre ambos existiese vínculo de parentesco por línea de varón, no podrá ser protutor el pariente de uno y de otro por dicha línea: pero podrán serlo los parientes del pupilo por línea materna, porque no están, en relación a éste, en la misma que el tutor”.

B) Los que lo entienden en el sentido de línea directa y colateral, por remisión al concepto de línea del artículo 916. En este grupo se encuentra la mayoría de la doctrina española que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este punto, siendo sus principales exponentes SÁNCHEZ ROMÁN (38), MANRESA y NAVARRO (39) y CASTÁN (40), en cuanto que entienden que “como este precepto no distingue hay que comprender en él todo parentesco de consanguinidad, en línea recta o colateral”. No obstante, SÁNCHEZ ROMÁN y CASTÁN excluyen el parentesco de afinidad, ya que, “a pesar de su analogía en grados con el de consanguinidad, no existe identidad de líneas”.

Y C) Los que lo entienden en un sentido diferente, aun utilizando los anteriores conceptos de línea directa y colateral. En este grupo se encuentra MUCIUS SCAEVOLA (41), en cuanto que entiende que “en la línea recta descendente o ascendente las dificultades quedan desconectadas, porque siendo una sola todos los situados en ella serán incompatibles entre sí. En el parentesco colateral es posible la concurrencia de diversas líneas, saliendo todas ellas de un tronco común, y dentro de estas líneas puede producirse independientemente unas de otras el parentesco colateral. En nuestro sentir, lo que el Código pretende es que los parientes de una de esas líneas dimanantes del tronco

(35) RIBERA Y CAÑIZARES, Mariano, op. cit., pág. 12.

(36) ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy: op. cit., pág. 60.

(37) RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: “La tutela”, Barcelona, 1954, página 209.

(38) SÁNCHEZ ROMÁN: “Estudios de Derecho civil”, Tomo V, 2.ª Ed., Volumen II, Madrid, 1912, artículo 235.

(39) MANRESA Y NAVARRO, J. M.: “Comentarios al Código civil español”, 4.ª Ed., Tomo II, Madrid, 1914, pág. 268, artículo 235.

(40) CASTÁN TOBEÑAS, José: op. cit., pág. 333.

(41) MUCIUS SCAEVOLA, Q.: op. cit., artículo 235, págs. 404 y ss.

no puedan desempeñar con simultaneidad la tutela y la protutela, pero no impide que puedan ser tutor y protutor de una misma tutela dos parientes colaterales provenientes de líneas distintas, aunque ambas reconozcan un mismo punto de origen. Reconstruyendo mentalmente la realidad, se observa que lo que el Código civil prohíbe es la concurrencia de parientes colaterales próximos, porque, como dice Goyena, de otra suerte podría temerse la preponderancia o colusión. Esta proximidad llega en rigor hasta el tercer grado, porque ya en el cuarto grado colateral se inicia la diversidad de líneas. No podrán, pues, ser tutores y protutores en una misma tutela los hermanos entre sí y tío y sobrino, pero sí los primos hermanos”.

Por otra parte, la Jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el concepto de línea del artículo 235, por lo que sería deseable que, aprovechando una cuestión relacionada con este tema, se pronunciase sobre el concepto de línea de este artículo, ya que la sentencia que comentamos ha desaprovechado la ocasión.

e) *Critica de las opiniones doctrinales.*—Para llegar a una conclusión definitiva sobre el concepto de la línea del artículo 235 tendremos que examinar, en primer lugar, las consecuencias que se seguirían de la aplicación de cada uno de los conceptos admitidos por la doctrina en los tres grupos antes expuestos.

A) ¿Es admisible el concepto de línea en el sentido de paterna y materna? Hay que reconocer, en favor de los autores que propugnan esta teoría, el mérito de seguir manteniendo el mismo concepto que en su día recogió el Proyecto de 1851 del Código civil francés, y que estaba expresado claramente en la antigua redacción del artículo 294 de nuestro Código civil, e incluso hoy en día está latente todavía en el articulado de la tutela (cfr. arts. 211 y 227) (42). Ahora bien, este concepto no es admisible, hoy en día, por las siguientes razones:

1) Es un concepto que el mismo legislador ha desterrado ya del articulado de la tutela por ser completamente extraño a nuestro ordenamiento jurídico. Baste, para ello, recordar la reforma del año 1958 en cuanto al artículo 294, único existente a este respecto.

2) Su admisión nos llevaría a abandonar la correlación antes apuntada, incluso admitida en términos generales —como lo hizo el Tribunal Supremo—, ya que de ello se seguirían las siguientes consecuencias prácticas:

a) Si fuese tutor cualquier ascendiente directo, no podría ser protutor ningún descendiente, ni suyo ni de los padres del tutelado, ya que todos ellos pertenecerían a la misma, o ambas líneas paterna y materna.

b) Si fuese tutor cualquier descendiente de los padres del tutelado, ningún ascendiente, ni directo, ni colateral, podría ser protutor, ya que siempre pertenecerían a una de sus dos líneas y tampoco podría serlo ningún otro descendiente, con lo que estarían también excluidos

(42) E igual sucede en materia de ausencia (cfr. art. 184).

el caso de los hermanos, exceptuado por el Código civil francés, y aceptado por García Goyena (vide supra).

c) Y todo lo anterior nos llevaría a que para desempeñar ambos cargos los parientes del tutelado debería recaer el cargo de tutor en un ascendiente, con lo que el protutor debería ser otro ascendiente, directo o colateral, perteneciente a la otra línea. Y esto necesariamente nos llevaría a deferir estos cargos en parientes demasiado lejanos, existiendo otros más próximos. Estas consecuencias fueron las que llevaron al Código civil francés a la reforma, aun teniendo en cuenta que éste es su sistema de sucesión.

Y no parece ser éste el espíritu de los antecedentes históricos de nuestro Derecho, e incluso del mismo sistema de familia, seguido por nuestro Código civil. Por todo lo cual, habrá que desechar este concepto en la actualidad.

B) ¿Es admisible el concepto de línea en el sentido de directa y colateral tal como la exponen estos autores? Esta doctrina nos merece todavía menos consideración, pues denota en sus autores una aplicación mecánica del artículo 916, sin previo planteamiento de los problemas que esta aplicación plantea. Además, de su aplicación al caso se seguirían las siguientes consecuencias prácticas:

1) Si el tutor fuese descendiente de los padres del tutelado, estarían excluidos todos los demás parientes consanguíneos del tutelado, pues, lejanos o cercanos, todos ellos se encontrarían en una relación de parentesco directo o colateral. Y en este caso estarían excluidos entre sí, también, los hermanos, que era una excepción.

2) Si el tutor fuese ascendiente directo, no podría ser protutor ninguno de sus descendientes, pues todos ellos estarían en la línea directa.

3) Y todo lo anterior nos llevaría a que para recaer ambos cargos en los parientes del tutelado, o bien habría que buscar entre los consanguíneos ascendientes, directos o colaterales, con relación a las líneas paterna y materna, que se desechan, en cuyo caso no serían parientes entre sí, pero sí del tutelado; o bien habrían de recaer en un pariente consanguíneo y en un pariente afín, cuyo parentesco no entienden incluido en la prohibición los autores de esta posición. Y respecto a estas soluciones en cuanto a la primera nos encontramos con la misma objeción hecha a la teoría anterior; y en cuanto a la segunda, estimamos inaceptable que no pueda serlo otro hermano, como estaba previsto en la legislación francesa, y, sin embargo, pudiera serlo su esposa, ya que caeríamos en la misma colusión que se pretende evitar. Además no veo la razón de excluir a los parientes consanguíneos, en los que es presumible siempre un cariño hacia el tutelado, y aceptar en cambio a los afines, que son en cierta manera extraños incluidos en una familia por causa de un matrimonio. Seguramente por esta razón la reforma del año 1958 suprimió el llamamiento a los maridos de las hermanas vivas, con lo que los parientes afines quedan excluidos del Consejo de Familia.

Además, y por si lo anterior no fuese suficiente, esta teoría no encuentra apoyo en los antecedentes históricos, ni en la legislación comparada, como sucedía con la anterior.

Así pues, parece que hay que desechar también esta teoría por las mismas razones apuntadas anteriormente.

C) ¿Es admisible el concepto de línea en el sentido diferente que le da MUCIUS SCAEVOLA? Este parece que se acerca ya más a la tendencia moderna apuntada por el Código civil francés, e incluso a los antecedentes históricos españoles y al mismo sistema de tutela de familia, seguido por nuestro Código civil español. No obstante, creo que todavía caben contra ello algunas objeciones, por las consecuencias prácticas que de ello se siguen. Y así:

1) En cuanto a la línea recta ascendente o descendente, entiende MUCIUS SCAEVOLA que en ésta las dificultades quedan desconectadas, porque siendo una sola, todos los situados en ella serán incompatibles entre sí. Ahora bien, me parece que en cuanto a este extremo es conveniente una aclaración: serán incompatibles en cuanto que estén dentro de la misma línea recta ascendente o descendente, pero no si pertenecen a líneas rectas, ascendentes o descendentes, distintas con relación al tutelado. Y así no serían incompatibles los ascendientes maternos; y tampoco lo serían, en el caso de tutela de incapacitados, sus distintos descendientes (hijos o nietos) en cuanto que pertenecientes a distintas líneas rectas. Esta solución encuentra su apoyo respecto a los ascendientes en la interpretación histórica y comparada, y en la primitiva acepción de las líneas (paterna y materna), y en cuanto a los descendientes en el artículo 220, apartado 3.º, ya que si llama a la tutela a los mismos hijos, no veo la razón de excluirlos de la protutela. Además, todo ello tiene su base inmediata en la correlación anteriormente apuntada, que como hemos visto mantiene su vigencia en la actualidad, sobre todo en materia de protutela.

2) Y en cuanto a las líneas colaterales, dimanantes de un mismo tronco común, entiende MUCIUS SCAEVOLA que los parientes pertenecientes a diferentes líneas pueden desempeñar ambos cargos, pero excluyendo a los parientes próximos dentro del tercer grado (hermanos entre sí, tío y sobrino). En cuanto a este punto, cabe también hacerle unas objeciones: a) en cuanto a los hermanos entre sí, hay que pensar que estaban exceptuados de esta inhabilidad especial tanto en el Código francés y legislación comparada como en el Proyecto de García Goyena (vide supra). Y, además, no cabe pensar que llamándolos legítimamente para el ejercicio de la tutela el artículo 235 excluyese a los demás del ejercicio de la protutela, ya que es presumible en ellos el mismo afecto con relación a su hermano tutelado. Aparte de tener también su apoyo en la correlación anteriormente establecida; b) y en cuanto al tío y sobrino, hay que pensar en un sobrino mayor de edad y defensor de sus propios intereses, como representante de su propio padre, por lo que esa colusión que se pretende evitar es difícilmente creíble, ya que cada uno de ellos, aparte de su propia afeción hacia

su hermano y tío respectivamente, procurará por la conservación y fomento de sus propios intereses, en cuanto que probables herederos.

Así pues, parece que esta teoría tampoco es plenamente aceptable, por lo que habrá que llegar a otra teoría que, aceptando en principio sus puntos básicos, dé plena satisfacción a los intereses en juego de las respectivas tutelas.

III. CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente expuesto cabe concluir en el sentido de que el concepto de la línea del artículo 235 no puede coincidir con ninguno de los esbozados por las anteriores teorías. De aquí que sea necesario encontrar un concepto de línea que sea acorde al mismo tiempo con la legislación actual, con el pensamiento del legislador, con los antecedentes históricos y con las exigencias modernas del sistema de tutela de familia:

a) Para que sea acorde con la legislación actual habrá que partir del concepto esbozado por ésta en materia de sucesión que no es otro que el del artículo 916. Y así tendremos el concepto línea en el sentido de una serie de grados que pueden dar lugar a unas líneas directas, en cuanto que referidas a personas que descienden unas de otras, y a unas líneas colaterales, en cuanto que referidas a personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común.

b) Y para que sea acorde con el pensamiento del legislador, con los antecedentes históricos y con las exigencias modernas del sistema de tutela de familia, habrá que entender las anteriores líneas, no como una línea directa y una línea colateral, ni como una sola línea formada por el conjunto de ambas como lo entendía la segunda teoría apuntada, sino como dos líneas que a su vez se escinden, dentro de cada una de ellas, en otras ramas. Y así habrá que entender:

1) Que dentro de la línea directa del tutelado existen a su vez varias ramas, formadas a partir de la persona del tutelado, tanto en su sentido ascendente, como en el descendente. Y esto es así, porque a partir de los padres del tutelado existe una diversificación de la línea recta en el sentido ascendente (líneas paterna y materna); y a partir de la persona del tutelado existe igualmente una diversificación de la línea recta en su sentido descendente, correlativa con el número de sus descendientes. Y estas diversificaciones son las que forman las distintas ramas dentro de la línea directa, cuyo conjunto forma a su vez el llamado tronco común, de donde surgen las ramas de la línea colateral.

2) Y que dentro de la línea colateral del tutelado existen a su vez varias ramas, formadas por las diferentes bifurcaciones que tienen su origen en el anteriormente señalado tronco común.

Y así entendido el concepto de línea, la inhabilidad especial que establece el artículo 235 habrá que entenderla en el sentido de que "el nombramiento de protutor no puede recaer en pariente (del tutelado)

que pertenezca a la misma rama (dentro de la línea directa) o colateral) del tutor”.

Y con esta solución se cumplen los fines de evitar la preponderancia o colusión —que es lo que verdaderamente se pretende con este artículo, por darse ésta precisamente dentro de cada rama—, y de hacer recaer estos cargos en la misma familia, por el mismo sistema de tutela de familia, seguido por nuestro Código civil, ya que de ello se seguiría:

a) Que si fuese tutor el abuelo paterno, no podría ser protutor ningún otro ascendiente paterno, por ser de su misma rama dentro de la línea directa, pero sí podrían serlo los ascendientes maternos, por ser de rama diferente y los parientes colaterales dimanantes de la rama materna, o de la unión de ambas ramas (los hermanos del tutelado y sus descendientes).

b) Que si fuese tutor un hijo del tutelado, ningún ascendiente, ni descendiente suyo podría ser protutor, pero sí podría serlo otro hijo del tutelado o sus descendientes, por ser de una rama, dentro de la línea directa, diferente. También podrían serlo los parientes colaterales del tutelado (por ej.: hermanos y sus descendientes).

c) Que si fuese tutor un hermano del tutelado, no podría ser protutor ningún descendiente suyo, pero sí podría serlo otro hermano del tutelado o sus descendientes, por ser de rama diferente dentro de la línea colateral. También podrían serlo los ascendientes o descendientes del tutelado, u otros parientes colaterales de distinta rama.

d) Que si fuese tutor un sobrino del tutelado, no podría ser protutor ningún pariente que perteneciese a su misma rama colateral, pero sí podría serlo otro sobrino o sus descendientes que perteneciesen a una rama colateral distinta, al igual como otros colaterales de rama distinta.

e) Que si fuese tutora la esposa u otro pariente afin del tutelado, cualquier otro pariente consanguíneo podría ser protutor, siempre que no fuese ascendiente, descendiente o esposo del tutor, ya que el parentesco de afinidad no debe determinar inhabilidad en el artículo 235, pues se ha excluido de esta materia (cfr. art. 294).

f) Que si fuese tutor un extraño, cualquier pariente consanguíneo del tutelado podría ser protutor.

g) Y sólo en el caso de no existir ninguno de los anteriores debe acudir al recurso de nombrar protutor a un extraño.

Y así entendido el concepto de línea del artículo 235 da satisfacción a todos los intereses en juego, está de acuerdo con la correlación anteriormente dicha, hace renacer los antecedentes históricos de esta materia y da satisfacción a las exigencias modernas del sistema de tutela de familia.

El Código civil francés ha necesitado de una reforma para llegar a la solución propuesta. Nuestro ordenamiento no la necesita en orden

a este punto, porque podemos basarnos para ello en el artículo 916, teniendo en cuenta las ramas que surgen de las líneas colateral y directa.

IV. CONCLUSIONES FINALES

Del resultado de las conclusiones hasta ahora obtenidas cabría, como conclusión final, redactar el artículo 235 de la siguiente manera: "El nombramiento de protutor *deberá* recaer en el más próximo pariente del tutelado que no pertenezca a la misma rama, dentro de la línea directa o colateral, del tutor, siendo su límite el cuarto grado. Y sólo en caso de excusa, incapacidad o inexistencia de los anteriores, podrá nombrar a uno de los demás parientes, amigo o persona de confianza, según las exigencias del interés del menor".

Y de esto se seguiría:

a) Que el Consejo de Familia *deberá* hacer recaer este nombramiento en el pariente más próximo, de entre sus vocales, que sea capaz y hábil. O en aquél que con base al nombramiento de protutor, cumpliendo las anteriores exigencias, se haya excusado del cargo de vocal.

b) Que en caso de excusa, inexistencia o incapacidad de los vocales del Consejo de Familia, *deberá* hacerlo entre los parientes más próximos dentro del cuarto grado.

c) Y sólo en caso de no existir ninguno de los anteriores, o no ser capaces y hábiles, tendrá plena libertad para elegir al protutor, debiendo atender a parentesco, amistad íntima u honradez.

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE ABRIL DE 1969. SU CRITICA

Una vez obtenidas las anteriores conclusiones en base a este estudio minucioso que apuntábamos, es llegado el momento de enjuiciar, a su luz, la mencionada sentencia.

No obstante para una mejor comprensión de sus consecuencias, creo que será conveniente que en primer lugar, hagamos una breve alusión a su supuesto fáctico, viendo después los fallos de las distintas instancias, y llegando así, por último, al enjuiciamiento de la mencionada sentencia.

A) SUPUESTO FACTICO: La base fáctica del presente pleito tiene su causa eficiente en una tutela de dos hermanos previamente declarados incapaces por el Juzgado de Primera Instancia.

El cargo de tutor fue desempeñado legítimamente, y en primer lugar, por un hermano de los tutelados; y a la muerte de éste, por una hermana de los tutelados. A la muerte de ésta —debido a la larga duración que puede tener esta especie de tutela, contrariamente a lo que sucede con la de menores, de ahí el fallo por omisión de nuestro Código civil—, quedaron varios sobrinos por parte del hermano pri-

mer tutor, y uno por parte de la hermana, segunda tutora. De entre los primeros, algunos de ellos ya formaban parte del Consejo de Familia. Ante esta situación, el Consejo de Familia tuvo que nombrar tutor dativo, cargo que recayó en un hijo del primer tutor, en reunión celebrada el 19 de febrero de 1965.

En la sesión de 14 de mayo del mismo año 1965, surgieron ya las primeras discrepancias. El Consejo de Familia resolvió que la tutela se ejerciera bajo la modalidad de frutos por alimentos. Contra esta resolución se alzó un vocal, hermano del tutor, demandando judicialmente al presidente del Consejo exclusivamente, lo que terminó con la resolución judicial de que la tutela se ejercitase con rendición de cuentas y asignación de pensión alimenticia. Este fallo se hizo saber a los demás miembros del consejo que no fueron llamados al procedimiento en sesión de 11 de diciembre del mismo año, en la cual se excusó ya de su cargo el entonces presidente; haciendo lo propio otros dos vocales más en sucesivas reuniones.

A raíz de las excusas habidas en fecha 4 de marzo de 1966, se procedió a reconstituir ante el juzgado municipal, el Consejo de Familia, el cual quedó constituido de la siguiente forma: presidente, el hermano del tutor que fue vocal con anterioridad; y vocales: el cuñado del tutor por matrimonio con una hermana suya; la hija del anterior, sobrina del tutor; y un extraño a la familia, caracterizado por su amistad íntima con la familia del tutor. Excluyéndose de esta manera otros parientes más próximos y formando como un clan familiar.

En esta situación, y momentos después de haberse celebrado tal acto de reconstitución del Consejo de Familia, el demandante interesó de este organismo su nombramiento como protutor, por medio de requerimiento notarial, toda vez que su parentesco próximo, como sobrino de los tutelados, y su línea diferente a la del tutor, abogaban por su nombramiento como tal. Pero, no obstante lo anterior, el Consejo de Familia, en fecha 15 de marzo nombró protutor a persona distinta del demandante, calificándolo de sobrino segundo de los incapaces, cosa que no confirmaba el Registro civil, con lo que nos encontrábamos ante un protutor extraño a la familia, y según se entrevé en el informe del Ministerio Fiscal, ante una persona enemistada con el demandante, el cual había sido injustamente excluido de tal cargo.

Y toda esta situación dio lugar a la iniciación de este pleito en el que se pedía la nulidad del acuerdo del nombramiento de protutor, y la nulidad del nombramiento de vocal a favor de la persona extraña a la familia.

La demanda se contestó fundamentalmente sobre la base de que los demandados no conocían precepto alguno que dijera que el protutor había de ser el pariente más cercano.

A todo esto cabría argumentar antes de seguir adelante la siguiente pregunta: ¿Por qué el Consejo de Familia no aceptó el nombramiento del demandante como protutor, si no aparece del pleito

que fuese incapaz para tal cargo, y era además un pariente más cercano, sosteniendo por el contrario un enojoso pleito de mayor cuantía que sólo perjudicaba los bienes de los tutelados, según el artículo 277. Creo que la solución que cabe pensar es bastante clara. No obstante, vamos a seguir la exposición.

B) EL FALLO DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA: Seguido el pleito por todos sus trámites, con recibimiento del pleito a prueba, por el señor juez de Primera Instancia se dictó sentencia por la que estimando la demanda se declaró: "Primero. Nulo el nombramiento del protutor a favor de don F. M. H., efectuado con exclusión de don I. S. P. Segundo. Nulo el nombramiento de Vocal del Consejo de Familia a favor de don P. H. G. con exclusión de don A. P. H.; si bien tal nulidad queda condicionada a que este último acepte y llegue a desempeñar el cargo de vocal, pues, en otro caso, se considerará válida la designación recayente en el repetido don P. H. G."

Ante tal fallo, nos hemos preocupado de averiguar su fundamentación jurídica. Y si bien no hemos podido obtener los considerandos de tal sentencia, sí que hemos podido colegir la parte básica de éstos, que podríamos establecer como sigue: "Infracción del artículo 235 del Código civil, ya que, por una parte, la protutela está encuadrada por la moderna doctrina civilística en el ámbito de las relaciones cuasi-familiares de protección, existiendo además un interés de que el patrimonio de los pupilos se mantenga intacto para que pueda en su día pasar por herencia intestada a esos mismos componentes del organismo tuitivo, por lo que este cargo debe recaer en los parientes, y por otra, este artículo establece una exigencia negativa, pues tal precepto ha sido objeto de una interpretación doctrinal, que, basada principalmente sobre los principios parentales dominantes en la sucesión intestada, entiende que el grado de parentesco que debe concurrir en una persona, respecto de los tutelados, para poder ser nombrada protutor de ellos, no ha de ser más lejano al límite de la sucesión intestada, es decir, al cuarto grado, puesto que debe perseguirse, ante todo, que la acción del protutor entrañe una vigilancia eficaz, finalidad que se consigue mejor cuando en el interesado concurre al acicate de una sucesión en perspectiva que sin duda le hará estremar el celo en su actuación inspectora sobre la gestión del tutor. Y por todo ello, entre personas que reúnen todas las dichas cualidades, debe preferirse el pariente próximo al más remoto, como para la sucesión legítima establece el artículo 921, y para los miembros del Consejo de Familia el artículo 295."

Como comentario a este fallo, de acuerdo con las directrices generales de sus considerandos que hemos podido recoger, sólo diremos que es elogiable, por cuanto que, seguramente sin haber hecho un estudio tan minucioso, no sólo llega a nuestras mismas conclusiones, sino que acoge esa exigencia social que apuntábamos, convirtiéndose en un claro exponente de esa jurisprudencia progresiva tan deseada,

que nuestro Tribunal Supremo derrocha en tan pocas materias, pues como ha sido denunciado por muchísimos autores nuestros Tribunales pecan más por defecto que por exceso. Lo más elogiabile hubiera sido que nuestro Tribunal Supremo hubiera aceptado este fallo, dándole al mismo tiempo una más minuciosa matización. Pero desgraciadamente no ha ocurrido así.

B) EL FALLO DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL: Contra el anterior fallo, y por la representación de los demandados, se interpuso recurso de apelación, y tramitando éste con arreglo a derecho, por la Sala de la Audiencia Territorial, se dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento: “Fallamos, que revocando en parte la sentencia apelada dictada por el señor Juez de Primera Instancia, debemos desestimar la demanda y absolvemos a los demandados en cuanto al pedimento de nulidad del nombramiento de protutor a favor de don F. M. H., cuya designación se mantiene, y asimismo declaramos nulo el nombramiento de vocal del Consejo de Familia a favor de don P. H., a cuyo efecto se proveerá dicho cargo con arreglo a Derecho”.

Este fallo, según referencias que hemos podido obtener, se basa sobre todo en que el artículo 233 proclama el principio de autonomía del Consejo de Familia, por lo que el protutor es una persona de confianza que obra como mandatario del Consejo, de ahí la libertad de elección; y en que el artículo 235, de su sentido, no permite deducir una prioridad de grado parental.

La crítica de estos argumentos es fácil en base a las conclusiones a que hemos llegado anteriormente a través de la interpretación histórica, comparada y sistemática. No obstante, como el Tribunal Supremo acepta este fallo, y conocemos sus considerandos íntegros, será conveniente hacer la crítica de éstos, sin perjuicio de que todo ello sea aplicable al presente fallo.

C) EL FALLO DEL TRIBUNAL SUPREMO.—Contra el anterior fallo, y por la representación del demandante, se interpuso recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal con apoyo de los siguientes motivos:

1) Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la LEC. La sentencia recurrida incide en infracción de Ley por interpretación errónea de los artículos 233 y 235 del Código civil.

2) Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la LEC. La sentencia recurrida incide en infracción de ley por violación del artículo 295 del Código civil y por interpretación errónea de los artículos 233 y 235 del propio cuerpo legal, en relación con los artículos 236 y 299 del mismo.

3) Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la LEC. La sentencia recurrida incide en infracción de Ley por interpretación errónea del artículo 235 de nuestro Código civil.

4) Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la LEC.—La sentencia recurrida incide en interpretación errónea de la

doctrina del Supremo de 10 de abril de 1905; 6 de abril de 1916; 17 de junio de 1943; 5 de mayo de 1947; 2 de julio de 1953; 3 de julio de 1924 y 28 de abril de 1965.

5) Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la LEC. La sentencia recurrida incide en interpretación errónea de los artículos 233 y 235 del Código civil y del principio "aemolumentum successiois-onnus tutelae", consagrado por la sentencia de este Tribunal Supremo de 17 de junio de 1943.

Y tramitado el recurso con arreglo a Derecho, por el Tribunal Supremo se dictó sentencia en los siguientes términos: "Fallamos: que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por don I. S. P. contra la sentencia pronunciada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de V., con fecha 6 de febrero de 1968, en autos seguidos por el mismo contra don A. P. P., don J. M. H., doña L. P. P., don P. H. G., don F. M. H., don J. F. P. P., doña P. A. P., sobre nulidad de actas del Consejo de Familia de los incapaces don H. J. y doña M. P. P. H."

El anterior fallo tiene como fundamentación jurídica la siguiente:

"CONSIDERANDO: Que el Código civil regula con gran escrupulosidad y detalle toda la organización que establece para la guarda de la persona y bienes o solamente los bienes de los menores o incapacitados, dada la trascendencia y la función eminentemente social y estatal de salvaguardar los intereses de todos aquellos que no pueden regirse por sí mismos, evitando los grandes riesgos que su falta de plena capacidad entraña, por lo que organiza, no una mera administración, sino tres órganos rectores constituidos por el Consejo de Familia, el tutor y el protutor; y como del estudio de sus disposiciones se desprende que así como al señalar quiénes deben componer el Consejo de Familia en su artículo 294 terminantemente establece que serán los parientes más próximos del menor o incapacitado y sólo cuando no hay número suficiente de éstos admite a personas extrañas, y lo mismo sucede al designar la persona del tutor en sus artículos 211, 220, 227 y 230, en cambio cuando regula la institución del protutor en su norma 233 se limita a facultar al Consejo de Familia para su designación, sin tacha ni exigencia alguna respecto a que haya necesariamente de recaer en pariente del menor o incapacitado, como consecuencia lógica de la función que debe desempeñar que consiste en vigilar y fiscalizar al tutor como delegado del Consejo y su nombramiento debe recaer en persona de su absoluta confianza y que reúna condiciones de actividad y capacidad suficiente, que no siempre tendrán los vocales, sea o no pariente del sujeto a tutela, resulta evidente que aun cuando la institución está basada en los lazos familiares, por ser los parientes los más obligados a velar por los derechos e intereses de los tutelados y los que por los vínculos de sangre deben hacerlo con mayor atención y afecto, se exceptúa el protutor por la índole de su función y no cabe achacar

a omisión del requisito del parentesco en el Código cuando con tanta minuciosidad regula esta materia.

”CONSIDERANDO que sentada la anterior doctrina parecen los cinco motivos articulados en el recurso, todos por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la LEC; ya que si bien el artículo 235 del Código establece que el cargo de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor, ello no es más que una incompatibilidad para el supuesto admitido de que el protutor sea pariente; y tampoco es óbice lo dispuesto en su artículo 295 que señala una prelación para formar el Consejo de Familia en el que no está incluido el protutor ni la prohibición de formar en el Consejo que señala el 299, ni se opone la doctrina de las sentencias de esta Sala que cita que señala como órgano de la tutela en determinados casos al Juez de Primera Instancia, que en nada se opone de lo expuesto, ni tampoco las disposiciones del Código francés, que en su día significó un antecedente del nuestro, en cuanto no rige en España y contiene un precepto claro que no se transcribe en el español; y por último porque el derecho expectante de heredar a los incapacitados, puesto que está garantido con la inclusión en el Consejo de los parientes más próximos que por serlo son sus presuntos herederos.”

De la simple lectura de estos considerandos se desprende, a primera vista, lo endeble de su fundamentación jurídica. No se encuentra en ella otra cosa que simples disquisiciones doctrinales, que a veces ni siquiera tienen razón de ser. No obstante, y para una mejor sistematización de esta crítica, creo que es conveniente que sigamos el mismo orden de exposición que se sigue en ambos considerandos. Por ello, vamos a dividir en apartados los diferentes puntos endebles que, en mi opinión, tienen éstos.

A) Primer considerando:

a) Se parte ya de una premisa falsa cuando se dice “que el Código civil regula con gran escrupulosidad y detalle toda la organización...”, ya que si bien esta afirmación puede ser aproximadamente exacta en cuanto que referente a los órganos de la tutela y del Consejo de Familia, no lo es en manera alguna en cuanto que referente al protutor, a quien dedica en el capítulo V, Título IX, Libro I, solamente cuatro artículos, a cual de ellos más dudoso. Y que esto es así nos lo demuestra su simple lectura, y los problemas que de ellos surgen, que si bien no vienen al caso, basta citar la no referencia al tutelado incapacitado en todos estos artículos, la contradicción entre el artículo 233 y los artículos 206 y 207; la falta de precisión del artículo 234 en cuanto que se refiere sólo al tutor, sin referencia a si es testamentario, legítimo o dativo; los problemas del artículo 235, referentes al parentesco y a la línea, etc. Así pues, que no se nos argumente con una regulación escrupulosa y detallada de esta materia. Además, a mi modesto entender, el fallo más grave de toda su fundamentación jurídica se encuentra precisamente aquí, ya que esta alegación de una regulación escrupulosa y detallada exime ya de ese

estudio minucioso que apuntábamos como necesario, y que requería el estudio de los antecedentes históricos, sobre todo del Proyecto de 1851, del Derecho comparado y de la sistemática de nuestro Código civil, todo lo cual hubiese abogado por otra solución.

Desde tal punto de vista, sería interesante ver la fundamentación jurídica de un litigio en el que se debatiese sobre la contradicción del artículo 233 con los artículos 206 y 207, o sobre el concepto de línea del artículo 235.

b) En segundo lugar, se interpreta el artículo 233 algo caprichosamente en cuanto que se alega que “se limita a facultar al Consejo de Familia para su designación, sin tacha ni exigencia alguna respecto a que haya de recaer necesariamente en pariente del menor o incapacitado”. A esto cabe alegar, por un lado, que no se ha pensado que la dicción del artículo 233 está así redactada por la inexistencia de una protutela legítima, al igual que sucede en la tutela, debido precisamente, como ya hemos apuntado, a la inhabilidad que establece el artículo 235, pues no cabe pensar en que se exigiese aquí el requisito del parentesco, ya que de ello se seguiría que, siendo los parientes de una misma rama, no pudiese nombrarse protutor, por falta de tal requisito; y menos cabe pensar que este artículo, montado en un sistema de tutela de familia, debía haber previsto este supuesto, ya que ello supondría un casuismo no deseable en las leyes, y que pertenece a la esfera de los Tribunales de justicia. Y por otro, que la misma dicción establece el artículo 231 respecto del tutor, y sin embargo la opinión de la doctrina es muy diferente. Por ello, habría sido interesante saber la resolución que se hubiese adoptado si en vez de este tema se hubiese debatido el nombramiento dativo del actual tutor de la tutela debatida, cuyo parentesco con los incapacitados es el de sobrino, y por lo tanto tutor no legítimo. En mi opinión no creo que se hubiese llegado a la misma solución actual, no obstante existir la misma redacción.

Además, el mismo problema se planteó en su día en el Derecho comparado que hemos examinado, siendo idéntica la redacción, y en ninguno se ha llegado a esta solución que propugna nuestro más Alto Tribunal, sino que, al contrario, por decisiones en vía jurisprudencial se ha llegado en ellos a una reforma legislativa que ha modificado este punto en el sentido que propugnamos (vide supra).

C) En tercer lugar, se sigue diciendo que esa facultad que otorga al Consejo de Familia el artículo 233 es “como consecuencia lógica de la función que debe desempeñar que consiste en vigilar y fiscalizar al tutor como delegado del Consejo y su nombramiento debe recaer en persona de su absoluta confianza y que reúna condiciones de actividad y capacidad suficientes, que no siempre tendrán los vocales, sea o no pariente del sujeto a tutela”. No creemos que esto sea así, sino que la dicción del artículo 233 está subordinada por la inhabilidad que establece el artículo 235, como hemos dicho anteriormente. Y en cuanto a la razón que arguye el Tribunal Supremo, nos bastará por un

lado ver el apartado de “la gratuidad y onerosidad del cargo de protutor” (vide supra), y por otro, pensar que no tiene razón de ser lo argüido por nuestro más Alto Tribunal por cuanto ello llevaría a que, por capricho del Consejo de Familia, cualquier persona extraña o no a la familia, estaría obligada a desempeñar este cargo (ctr. artículo 202) aun existiendo muchísimos parientes, ya que dada la interpretación actual del Tribunal Supremo no estaría nada clara la aplicación del artículo 245, a los casos de protutela, pues se dice que la protutela no está basada en lazos familiares.

Además, nuestro Tribunal Supremo al dictar esta sentencia se está situando en una época anterior a la actual, pues olvida que las sentencias deben mirar al futuro, sobre todo interpretando un precepto por vez primera, y en este caso deja a un lado la creciente elevación del índice de alfabetización en cuanto alega “condiciones de los vocales”. Además, para algo se previó el apartado 10 del artículo 244.

d) En cuarto lugar, y siguiendo la misma línea de pensamiento, se sigue diciendo “resulta evidente que aun cuando la institución tutelar está basada en los lazos familiares..., se exceptúa al protutor por la índole de su función y no cabe achacar a omisión del requisito del parentesco en el Código, cuando con tanta minuciosidad regula esta materia”. Vuelve aparecer aquí esa premisa falsa base de todo el razonamiento. Ahora bien, como ya hemos visto que no hay tal regulación minuciosa, vamos a ver estos puntos. Por un lado, nos parece muy aventurada la afirmación de que la protutela no está basada en lazos familiares, sobre todo teniendo en cuenta que nuestro Código civil sigue un sistema puro de tutela de familia; y por otro, igualmente aventurada nos parece la afirmación de que ello no se debe a omisión de este requisito en el Código, sobre todo teniendo en cuenta los antecedentes históricos, el Proyecto de 1851, sus orígenes franceses y el Derecho comparado. Además, si esto es así y tan minuciosamente se ha regulado en esta materia que no caben omisiones, se debería haber llegado a la conclusión de que todos estos artículos no son aplicables a la protutela de los incapacitados, ya que no les nombra en todos estos artículos. Así pues, vemos en todo esto una serie de contradicciones insostenibles. Además, si el legislador del Código hubiese pensado de esta manera, bastaba con que hubiese mantenido la antigua institución del Juez de tutelas, como fiscalizador de los actos del tutor.

B) Segundo considerando:

a) En primer lugar, y como preámbulo de entrada, hay que decir que este segundo considerando adolece de una redacción bastante deficiente, que incluso en algunos puntos hay que interpretar.

b) En segundo lugar, es curioso observar cómo se hacen decaer a la vez los cinco motivos del recurso, en base tan sólo de la disquisición doctrinal del considerando anterior, en el cual no aparece otra cosa que una opinión doctrinal esbozada sobre la interpretación de los

artículos 233 y 235, y sin siquiera haber aportado ni antecedentes históricos, ni opiniones doctrinales ni jurisprudenciales, para darle una cierta base científica.

c) En tercer lugar se vuelve a insistir en que “ya que si bien el artículo 235 del Código establece que el cargo de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor, ello no es más que una incompatibilidad para el supuesto admitido de que el protutor sea pariente”. Vemos aquí que el Tribunal Supremo se ha inclinado por la opinión de que el artículo 235 constituye una norma prohibitiva en el sentido anteriormente expuesto. Contra esto basta con dar por reproducido todo lo anteriormente dicho sobre este problema (vide supra), para darse cuenta que esta solución no encuentra otro apoyo que la presente opinión de nuestro más Alto Tribunal.

d) En cuarto lugar, se nos dice que a esta solución no es óbice “lo dispuesto en el artículo 295... ni la prohibición de formar en el Consejo que señala el 299, ni se opone las sentencias de esta Sala que cita..., ni tampoco las disposiciones del Código francés, que en su día significó un antecedente del nuestro, en cuanto no rige en España y contiene un precepto claro que no se transcribe en el español”. Indudablemente con la anterior premisa propuesta no puede ser óbice nada de todo esto, pues si se parte de la base de que la protutela no está regida por lazos familiares, de nada sirve alegar que el legislador, en todo su articulado, está pensando en el parentesco del protutor, que es el supuesto del que verdaderamente se parte, e igualmente se ha de desechar todo argumento histórico, comparado o sistemático que suponga un obstáculo a esta opinión infundada. Además no creo que se haya pretendido por nadie hacer regir el Derecho francés aquí en España para que la sentencia se crea obligada a decir “en cuanto no rige en España”. Se aportaría, en todo caso, como argumento de interpretación histórica comparada, pero nunca con pretensiones de vigencia.

e) Y en quinto lugar, se nos dice “y por último porque el derecho expectante de heredar a los incapacitados, puesto que está garantido con la inclusión en el Consejo de los parientes más próximos que por serlo son sus presuntos herederos”. Francamente no entendemos esta frase, e incluso intentando descifrarla no podemos saber a dónde quería llegar nuestro Tribunal Supremo con ella, pues no creo que el derecho expectante no esté garantizado si se excluye a un pariente del Consejo de Familia, ya que siempre le queda a este pariente el recurso de alzarse de las decisiones del Consejo ante el Juez de Primera Instancia, tal como prevé el artículo 310 del Código civil. Lo que, en mi opinión, debía quererse rebatir con esta frase, era seguramente la argumentación de un mayor celo en el desempeño del cargo de protutor por parte de aquellos que tienen como acicate la perspectiva de una posible sucesión, o en todo caso la relación “*onus tutelae-aemolumentum successionis*”, pero la frase es muy desafortunada para ello.

Además, se ha desaprovechado en esta sentencia la ocasión de pronunciarse con motivo de la interpretación del artículo 235, sobre el concepto de línea, aunque verdaderamente este problema no se debatía en el pleito, y menos con tal resolución. Ahora bien, si cuando se plantee este problema de la línea se ha de partir de igual premisa que en el caso presente, en cuanto que existe una regulación escrupulosa y detallada de esta materia, veo difícil que se llegue a un concepto distinto del esbozado en el artículo 916.

Así pues, y en base a todo lo anteriormente expuesto, desde estas líneas propugnamos por un cambio de esta doctrina jurisprudencial, a fin de que, por un lado, esté de acuerdo con los antecedentes históricos de esta materia, así como con el Derecho comparado y con la sistemática de nuestro Código, y de que por otro se dé entrada, por medio de una jurisprudencia progresiva a esas matizaciones apuntadas, que están dentro del espíritu de la ley, por las exigencias sociales y familiares modernas, y que además puede encuadrarse al mismo tiempo dentro de la misma letra de la ley.

El régimen jurídico alemán de las inversiones de capitales privados

DR. JOSE BONET CORREA

1. *Antecedentes históricos en torno a la política económica sobre el tráfico de capitales con el extranjero: el régimen de control de cambios.*

Remontado el tercio del siglo pasado, la política económica alemana viene condicionada por el sistema del patrón oro y por el régimen de intervención que practica su banco central; con esta política el volumen de divisas poseídas por el Reichsbank sube de 19,6 millones de marcos al final de 1891, para alcanzar los 208,4 millones de marcos a finales de 1913 (1).

Las fuertes sanciones impuestas por los vencedores del primer conflicto bélico mundial (23,8 mil millones de marcos) (2) repercutirán considerablemente sobre la moneda alemana y, con la crisis económica internacional que se produce en los años posteriores, llegará a los límites más bajos de su poder adquisitivo, padeciendo una de las inflaciones más aparatosas que conoce la historia financiera de un pueblo contemporáneo (3).

La postguerra trae consigo una lenta recuperación en el mercado de capitales extranjeros, dadas las formalidades legislativas de intervención que se fueron imponiendo (Decreto del 31 de febrero de 1922, en RGBl (= Reichsgesetzblatt) 195; Decreto del 8 de noviembre de 1924, en RGBl, I, 729), hasta que con posterioridad a la inflación se pudieron levantar, en parte, las medidas restrictivas de intervención sobre moneda extranjera (Decreto del 22 de febrero

(1) Cfr. LIPPERT, *Internationaler Devisen und Geldhandel*, 2.^a ed. Frankfurt am Main, 1967, pág. 251; SEGER, *Die Politik der Reichsbank von 1876-1914 im Lichte der Spielregeln der Goldwährung*, Berlin, 1968.

(2) Cfr. MÜLLER, *Grundriss der Devisenbewirtschaftung*, Berlin-Wien, 1938, página 48; *Gold und Devisen in der Weltwirtschaft in den Jahren 1928-1934*, en *Einzelschriften zur Statistik des Deutschen Reiches*, 33 (1936), págs. 12 y siguientes.

(3) Cfr. NUSSBAUM, *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*, Tübingen, 1925; BRESCIANI-TURRONI, *Le vicende del marco tedesco*, Milano, 1931; GAETTENS, *Inflationen. Das Drama der Geldentwertung vom Altertum bis zur Gegenwart*, 2.^a ed. München, 1958.

de 1927, en RGBl, I, 68), por lo que el movimiento de divisas y, sobre todo, de papel moneda en forma de créditos, comienza a alcanzar cifras importantes, en vista del alto interés que se les concede (4).

La crisis bancaria de 1931, tanto por el peso de la deuda de reparación, como por la retirada de los créditos invertidos a corto plazo por los acreedores extranjeros, conduce a que las autoridades renueven una serie de disposiciones de control de divisas sobre el tráfico de medios de cambio extranjeros, y adopten medidas contra la salida de capitales que se integran en una ordenación de divisas del 1 de agosto de 1931 (en RGBl, I, 231) (5).

El control de cambios se va haciendo más intenso para los pagos a efectuar en el extranjero, como consecuencia de inversiones y otras relaciones financieras, tal como se advierte por la ley del 9 de junio de 1933 (RGBl, I, 349). Una nueva ley sobre divisas, del 4 de febrero de 1935 (RGBl, I, 105), y otras modificaciones, acentuarán el control para pagos derivados del tráfico de mercancías y en las relaciones de derecho privado (6).

En vista de que los acreedores extranjeros se negaban a aceptar pagos a través de cuentas bloqueadas (7), se da otra ley para reglamentar los vencimientos de capitales respecto del exterior (Kapitalfälligkeitgesetz del 27 de mayo de 1937, en RGBl, I, 600) (8).

Es en este período anual de 1936 a 1937 cuando la participación de capital extranjero en las sociedades alemanas alcanzará el límite más bajo conocido en la historia de las inversiones del país, con un volumen que sólo representa el 6,7 por 100 del capital nominal del conjunto de sociedades emplazadas en el territorio alemán (9).

(4) Cfr. Para la historia del control de divisas de esta época: LUCKAS, *Theorie der Devisenzwangswirtschaft von 1914-1940*. Jena, 1940; GURSKI, *Von der Geschichte des Devisenrechts*, en *Devisen Archiv* (1937), págs. 607 y sigs.; STUCKEN, *Deutsche Geld- und Kreditpolitik 1914-1963*, 3.ª ed. Tübingen, 1964.

(5) Cfr. CARO, *Devisenbewirtschaftung und Notare*, en *Deutscher Notar* (1931), págs. 571 y sigs.; THILE-ELSCHOLZ, *Die Devisenrechtlichen Bestimmungen über Ausländerforderungen und das Kreditverbot gegenüber Ausländern* (1932); THILE, *Die Krediteinräumung unter der Bestellung von Hypotheken oder Grundschulden im Verkehr mit Ausländern nach der Devisenverordnung*, en *Juristische Wochenschrift* (1932), págs. 2236 y sigs.

(6) Cfr. BLAU, *Devisenrecht und Privatrecht*, en *Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 47 (1933), págs. 201 y sigs.; STERNBERG, *Die Einwirkung des Devisennotrechts auf das Grundbuch und Notariatsrecht*, en *Rechtspflege und Wirtschaft* (1933); SIMON, *Devisenrecht und bürgerliches Recht*, en *Bank Archiv* (1934), págs. 1621 y sigs.; MEILKE, *Gestaltung und Umgestaltung der Schuldverhältnisse durch das Devisenrecht*, en *Bank Archiv* (1935), páginas 407 y sigs.; ISENBART, *Die rechtsgeschäftliche Währungsänderung in Stillhaltung und Devisengesetzgebung*, en *Bank Archiv* (1935), págs. 235 y sigs.

(7) Cfr. DIETRICH, *Verpflichtung eines ausländischen Gläubigers, eine ihm auf sein Sperrkonto angebotene Zahlung an Erfüllung statt anzunehmen?*, en *Bank Archiv* (1934), págs. 516 y sigs.

(8) Cfr. HARTENSTEIN, *Zum Gesetz zur Regelung von Kapitalfälligkeiten gegenüber dem Ausland*, en *Devisen Archiv* (1937), págs. 705 y sigs.

(9) Cfr. *Die Höhe des ausländischen Beteiligungskapitals*, en *Monatsbericht der Deutschen Bundesbank*, 17-12 (1965), pág. 53.

Los capitales extranjeros habían acudido a Alemania en vista de los alicientes y prestigio de su industria, con anterioridad a las disposiciones restrictivas, pero su participación va decreciendo a medida que las dificultades aparecen, cuando el control de cambios acaba por imponerse, tal como la doctrina hace ver de un modo relevante (10).

Las relaciones civiles y mercantiles de las correspondientes transacciones también se ven muy afectadas por el control de cambios y las repercusiones adquieren una notoria evidencia (11).

Ante la rápida sucesión de otras disposiciones y la necesidad de contar con un cuerpo legislativo fundamental, que regulase todas las medidas que afectasen al control de cambios, se dicta la "Ley sobre administración de divisas" (Gesetz über die Devisenbewirtschaftung) del 12 de diciembre de 1938 (RGBl, I, 1733) (12).

(10) Cfr. BURKHARDT, *Die Technik des deutschen Devisenhandels in der Nachkriegszeit*. Diss. Frankfurt am Main, 1923; EULENBURG, *Internationale Kapitalbildung nach dem Kriege*, en *Weltwirtschaftliches Archiv*, 19 (1923); SEIDEL, *Das fremde Kapital im Unternehmen*, en *Zeitschrift für Betriebswirtschaft*, 1 (1923) págs. 225 y sigs.; PALVI, *Zur Frage der Kapitalwanderung nach dem Kriege*. München y Leipzig, 1923; KLEIST, *Die ausländische Kapitalbeteiligung in Deutschland*. Berlin, 1929; SALESWSKI, *Das ausländische Kapital in der deutschen Wirtschaft (1930)*; KAISER y BENNING, *Kapitalbildung und Investitionen in der Deutschen Volkswirtschaft*. Berlin, 1931; WEGELIN, *Internationale Kapitalbewegungen in der Nachkriegszeit und die Transferfrage* (1935); LURIE, *Private investment in a controlled economy. Germany, 1933-1939*. New York, 1947.

(11) Cfr. HAFNER, *Gestaltung der Vertragsverhältnisse unter dem Devisenrecht*. Diss. Heidelberg, 1936; CASPARIUS, *Ungelöste Fragen auf dem Gebiet der Zivilrechtsfolgen der deutschen Devisengesetzgebung*, en *Iherings Jahrbücher*, 86 (1939), págs. 33 y sigs.; HAMBURG, *Einwirkung des Devisenrechts auf Privatverhältnisse*. Diss. Rostock, 1936; LENGEMANN, *Kaufvertrag und Divisenrecht*. *Schriftenreihe des Devisenarchivs*. Cuaderno III (1936); DANNENBERG, *Der Einfluss des Devisenrechts auf Hypotheken und Grundstücksgeschäfte*. Diss. Marburg, 1936; HARTENSTEIN, *Die Einwirkungen des Devisenrechts auf die bestehenden Schuldverhältnisse*, en *Juristische Wochenschrift* (1936), páginas 2833 y sigs.; SCHOEN, *Devisenrecht und Erbrecht*, en *Devisen Archiv* (1936), págs. 1284 y 1324; EHNINGER, *Die Einwirkung der deutschen Devisengesetzgebung auf privatrechtliche Schuldverhältnisse*. Diss. Tübingen, 1937; BAUER, *Devisenrecht und bürgerliche Rechtspflege* (1942); *id.*, *Devisenrecht und Grundstücksverkehr*, en *Devisen Archiv* (1942), págs. 919 y sigs.; EHLERS, *Der Gläubigerantrag in der Devisenbewirtschaftung*, en *Devisen Archiv* (1942), páginas 113 y sigs.; HEINZEL, *Der Einfluss des Devisenrechts auf das Eherecht*, en *Devisen Archiv* (1944), págs. 45 y 145.

(12) Cfr. EICKE, *Die Grundzüge der deutschen Devisenbewirtschaftung* (1938); FLAD-BERGHOLD-FABRICIUS, *Das neue Devisenrecht. Handkommentar zum Devisengesetz* (1938); MÜLLER, *Grundriss der Devisenbewirtschaftung*. Berlin-Wien, 1938; MEYER, *Devisenbewirtschaftung als neue Währungsform*, en *Weltwirtschaftliches Archiv*, 49 (1939), págs. 415 y sigs.; GIESE-NIEMANN, *Das Devisengesetz, systematischer Kommentar* (1939); BERGHOLD, *Devisenrecht*. Textausgabe (1939); SCHULTZE-SCHULTIUS, *Das neue Devisengesetz*, en *Devisen Archiv* (1938), págs. 1281 y sigs. y (1939), págs. 57 y sigs.; GURSKI-SCHULZ, *Devisengesetz vom 12-12-1938*. *Kurzkommentar* (1939); HAJEK, *Grundzüge der Devisenbewirtschaftung und des Devisenverkehrs in Deutschland* (1939); KLÜBER, *Die Neuordnung des Devisenrechts*, en *Zeitschrift der Akademie für deut-*

Esta ley se componía de siete secciones en las que se regulaban las materias siguientes: la primera se refería a las disposiciones generales sobre los funcionarios, sus poderes y normas de aplicación (13); la segunda sección prescribe la necesidad de obtener una autorización para la petición de divisas (14) cualquier pago debía ser realizado con dicha autorización (15), debido a las prohibiciones generales de cualquier transacción monetaria, bajo efecto de nulidad (16); la tercera sección daba medidas referentes para contener la

sches Recht (1939), págs. 17 y 94; KÜHNE, *Grundriss des Devisenrechts*, 2.ª ed. (1939); LUTZENER, *Die neuen Devisengesetze*. Textausgabe, 2.ª ed. (1939); TRIER, *Devisengesetzgebung*. Loseblatt Ausgabe (1939); id., *Der Kapitalverkehr im deutschen Devisenrecht*, 4.ª ed. (1939); TUROWSKI, *Neues Devisenrecht*. Textausgabe (1939); id., *Das Gesetz über die Devisenbewirtschaftung von 12-12-1938*, en *Das neue deutsche Reichsrecht*, III, D 4, de PFUNDTNER, NEUBERT; MEYER, *Le contrôle des changes en Allemagne*, en *Le contrôle des changes. II. Rapports nationaux*. Paris, 1947, págs. 13 a 82.

(13) Esta legislación estructura normativamente los poderes que ya se venían ejerciendo. Cfr. DREIST, *Ermessensentscheidungen der Devisenbehörden*, en *Devisen Archiv* (1936), págs. 458 y sigs.; EDLINGER, *Die Beziehungen zwischen den Devisenbehörden und den Gerichten*, en *Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrechts*, I, págs. 355 y sigs., y II, págs. 137 y sigs.

(14) La base del control de cambios se ejerce a través de las autorizaciones y licencias que se conceden particularmente, desde su iniciación. Cfr. GRÜBEL, *Die Bedeutung der Genehmigung im Devisenrecht*, en *Juristische Wochenschrift* (1932), págs. 1956 y sigs.; LASSEN, *Kann die Genehmigung im Sinne des § 6 der Devisenordnung von 1.8.1931 auch nachträglich erteilt werden?*, en *Juristische Rundschau* (1932), págs. 152 y sigs.; DIETRICH, *Ist eine Devisengenehmigung für die Veräußerung verpfändeter oder zur Sicherheit überreigneter Werte bei Fälligkeit der Devisenforderung erforderlich?*, en *Deutsche Justiz* (1934), págs. 1442 y sigs.; id., *Welche materiell-rechtliche Bedeutung hat die Devisengenehmigung?*, en *Deutsche Justiz* (1934), págs. 1404 y 1473; id., *Die Devisengenehmigung bei Verwertung von Sicherheiten*, en *Deutsche Justiz* (1935), págs. 718 y sigs.; id., *Der sachlich-rechtliche Einfluss der Devisengenehmigung*, en *Deutsche Justiz* (1935), págs. 783 y sigs.; THIELE, *Die Bedeutung der nachträglichen Devisengenehmigung im Devisenzivilrecht und für Zwangsvollstreckungsakte*, en *Juristische Wochenschrift* (1935), págs. 3130 y sigs.; BAERS, *Die Devisenrechtliche Anbotungspflicht*, en *Juristische Wochenschrift* (1935), páginas 1061 y sigs.; BÖHMER, *Anbotungs- und Genehmigungspflicht bei der Einziehung von Honorarforderungen gegen ausländische Mandaten bei deren inländischen Schuldner*, en *Juristische Wochenschrift* (1936), págs. 1742 y sigs.; PETSCHALT, *Der Begriff der Verfügung und der Genehmigung im Devisenrecht*. Diss. Berlin, 1937; WILMANN, *Lizenzen und andere gewerbliche, ideelle Leistungen im Devisenrecht*, en *Devisen Archiv* (1937), págs. 1073 y 1101; STANGE, *Zur Genehmigungspflicht bei Bürgschaftsübernahmen*, en *Devisen Archiv* (1938), págs. 485 y sigs.; THIELE, *Die Bedeutung der nachträglichen Genehmigung im Devisenstrafrecht*, en *Juristische Wochenschrift* (1938), págs. 721 y sigs.; GILLEN, *Die Zivilrechtliche Bedeutung der Erteilung oder Nichterteilung einer devisenrechtlichen Genehmigung (in bezug auf Schuldverhältnisse aus Verträgen)*. Diss. Köln, 1938; CAPPENBERG, *Die Bedeutung der devisenrechtlichen Genehmigung für das Privatrecht und das Verfahrensrecht*. Diss. Greifswald, 1939; NIEMANN, *Die devisenrechtliche Bedeutung der Verfügungsbefugnis*, en *Devisen Archiv* (1941), págs. 161 y sigs.

(15) Cfr. BAER, *Die devisenrechtliche Bedeutung des Kontokorrents*, en *Devisen Archiv* (1939), págs. 537 y sigs.; id., *Zahlungsfrist und Stundung bei Forderungen gegen Ausländer*, en *Devisen Archiv* (1939), págs. 1057 y sigs.

(16) Cfr. PFELTZER, *Die Wichtigkeit im Devisenrecht*, en *Zeitschrift der*

huída de capitales (17); la cuarta y quinta contenían medidas especiales jurídico-civiles y procesales civiles (18); la sexta dispuso medidas penales y de procedimiento penal, concluyendo la séptima con medidas finales y de carácter transitorio (19).

Esta ley fue complementada por nueve disposiciones posteriores dictadas en forma de decretos y constituyen la legislación vigente del período que comprende desde diciembre de 1938 a octubre de 1944, caracterizándose este régimen de la economía alemana por un riguroso control de cambios (20), que contrarresta, en su casi totalidad, las inversiones de capital extranjero (21).

La legislación de divisas, cuyo ámbito de aplicación se basa en el principio territorial de soberanía del Estado y, por lo tanto, tiene un alcance en cuanto a todas aquellas personas que residen en el país,

Akademie für Deutsches Recht (1938), págs. 57 y sigs.; KEMPER, *Zur Frage der Nichtigkeit im Devisengesetz*, en *Devisen Archiv* (1941), págs. 489 y sigs.

(17) Cfr. SCHAFFNER, *Kaufmännische Gepflogenheit und Devisenrecht im Ausfuhrgeschäft*, en *Devisen Archiv* (1938), págs. 809 y sigs.

(18) Anteriormente ya habían sido puestas de relieve, cfr. SCHULTZE, *Devisenbewirtschaftung und Zwangsvollstreckung*, en *Juristische Wochenschrift* (1932), págs. 2011 y 3162; BUSCHKE, *Devisennotrecht und Zivilprozess*, en *Deutsche Rechtszeitschrift* (1932), págs. 48 y sigs.; VOLKMAR, *Die Einwirkung des Devisennotrechts auf Zivilprozess und Zwangsvollstreckung*, en *Das Devisennotrecht in Rechtspflege und Wirtschaft* (1933), págs. 7 y siguientes; WEISS, *Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung unter dem Einfluss des Devisenrechts*, en *Juristische Wochenschrift* (1938), págs. 273 y sigs.; THODE, *Schiedsverfahren und Devisenrecht*, en *Devisen Archiv* (1938), págs. 289 y 349

(19) Las penas fueron desde la simple multa, prisión de cinco años a diez años, hasta la pena de muerte en tiempos bélicos, tal como había sancionado la Ley contra sabotaje económico ("Gesetz gegen Wirtschaftssabotage", del 1-XII-1936). Cfr. THIELE, *Die Bedeutung der nachträglichen Genehmigung im Devisenstrafrecht*, en *Juristische Wochenschrift* (1938), págs. 721 y sigs.

(20) Cfr. SEEGER, *Das Devisenrecht als Werkzeug der Devisenpolitik*, en *Devisen Archiv* (1937), págs. 245 y 273; PIETZUSCH, *Die Probleme der deutschen Devisenbewirtschaftung mit besonderer Rücksicht auf die auswärtige Handelspolitik*. Diss. Würzburg, 1937; PRUTSCHER, *Devisenbewirtschaftung und Organisation der Wirtschaft* (1939); NEUMANN, *Devisenwirtschaft im Angelpunkt der Wirtschaftspolitik*, en *Devisen Archiv* (1939), págs. 21 y sigs.; PIATER, *Le contrôle des changes dans l'économie du III^e Reich*. Paris, 1937; LUCKAS, *Theorie der Devisenzwangswirtschaft auf Grund der deutschen und ausländischen Erfahrungen von 1914-1940*. Jena, 1940; LOSSOS, *Bilanz der deutschen Devisenbewirtschaftung*. Jena, 1940; BAUER, *Devisenrecht und bürgerliche Rechtsflege* (1942); MÜLLER, *Ein Jahrzehnt Devisenbewirtschaftung*, en *Devisen Archiv* (1941), págs. 761 y sigs.; BONELL, *German control over international economic relations 1930-1940*. Urbana, 1940; *Foreign-trade and exchange controls in Germany. A report on the methods and policies of German foreign-trade control, with reference to the period 1931 to 1939*. Washington, 1942; CHILD, *The theory and practice of exchange control in Germany. A study of monopolistic exploitation international markets*. London, 1968.

(21) Cfr. VEITH, *Das Gesetz zur Regelung von Kapitalfälligkeiten gegenüber dem Ausland*, en *Bank Archiv* (1936), págs. 487 y sigs.; LIEFMANN-KEIL, *Die direkten Auslandsinvestitionen*, en *Jahrbuch für Nationalökonomie und Staat* 148 (1938); TRIER, *Der Kapitalverkehr im deutschen Devisenrecht*, 4.^a ed. (1939); LAURIE, *Private investment in a controlled economy. German 1933-1939*. New York, 1947.

también se proyecta respecto a los alemanes residentes en el extranjero (22).

Dado que las operaciones monetarias regidas por el control de cambios tienen un efecto por encima de las fronteras de uno o varios países, los conflictos de derecho internacional son su consecuencia más inmediata (23).

Con un control de divisas tan hermético, como el impuesto en esta época, el mercado de capitales extranjeros se restringía de tal modo que imposibilitaba los mecanismos normales, teniendo que recurrirse a una política de convenios bilaterales y multilaterales (24), a fin de conseguir los recursos exteriores necesarios o de sustituirlos por medio de clearings (25).

Con la segunda guerra mundial surgen medidas especiales para el control de cambios, especialmente las correspondientes a los patrimonios de enemigos (26).

Los años de ocupación militar aliada y, concretamente, el decenio 1945 a 1955, vuelve a instaurarse un severo control de cambios, que se concluirá con la firma del Protocolo de París del 23 de octubre de 1954 (Proclamación efectiva del 5. V. 1955), cuyo establecimiento

(22) Cfr. KLÜNDER, *Devisenpflichten des Inländers im Ausland*, en *Devisen Archiv* (1939), págs. 558 y sigs.

(23) Cfr. BLAU, *Rechtsgrundlagen der Devisengesetzgebung. Deutsches Devisenrecht — Internationales Privatrecht*, en *Deutsche St. Zeitschrift* (1932), páginas 34 y sigs.; DIETRICH, *Die internationale Bedeutung des Devisenrechts*, en *Juristische Wochenschrift* (1935), págs. 3013 y sigs.; LANGEN, *Währungspolitische Massnahmen im internationalen Privatrecht*, en *Juristische Wochenschrift* (1936), páginas 1869 y sigs.; DUDEN, *Französische Urteile über Umgehung der deutschen Devisengesetze*, en *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, X (1936), págs. 291 y sigs.; KOEPEL, *Die deutsche Devisengesetzgebung im internationalen Privatrecht*. Diss. Göttingen, 1938; NEUMANN, *Devisennotrecht und internationales Privatrecht*. Bern-Leipzig, 1941.

(24) Cfr. SCHÖLLHAMMER, *Gesetz über Zahlungsverbindlichkeiten gegenüber dem Ausland*, en *Juristische Wochenschrift* (1933), págs. 2689 y sigs.; SIMON, *Das sechste Stillhalteabkommen*, en *Bank Archiv* (1935), págs. 232 y 253; WEITH, *Gesetz zur Regelung von Kapitalfälligkeiten gegenüber dem Ausland*, en *Bank Archiv* (1936), págs. 487 y sigs.; HARTENSTEIN, *Zum Gesetz zur Regelung von Kapitalfälligkeiten gegenüber dem Ausland*, en *Devisen Archiv* (1937), páginas 705 y sigs.; TRIER, *Der Kapitalverkehr im deutschen Devisenrecht*, 4.^a ed (1939); *id.*; *Die Zahlungs- und Verrechnungsabkommen*, en *Devisen Archiv* (1939), páginas 565 y sigs.; GILL, *Zum neuen deutsch-schweizerischen Verrechnungsabkommen*, en *Devisen Archiv* (1939), págs. 945 y sigs.; HAJEK, *Grundzüge der Devisenbewirtschaftung und des Devisenverkehrs in Deutschland* (1939); DURR, *Grundriss des deutsch-schweizerischen Devisenrechts* (1942); DUDEN, *Die privaten Vorkriegsverträge Deutscher mit dem Ausland*, en *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 16 (1951), págs. 533 y sigs.

(25) Cfr. BAUER, *Devisenclearing. Eine neue Form des internationalen Zahlungsverkehrs*, en *Bankwissenschaft*, 8 (1931-1932), págs. 739 y sigs.; FISCHER, *Devisen-clearing. Die Entwicklung der Zahlungs- und Verrechnungsabkommen in Deutschland* (1937); MÜLLEREISERT, *Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht- von Schuld und Haftung im Clearing- im Devisenrecht*, en *Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht* (1938), págs. 295 y sigs.

(26) MÖHRING, *Die Behandlung feindlichen Vermögens im Inland*, en *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 7 (1940), págs. 125 y sigs.

obedecía a las seguridades que debían obtenerse para las cargas de reparación bélica y el mantenimiento de las fuerzas armadas (27).

El régimen de control de cambios de esta época viene establecido por una serie de normas dadas por las autoridades militares. La Ley Nr. 53 del Gobierno militar americano y británico, así como el Decreto Nr. 235 del Alto Comisario francés, del 19 de septiembre de 1949, son las medidas más fundamentales (28).

La entrega de facultades en materia de control de cambios a los funcionarios alemanes se dispone por la Ley Nr. 33, del 2 de agosto de 1950, que es una nueva revisión de la Ley Nr. 53 ("neue Fassung") (29).

Hasta el año 1950 las inversiones de capital extranjero fueron prohibidas por las fuerzas aliadas de ocupación y tan sólo ciertas inversiones norteamericanas se efectuaron a través del Plan Marshall (30). La situación de ocupación militar y el régimen de control de cambios constituían un impedimento a las nuevas inversiones de capital extranjero (31).

En régimen de control de cambios de este período repercute de un modo muy especial en el ámbito de las relaciones jurídico privadas en

(27) Cfr. EKELMANN, *Aufhebung alliierter Vorbehalte zur Ueberwachung des Aussenhandels und der Devisenwirtschaft*, en *Deutsche Devisenrundschaу* (1953), págs. 109 y sigs.; KUTSCHER, *Die alliierten Vorbehalte zur Ueberwachung der Devisenwirtschaft nach dem Bonner Vertragswerk*, en *Der Betriebs-Berater* (1953), págs. 154 y sigs.; WÜNSCH, *Zum Einfluss der Pariser Verträge auf die Devisenüberwachung*, en *Deutsche Devisenrundschaу* (1956), págs. 23 y sigs.

(28) Cfr. BANK DEUTSCHER LAENDER y H. DÖLLE, *Allemagne. Information générale*, en *Le contrôle des changes. Ses répercussions sur les institutions juridiques*, de HAMEL, BERTRAND y ROBLLOT, Paris, s. a., págs. 124 y sigs.

(29) Cfr. DÖLLE-ZWEIGERT, *Gesetz Nr. 52 (1947)*; VETTER, *Zur Wirksamkeit nach Gesetz 52/53 genehmigungspflichtiger Rechtsgeschäfte*, en *Der Versicherungsnehmer* (1950), págs. 9 y sigs.; LAFORET, *Der Begriff "Ermächtigung" (Art. I 1 d und 2 MRG Nr. 53)*, en *Deutsche Devisenrundschaу* (1951), páginas 26 y sigs.; id., *Der Begriff des "Geschäfts" ("transaction")*, en *Deutsche Devisenrundschaу* (1951), págs. 33 y sigs.; SCHRAMM, *Zur Auslegung des Art. I 1 d Militärregierungssetz Nr. 53*, en *Deutsche Devisenrundschaу* (1954), páginas 128 y sigs.; GURSKI, *Die Neufassung des Militärregierungsgesetzes Nr. 53 (1954)*; ECKELMANN, *Die Grundzüge der gegenwärtigen Devisenüberwachung (AHK Gesetz 33)*, en *Deutsche Devisenrundschaу* (1956), págs. 44, 67 y 86; DITGES, *Die Fortgeltung der Gesetze Nr. 53 und 33 als Deutsches Aussenwirtschaftsrecht*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1957), págs. 170 y 896; LANGE, *Zur Fortgeltung des Gesetzes Nr. 53 im Interzonenhandel*, en *Deutsche Aussenwirtschafts-Rundschaу* (1963), págs. 81 y sigs.

(30) Cfr. DIETZ, *Der Marshallplan und seine Auswirkungen auf die westliche Welt (Vortrag im Amerikahaus Frankfurt am Main am 26-9-1967)*. Frankfurt am Main, 1967.

(31) Cfr. EVERITT, *Germany's Answer to the Risk Capital Problem*, en *The Banker*, XCV (1950), págs. 233 y sigs.; GURSKI, *Ausländische Investitionen*, en *Der Betriebs-Berater* (1950)), págs. 429 y ss.; HEUSS, *Langfristige Auslandskredite*, en *Finanz Archiv*, 12 (1950-1951); HAMMERLE, *Stand der Devisengesetzgebung für den Kapitalverkehr am 31-12-1950*, en *Deutsche Notarzeitschrift* (1951), páginas 24 y sigs.; DEUTSCHES WIRTSCHAFTSINSTITUT, *Ausländische Beteiligungen an westdeutschen Unternehmungen*. Berlin, 1951.

su alcance nacional e internacional (32), así como en todos aquellos negocios que implican transferencias de divisas, los cuales están necesitados de una autorización de la administración económica del Estado, condición necesaria para la realización y ejecución de la operación de transferencia de la moneda (33).

(32) Cfr. ABEL, *Anerkennung ausländischer Währungsmaßnahmen*, en *Juristische Blätter* (1950), págs. 112 y sigs.; DÖNHÖFF, *Die gegenseitige Anerkennung devisengesetzlicher Bestimmungen, insbesondere in der internationalen Handelschiedsgerichtsbarkeit*, en *Der Betriebs-Berater* (1950), págs. 413 y sigs.; DUDEN, *Die Auswirkung von Änderungen der Valutakurse auf internationale Zahlungen* (Deutsche Landesreferate zum 3. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London, 1950). Berlin-Tübingen, 1950; RÖPKE, *Devisenzwangswirtschaft: Das Kardinalproblem der internationalen Wirtschaft, en Aussenwirtschaft* (1950), págs. 21 y sigs.; HEHEMANN, *Die Anwendung von Devisengesetzen im internationalen Obligationenrecht*. Diss. Köln, 1951; HEINRICHS, *Inländer und Ausländer im Sinne des Devisenrechts, en Deutsche Devisenrundschaue* (1931), págs. 4 y sigs. KREUZ, *Deviseninländer-Devisenausländer*, en *Der Betrieb* (1951), págs. 561 y sigs.; LANGEN, *Devisenrecht vom Ausland her gesehen, en Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen* (1951), págs. 294 y sigs. SCHNEIDER-LUDORFF, *Deviseninländer oder Devisenausländer?*, en *Der Betriebs-Berater* (1931), págs. 738 y sigs.; BAUMANN, *Atlantikpakt der Konzerne. Die internationale Kapitalverflechtung in Westdeutschland*. Berlin, s. a. [1952]; STIEFEL, *Deutsches Devisenrecht vor amerikanischen Gerichten, en Der Betriebs-Berater* (1952), págs. 957 y sigs.; MANN, *Der Internationale Währungsfonds und das Internationale Privatrecht, en Juristenzeitung* (1953), págs. 442 y sigs.; RAATPE, *Internationales Privatrecht*, 1.^a ed. § 50 a, 2.^a ed. § 53; SCHRAMM, *Die Auswirkungen der devisenrechtlichen Verbote im internationalen Privatrecht, en Deutsche Devisenrundschaue* (1953), págs. 33 y sigs.; SCHÜTTE, *Anerkennung ausländischen Devisenrechts durch amerikanische Gerichte, en Nachrichten der Studien Gesellschaft für privates Ausländische Inter.*, 15 (1954), págs. 41 y sigs.; BÜLCK, *Anerkennung ausländischen Devisenrechts, en Jahrbuch für internationales Recht*, 5 (1955), págs. 112 y sigs.; CZAPSKI, *Inwieweit müssen die Gerichte eines Landes die Devisenbestimmungen eines anderen Landes berücksichtigen?*, en *Recht der internationalen Wirtschaft* (1955), págs. 93 y sigs.; WABNITZ, *Der Zwischenstaatliche Zahlungsabkommen*. Göttingen, 1955; WOLFRAM, *Die Devisenbewirtschaftung und die internationalen Gemeinschaften für die Neuordnung der Wirtschaft, en Deutsche Devisenrundschaue* (1955), págs. 81 y sigs.; SEIDL-HOHENVELDERN, *Probleme der Anerkennung ausländischer Devisenbewirtschaftungsmaßnahmen, en Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, VIII (1957), págs. 82 y sigs.; LANGEN, *Internationale Zahlungsabkommen*. Tübingen, 1958; LÜBCHEN, *Die im internationalen Rechtsverkehr zu beachtenden devisenrechtlichen Bestimmungen, en Neue Justiz* (1959), págs. 367 y sigs.; SCHWIND, *Zur Frage der Anwendung ausländischen Devisenrechts, en Juristische Blätter*, 81 (1959), págs. 65 y sigs.; KAEGL, *Der Einfluss des Devisenrechts auf internationale Schuldrechtliche Verträge*. Winterthur, 1961; ERNST, *Bedeutung des Gesetzeszweckes im internationalen Währungs- und Devisenrecht*. Berlin, 1963; GOLD, *Das Währungsabkommen von Bretton Woods vom 22-VI-1944 in der Rechtsprechung, en Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht* (1963), págs. 606 y sigs.; STAUDINGER-WEBER, *Kommentar zum B. G. B. II. Recht der Schuldverhältnisse. Devisenrecht*, 11 ed. Berlin, 1967, págs. 709 y sigs.

(33) Cfr. VETTER, *Zur Wirksamkeit nach Gesetz 52/53 genehmigungspflichtiger Rechtsgeschäfte*, en *Der Versicherungsnehmer* (1950), págs. 9 y sigs.; EROSS, *Devisengenehmigung für die Rückversicherung, en Versicherungswirtschaft* (1950), págs. 26 y sigs.; X, *Nachträgliche Genehmigung in Devisensachen, en Der Betrieb* (1951), págs. 1006 y sigs.; HOERSTEL, *Ist die GmbH-Gründung durch Deviseninländer im Auftrage eines Devisenausländers und das Abtretungs-*

El incumplimiento de estas normas da lugar a sanciones penales, cuyo carácter y alcance tienen un ámbito especial (34).

sangebot der Geschäftsanteile an den Ausländer ohne Genehmigung nach MRG 53 nichtig?, en *Der Betrieb* (1952), págs. 530 y sigs.; SCHMIDT, *Die nachträgliche Genehmigung*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1952), págs. 9 y sigs.; LANGE, *Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Auswirkungen*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, 152-3 (1952), págs. 241 y sigs.; HOCKE, *Bietungs- und Anzahlungsgarantien im Auslandsgeschäft ohne BdL-Genehmigung*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1953), págs. 151 y sigs.; MEYER-MARSILIUS, *Unter dem Vorbehalt späterer Devisengenehmigung abgeschlossene Einfuhrverträge?*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1953), págs. 650 y sigs.; SCHUTZ, *Die devisa-rechtliche Verwalter- und Aderkontengenehmigung*, en *Haus und Wohnung* (1953), págs. 306 y sigs.; WESENBERG, *Der Rechtscharakter der von der Bank deutscher Länder erteilten devisa-rechtlichen allgemeinen Genehmigungen*, en *Archiv für öffentliches Recht*, 80 (1953), págs. 102 y sigs.; von BERINGE, *Die Anmeldepflicht im Devisenrecht*, en *Der Betriebs-Berater* (1954), págs. 734 y siguientes; DOMKE, *Auslandsanerkennung der Rückwirkung von Devisengenehmigungen*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1954), págs. 229 y sigs.; ENDEMANN, *Zum Problem der Lizenzübertragung*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1954), páginas 183 y sigs.; FINERT, *Inwieweit bedarf die Bezahlung von Steuern ausländischer Steuerschuldner einer devisa-rechtlichen Genehmigung?*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1954), págs. 127 y sigs.; FREISSINET, *Die nachträgliche Bezugsgenehmigung bei Verbringungshandlungen im Warenverkehr mit den Währungsgebieten der DM- Ost*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1954), páginas 210 y sigs.; MOSHEIM, *Die nachträgliche Genehmigung von Verbringungshandlungen, insbesondere ihre Rechtswirksamkeit in Bezug auf die Einziehung*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1954), págs. 124 y sigs. DOMKE, *Nochmals: Zur Auslandsanerkennung rückwirkender Devisengenehmigungen*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1955), págs. 226 y sigs.; GRABAU, *Keine allgemeine Genehmigung für Sicherheitsleistungen durch Wechselbegebung an Devisen-ausländer*, en *Der Betriebs-Berater* (1955), págs. 713 y sigs.; KUHN, *Rückwirkende Gültigkeit allgemeiner Genehmigungen (Westzone und West-Berlin)*, en *Der Betriebs-Berater* (1955), págs. 530 y sigs.; LAUMANN, *Der Einfluss nachträglicher Genehmigungen auf die Strafbarkeit von Devisenzwiderhandlungen*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1955), págs. 106 y sigs.; X, *Devisa-rechtliche Genehmigung bei der Veräußerung oder dem Erwerb gewerblicher Schutzrechte*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1956), págs. 737 y sigs.; FRANZ, *Der Einfluss der Genehmigungserschleichung auf die Gültigkeit des Devisengeschäfts*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1956), págs. 161 y sigs.; FRITZE, *Verfügung vor Erteilung der behördlichen, insbesondere der devisa-rechtlichen Genehmigung*, en *Devisenrundscha* (1956), págs. 538 y sigs.; GURSKI, *Genehmigungsbedürftige Geschäfte im Rahmen der Rechtspflege*, en *Blattei Handbuch (Rechts- und Wirtschafts-praxis). Devisenbewirtschaftung*, in 3; HACKL, *Die nachträgliche Devisengenehmigung*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1956), págs. 130 y sigs.; HOFFMANN, *Die devisa-rechtliche Genehmigung*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1956), págs. 167, 185, 206, 227 y (1957) págs. 6, 24 y 44; SCHMIDT, *Die wichtigsten noch erforderlichen Deviseneinzelgenehmigungen*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1956), páginas 142 y sigs.; X, *Devisa-rechtliche Genehmigung im Zusammenhang mit Belastungen ausländischer Grundstücke*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1958), páginas 106 y sigs.; GOLTZ, *Konvertierbarkeit der DM und Genehmigungserfordernis nach § 3 des Währungsgesetzes*, en *Der Betrieb* (1959), págs. 339 y siguientes; KARL, *Nachträgliche Devisengenehmigung für erloschene Reichstitel*, en *Der Betriebs-Berater* (1961), pág. 702, y (1965), págs. 221 y sigs.

(34) Cfr. LAUE, *Dinglicher Arrest gegenüber Ausländern*, en *Der Betriebs-Berater* (1949), págs. 500 y sigs.; HOCKE, *Zum Devisenstrafrecht und zum Devisenstrafverfahren*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1951), págs. 9 y sigs.; WOLFRAM, *Die Beschlagnahme bei Verstößen gegen die Devisenbewirtschaftungs-*

La aplicación de esta reglamentación por los funcionarios del control de cambios tiene un alcance concreto en cuanto a su derecho de pedir información (35), así como el que se refiere al ámbito de las personas a quienes se dirige (36).

Las repercusiones de las normas de la administración económica del Estado en el Derecho privado (37) son especialmente notables en

gesetz, en *Deutsche Devisenrundscha* (1951), págs. 76 y sigs.; BERGOLD, *Ordnungswidrigkeiten und Wirtschaftsstraftaten bei Devisenvergehen*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1952), págs. 405 y sigs.; SEUT, *Die Sonderprobleme des Devisenstrafrechts gegenüber dem allgemeinen Strafrecht*. Diss. Frankfurt am Main, 1952; LAUMANN, *Strafbarkeit fahrlässigen Verhaltens im Devisenrecht*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1952), págs. 86 y sigs.; PINGEL, *Überblick über das geltende Devisenstraf- und Strafverfahrensrecht*, en *Juristenzeitung* (1952), págs. 549 y sigs.; WILMANN y URBACH, *Strafbarkeit juristischer Personen nach dem gegenwärtigen Devisenrecht?*, en *Der Betriebs-Berater* (1953), págs. 102 y sigs.; ECKELMANN, *Zur Anwendbarkeit des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten im Devisenstrafrecht*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1953), págs. 49 y sigs.; SCHULZ, H. F., *Die Höhe der Geldbusse bei Devisenzwiderhandlungen*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1953), páginas 1619 y sigs.; LAUMANN, *Straffreiheitsgesetz 1954 und Devisenüberwachung*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1954), págs. 161 y sigs.; MÜLLER, E. E., *Schuldtheorie und Devisenstrafrecht*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1954), páginas 23 y sigs.; STALDBAUR, *Die Beschlagnahme im Devisenstrafrecht*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1954), págs. 41 y sigs.; SCHMIDT, R. G., *Devisenstrafrecht und Liberalisierung*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1955), páginas 84 y sigs.; *id.* *Die Liberalisierung des deutschen Devisenstrafrechts (Aussenwirtschaftsstrafts)*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1958), págs. 201 y sigs.; LANGE, *Die Einstellung des Verfahrens bei Wirtschaftsstraftaten im Devisenrecht*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1958), págs. 21 y sigs.; SCHMIDT, R. G., *Die Problematik in der strafrechtlichen Weiteranwendung des Militärregierungs-gesetzes 53*, en *Deutsche Aussenwirtschafts-Rundscha* (1963), págs. 6 y sigs.

(35) Cfr. HOFMANN, *Das Auskunftrecht der Devisenbehörden nach den Devisenbewirtschaftungs- und Überwachungsgesetzen*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1952), págs. 18 y sigs.; SCHMIDT, R. G., *Der Auskunftsanspruch der Devisenbehörden und seine Grenzen*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1955), páginas 146 y sigs.

(36) Cfr. HAUMANN, *Umfang der Prüfungspflicht eines Deviseninländers hinsichtlich der devisenrechtlichen Zulässigkeit bei Annahme von Zahlungen von einem Devisenausländer*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1951), págs. 71 y sigs.; DÖNHOF, *Zivilrechtliche Behandlung von Devisenwerten*, en *Der Betriebs-Berater* (1951), págs. 11 y sigs.; GURSKI, *Personen ausserhalb des Gebietes gleich Devisenausländer?*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1952), páginas 81 y sigs.; WILFFERODT, *Devisenausländer und "Personen ausserhalb des Gebietes"*, en *Deutsche Devisenrundscha* (1952), págs. 129 y sigs.; MELLWITZ, *Gebietszugehörige oder gebietsfremde Person?*, en *Der Betriebs-Berater* (1953), páginas 96 y sigs.; MAHLER, *Gebietszugehörige und gebietsfremde Personen im Sinne des Devisenrechts*, en *Der Betriebs-Berater* (1953), págs. 104 y sigs.

(37) Cfr. WESENBERG, *Bemerkungen zum neuen Devisenprivatrecht*, en *Juristische Rundschau* (1950), págs. 673 y sigs.; *id.*, *Das Devisenrecht in der zivilistischen Praxis*, en *Der Betriebs-Berater* (1952), págs. 363 y sigs.; MERTMANN, *Die Verbotswidrig getätigten Rechtsgeschäfte nach den Devisenbewirtschaftungsgesetzen*. Diss. Köln, 1952; GERHARD y DÖLLE, *Droit privé, en Le contrôle des changes. Ses répercussions sur les institutions juridiques*, de HAMEL, BERTRAND, ROBLOT. Paris, s. a., págs. 127 y sigs.

las relaciones patrimoniales (38), en las mercantiles del Derecho de sociedades (39) y en los procedimientos de concurso y quiebra (40),

(38) Cfr. WILMANN, *Zur Verwaltung inländischen Vermögens von Ausländern in der britischen Zone*, en *Zentraljustizblatt für die britische Zone* (1947), págs. 111 y sigs.; HUG, *Sperre und Liquidation deutscher Vermögenswerte und ihre Wirkung auf die privaten Rechtsverhältnisse. Staat und Wirtschaft*. Festgabe zum 70. Geburtstag von Hans Nawiasky (1950), págs. 66 y sigs.; SCHULZ, H. F., *Die Annahme von Zahlungen zu Gunsten von Devisenausländern durch inländische Vermögensverwalter*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1951), páginas 144 y sigs.; SCHUTZ, *Grundstückskauf und Devisenrecht* (West-Berlin), en *Haus und Wohnung* (1952), págs. 186 y sigs.; X, *Verfügungsberechtigung eines Devisenausländers über Auslandsvermögen eines Deviseninländers mittels Vollmacht*, en *Der Betrieb* (1953), págs. 371 y sigs.; HOCKE, *Transfer von Erträgen aller Vermögensanlagen*, en *Deutsche Devisenrundschaue* (1953) páginas 182 y sigs.; URBACH y WILMANN, *Verwendungsmöglichkeiten für gesperrtes inländisches Auslandsvermögen*, en *Monatsschrift für Deutsches Recht* (1954), págs. 71 y 131.

(39) Cfr. JANBERG, *Kapital- und Personengesellschaften im Devisenrecht*, en *Rundschaue für Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (1951), págs. 53 y sigs.; HOERSTEL, *Ist die GmbH-Gründung durch Deviseninländer im Auftrage eines Devisenausländers und das Abtretungsangebot des Geschäftsanteiles an den Ausländer ohne Genehmigung nach MRG 53 nichtig?*, en *Der Betrieb* (1952), págs. 530 y sigs.; JANBERG, *Das Devisenrecht der GmbH und anderer Kapitalgesellschaften*, en *Rundschaue für Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (1954), págs. 17 y 48 y sigs.; SCHILLING, *Zweigniederlassung und Tochtergesellschaft im deutschen Niederlassungsrecht*, en *Recht der internationalen Wirtschaft* (1954), págs. 38 y 33.

(40) Cfr. DÖNHOF, *Die gegenseitige Anerkennung devisengesetzlicher Bestimmungen, insbesondere in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, en *Der Betriebs-Berater* (1950), págs. 413 y sigs.; X, *Devisenrechtliche Bestimmung des Begriffs "Geschäft" im Prozessrecht*, en *Der Betrieb* (1951), págs. 111 y sigs.; MOSHEIM, *Welche Prozesshandlungen sind genehmigungspflichtig?*, en *Der Betrieb* (1951), págs. 382 y sigs.; WESENBERG, *Devisengenehmigung und Urteil*, en *Deutsche Richterzeitung* (1951), págs. 209 33; X, *Devisenrechtliche Genehmigung von Leistungsurteilen und Versendung von Vollstreckungstiteln*, en *Deutsche Devisenrundschaue* (1952), págs. 109 y sigs.; STECHER, *Zum Verfahren über die Durchführung von Zwangsvollstreckungen im Ausland*, en *Deutsche Devisenrundschaue* (1952), págs. 119 y sigs.; WINDEN, *Devisenrechtliche Genehmigung im Zivilprozess*, en *Der Betrieb* (1952), págs. 428 y sigs.; MATHIEU, *Die Teilnahme eines Devisenausländers an einem Konkursverfahren im Bundesgebiet*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1953), págs. 523 y sigs.; PINGEL, *Über die Bedeutung der devisenrechtlichen Genehmigung in der Zwangsvollstreckung*, en *Deutsche Devisenrundschaue* (1953), págs. 161 y sigs.; id., *Über die Bedeutung der Devisenrechtlichen Genehmigung im Rechtsstreit*, en *Deutsche Devisenrundschaue* (1953), págs. 129 y 147; SCHUTZ, *Prozessrechtliche Fragen des Devisenrechts*, en *Juristische Rundschau* (1953), págs. 243 y sigs.; SCHUPP, *Deutsche Prozessführung im Ausland und ausländisches Klagenverfahren vor deutschen Gerichten aus der Sicht des neuen deutschen Devisenrechts*, en *Juristische Rundschau* (1955), págs. 9 y sigs.; MÜLLER, E. H., *Erfordernisse und Bedeutung devisenrechtlicher Genehmigungen für Urteile und sonstige gerichtliche Entscheidungen*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1955), págs. 1503 y sigs.; X, *Devisengenehmigungen bei Urteilen und sonstiger gerichtlichen Entscheidungen*, en *Der Betriebs-Berater* (1955), págs. 488 y sigs.; BERNER, *Devisenrechtliches in der Zwangsvollstreckung*, en *Der Deutsche Rechtspfleger* (1956), págs. 61 y sigs.; GOLTZ, *Einfluss des Devisenrechts auf Zivilprozess und Zwangsvollstreckung*, en *Der Betrieb*, 44 (1956); WAGNER, *Die devisenrechtliche Genehmigung im Zivilprozess*, en *Juristische Zeitung*

en el régimen bancario de cuentas y transferencias (41), en todo género de pagos al exterior (42), hasta los procedentes de herencias (43).

(1956), págs. 82 y sigs.; BERNER, *Devisenrechtliche Genehmigung und Zwangsvollstreckung* en *Der Deutsche Rechtspflege* (1958), págs. 361 y sigs.

(41) Cfr. BESTERS, *Die moderne Transfertheorie*, en *Weltwirtschaftliches Archiv*, 69 (1951), págs. 1 y sigs.; X, *Vollmacht des Devisenausländers über ein Inländerkonto*, en *Der Betrieb* (1952), págs. 486 y sigs.; MAHLER, *Führung von Währungskonten* (*Wz*), en *Der Betriebs-Berater* (1953), págs. 541 y sigs.; id., *Errichtung von Bankkonten durch Bau- und Montagefirmen im Ausland erleichtert*, en *Der Betriebs-Berater* (1954), págs. 575 y sigs.; WILHELM, *Der private Kapitalexport*, en *Deutsche Devisenrundschaue* (1954), págs. 201 y sigs.; DEMMEL, *Können Zahlungen aus "liberalisiertem Kapitalkonto" als devisengleiche Zahlungen im Sinne des Ausfuhrförderungsgesetzes angesehen werden?*, en *Der Betriebs-Berater* (1954), págs. 962 y sigs.; X, *Liberalisierte Kapitalkonten: Ein wichtiger Schritt zur Lockerung der Devisenbewirtschaftung*, en *Der Betrieb* (1954), págs. 820 y sigs.; BEYER, *Kurzfristige Überziehung liberalisierter Kapitalkonten*, en *Deutsche Devisenrundschaue* (1958), págs. 101 y sigs.; EBERSTEIN, *Zins- und Schadensersatzansprüche wegen Transferrückstände im gebundenen Zahlungsverkehr, en Ausseiwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters* (1958), págs. 22 y sigs.; MAHLER, *Die Bedeutung von Fremdwährungskonten für Deviseninländer*, en *Ausseiwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters* (1958), págs. 92 y sigs.

La política económica de control de cambios acude a dos técnicas bancarias, principalmente, en sus periodos más precarios de divisas: la del "clearing" y la del "switch". Para la primera, cfr. BAUER, *Devisenclearing; eine neue Form des internationalen Zahlungsverkehrs*, en *Bankwissenschaft*, 8 (1931-1932), págs. 739 y sigs.; HUG, *Das Clearingrecht und seine Einwirkung auf die vertraglichen Schuldverhältnisse*, en *Zeitschrift für schweizerisches Recht* (1936), págs. 393 y sigs.; TRECHSEL, *Vertrag und Clearingrecht*, Zürich, 1948; MICHAELI, *Das schwedische Zwangsclearing*, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 14 (1951-1952), págs. 315 y sigs.; LANGEN, *Clearing und Zwangs-Clearing im Lichte des Eigentums-Schutzes, en Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1 (1954), págs. 6 y sigs.; TRAUTMANN, *Vom Clearing und zum internationalen Finanzgeschäft*, en *Der Volkswirt*, 41 (1958), págs. 13 y sigs.; WASSILEW, *Die rechtliche Regelung der internationalen Zahlungen durch Clearing im internationalen Handel zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsstruktur, en Fragen des internationalen Privatrechts*, dirigido por H. Wiemann, Berlín (Ost.), 1958, págs. 184 y sigs.; KLINKMÖLLER, *Das "multilaterale Clearing" zwischen RgW-Länder, en Osteuropawirtschaft*, 3 (septiembre 1966), págs. 220 y sigs. Para la técnica del "switch", cfr. LIPPERT, y otros, *Switchgeschäft*, en *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen* (1953), págs. 400 y 434; BEHNKEN, *Das Switchgeschäft*, en *B Fu P*, 12 (1954), págs. 695 y sigs.; KUHN, *Zur Zulässigkeit von Switchgeschäften mit dem Verrechnungs- und Dollarraum*, en *Der Betriebs-Berater* (1955), págs. 530 y sigs.; RUDIN, *Das devisenpolitische Dreiecksgeschäft und seine volkswirtschaftliche Bedeutung unter besonderer Berücksichtigung des Switch*. Diss. Bern, 1958; FESKE, *Switchgeschäfte*, en *HWB*, III (1962).

(42) Cfr. WESENBERG, *Devisenrecht und ordre public*, en *Juristische Rundschau* (1951), págs. 435 y sigs.; MASSERER, *Zahlungen an das Ausland. Ein Überblick über die bestehenden Transfermöglichkeiten nach den Stand von 15.3.1954*, en *Der Betriebs-Berater* (1954), págs. 233 y sigs.; SCHUPP, *Die Bezahlung von Anzeigen und Werbemaßnahmen deutscher Firmen im Ausland, en Recht der internationalen Wirtschaft* (1954), págs. 21 y sigs.; GOLTZ, *Erfüllung einer Auslandsverbindlichkeit durch Zahlung auf ein liberalisiertes Kapitalkonto*, en *Recht der internationalen Wirtschaft* (1955), págs. 153 y sigs.; X, *Anderung und Neufassung der Bestimmungen über zulässige Zahlungswege*

2. *Primera etapa legislativa tendente a liberalizar las inversiones de capital extranjero en la República Federal Alemana: el régimen de autorizaciones de las circulares para la economía exterior.*

El Gobierno de la República Federal Alemana fue consciente de la necesidad de que se realizasen inversiones de capital extranjero, tanto por su significado político como por su importancia económica, tal como lo había proclamado su representante más caracterizado y artífice de una economía de libre mercado, idónea a esta finalidad (44).

A partir del año 1951, las inversiones de capital extranjero se hacen patentes y comienzan a ser un elemento de aceleración para la economía alemana (45), si bien las primeras medidas generales para el régimen de inversiones de capitales extranjeros aparecen el 22 de diciembre de 1954, complementadas por otras disposiciones del 10 de junio de 1955 (46).

Con estas disposiciones se trata de liberalizar el mercado de capitales de las normas anteriores de control de cambios (47), generalizándose las autorizaciones para llevar a cabo las inversiones.

im Zahlungsverkehr mit dem Ausland, en *Deutsche Devisenrundschau* (1956), págs. 89 y sigs.; X, *Neuregelung für Rechtsgeschäfte und verschiedener Zahlungen im Zeichen der Liberalisierung* (1956), págs. 90 y sigs.; REITH, *Zahlungen, die auch nach Inkrafttreten des RA 90/54 unzulässig sind*, en *Deutsche Devisenrundschau* (1956), págs. 4 y sigs.; MASSERER, *Der Zahlungsverkehr der Bundesrepublik Deutschland mit dem Ausland*, en *Recht der internationalen Wirtschaft* (1957), págs. 37 y sigs.

(43) Cfr. WESENBERG, *Zur Erbschaftsausschlagung im Devisenrecht*, en *Deutsche Devisenrundschau* (1953), págs. 164 y sigs.

(44) ERHARD, *Wirtschaftliche und politische Bedeutung der privaten Auslandsinvestitionen*, en *Schriftenreihe der Gesellschaft zur Förderung des Schutzes von Auslandsinvestitionen*, Cuaderno I, Köln, págs. 31-41. También: SEUFFERT, *Die Bedeutung des Auslandsvermögens für Lebenshaltung und Wirtschaft*. Heidelberg, 1955.

(45) Véase: All. Gen. Nr. 21/49 Neufassung (I.I.1951), cfr. SCHULZ, *Die Runderlasse der Aussehwirtschaft des Bundesministeriums*, en *Deutsche Devisenrundschau* (1951), págs. 61 y sigs.; RHEIN-MAIN-BANK, *Ausländische Beteiligungen an westdeutschen Unternehmungen*, Berlín, 1951.

(46) Bundesanzeiger Nr. 249, del 28 diciembre 1945; Runderlass Aussehwirtschaft Nr. 42/55; Bundesanzeiger Nr. 113, de 1955. Cfr. GOLTZ, *Ausländische Investitionen im Bundesgebiet*, en *Der Betrieb* (1955), págs. 597 y sigs.; LEPENIES, *Auslandsinvestitionen in der Bundesrepublik*, en *Der Betriebs-Berater* (1955), págs. 3 y sigs.; id., *Weitere Liberalisierung ausländischer Investitionen im Bundesgebiet und in West-Berlin*, en *Der Betriebs-Berater* (1955), págs. 523 y sigs.; GURSKI, *Auslandsvermögen in Deutschland*, Blattei Handbuch Recht und Wirtschaftspraxis, pestaña 4; BERNARD, *Ausländische Investitionen im Bundesgebiet*, en *Deutsche Devisenrundschau* (1956), págs. 26 y sigs.; SCHUTTE, *Auslandsinvestitionen in Westdeutschland*, en *Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen*, I (Frankfurt am Main, 1957), págs. 119 y sigs.; BAADÉ, *Gesetzgebung zur Förderung ausländischer Kapitalanlagen*, Frankfurt am Main Berlín, 1957, pág. 19 n. 7.

(47) Cfr. FEEST, *Inhalt und Grenzen der Sperrmark Investitionsdarlehen*, en *Deutsche Devisenrundschau* (1952), págs. 36 y sigs.; LIPFER, *Sperrmark heute und morgen*, en *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen* (1953), págs. 573 y sigs.; GRIGAT, *Die transferierbaren Sperrmarkguthaben*, en *Zeitschrift für das gesamte*

Dicha liberalización también se promovía respecto a los pagos en el exterior (48), al dar más agilidad al tráfico de títulos-valores (49) y al establecimiento de empresas y sociedades (50).

En los primeros años postbélicos fue el capital americano el que acudió con mayor prontitud y el que había de marcar la pauta de las inversiones de capital extranjero en la República Federal (51).

Por su parte, las corporaciones y los economistas alemanes investigan y estudian las posibilidades de inversión (52), estructuran los me-

Kreditwesen (1954), págs. 437 y sigs.; FEEST, *Von der Sperrmark zur Kapitalmark*, en *Deutsche Devisenrundschau* (1955), págs. 21 y sigs.

(48) Cfr. WOERNER, *Die Bedeutung der Transferermöglichkeit dem Runderlass Aussenwirtschaft Nr. 89/53 für die Anwendung devisenrechtlich bedingter Schutzvorschriften*, en *Wertpapiermitteilungen* Teil IV. B (1953), págs. 829 y siguientes; MASSERER, *Zahlungen in das Ausland. Ein Überblick über die bestehenden Transfermöglichkeiten nach dem Stand von 5-3-1954*, en *Der Betriebs-Berater* (1954), págs. 233 y sigs.; MAHLER, *Bezahlung von Ausländischen Dienstleistungen. Zur Auslegung des Runderlasses Aussenwirtschaft 32/54*, en *Der Betriebs-Berater* (1954), págs. 701 y sigs.; REITH, *Zahlungen, die auch nach Inkrafttreten des Runderlasses Aussenwirtschaft 90/54 unzulässig sind*, en *Deutsche Devisenrundschau* (1956), págs. 4 y sigs.; MASSERER, *Der Zahlungsverkehr der Bundesrepublik Deutschland mit dem Ausland*, en *Recht der Internationalen Wirtschaft* (1957), págs. 37 y sigs.

(49) Cfr. *Sperre von Wertpapierdepots nach § 26 Abs 2 UmfG?*, en *Der Betrieb* (1948), págs. 306 y sigs.; GOLTZ, *Devisenrechtliche Beschränkungen des Wertpapierverkehrs*, en *Betriebs-Berater* (1955), págs. 1040 y sigs.; *Wichtige Aederungen auf den Gebiet des Kapitalverkehrs, insbesondere des Wertpapierrechts*, en *Deutsche Devisenrundschau* (1956), págs. 9 y sigs.; WOERNER, *Wertpapierverkehr mit dem Ausland*, en *Sonderbeilage Nr. 10/1956. Wertpapiermitteilungen Teil IV B Nr. 49*; GOLTZ, *Lockerung der devisenrechtlichen Beschränkungen des Wertpapierverkehrs*, en *Der Betrieb* (1957), págs. 133 y 157.

(50) Cfr. SCHILLING, *Zweigniederlassung und Tochtergesellschaft im deutschen Niederlassungsrecht*, en *Recht der internationalen Wirtschaft* (1954), páginas 38 y sigs.

(51) Cfr. *Amerikanische Beteiligung an westdeutschen Unternehmen*, en *Berichte des Deutschen Wirtschafts - Instituts*, II-7/8 (1951), págs. 1 y sigs.; WERTHEIMER, *Voraussetzungen zur Lenkung amerikanischen Investitionskapitals nach Deutschland*, en *Wirtschaftsdienst*, 33 (1953), págs. 758 y sigs.; *Die Probleme der amerikanischen Auslandsinvestitionen*, en *Wirtschaftsdienst*, 33 (1953), páginas 755 y sigs.; PHILIPPS, *Amerikan Direct Investmen in Wes German Manufacturing Industries 1945-1959*, en *Current Economic Comment*, XXII (mayo 1960), págs. 29 y sigs.; CHRISTEN, *Die Amerikanischen Auslands-Investitionen in der Nachkriegszeit. Ihre Motive und Wirkungen*. Winterthur, 1966, páginas 94 y sigs.

(52) Cfr. INSTITUT FÜR FINANZEN UND STEUERN, *Die Entwicklung der Investitionen in der Bundesrepublik*. Bonn, 1951; KREBS, *Investitionskraft und Investitionsverteilung in der Bundesrepublik*, en *Wirtschaftsdienst*, 32-3 (1952), páginas 155 y sigs.; WILTS, *Die Einlageinvestitionen im westdeutschen Verkehrswesen von 1949 bis 1955*. Göttingen, 1958; SCHMÖLDERS y RITTERSHAUSEN, *Moderne Investitionsfinanzierung*. Essen, 1959; SHAWCROSS, *Die Förderung internationaler Investitionen*. Köln, 1960; BORNEMEYER, *Der Finanzierung der westdeutschen Industrie über den Kapitalmarkt von 1948 bis 1957*. Diss. Bonn, 1962; BRINKMANN, *Möglichkeiten der Kreditfinanzierung für Gewerbebetriebe in der Bundesrepublik Deutschland*, en *Internationale Gewerbearchiv*, 14/2 (1966), páginas 60 y sigs.; MERTENS y KIRNER, *Investitionsverflechtung in der Bundesrepublik Deutschland 1950 bis 1970*. Berlin, 1967.

canismos protectores más eficaces (53), a fin de que se hagan atractivas las perspectivas de garantía y beneficios para los patrimonios de extranjeros (54).

El 1 de julio de 1958 entra en vigor una reglamentación referente al tráfico de capitales (55), dándose un paso más hacia la liberalización total de las inversiones de capital extranjero en la República Federal que proclama la convertibilidad del marco (DM) (56).

Por disposición del 24 de junio de 1958 (57), se permite a los extranjeros (no residentes) contraer y realizar negocios en el territorio federal que implicasen: 1. Constitución o adquisición de empresas; 2. Establecer sucursales jurídicamente dependientes; 3. Establecimiento de complejos de explotación; 4. Adquisición de participaciones en empresas; 5. Enajenaciones de empresas y participaciones en ellas; 6. Disolución y liquidación de empresas y sucursales.

Además de la necesidad de tener que hacer declaraciones sobre el tráfico de capitales (58), se impone, también, para determinadas operaciones, según hace saber el Banco Federal Alemán por su comunicación del 26 de junio de 1958 (59), concretamente en su segunda parte del anexo 1, respecto a las inversiones extranjeras en el país, así como para los créditos y préstamos hechos a los residentes extranjeros.

El deber de hacer estas declaraciones se concreta, también, por

(53) Cfr. ABS, *Der Rechtsschutz ausländischer Investitionen*, en *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, 9-8 (1956), págs. 270 y sigs.; EHLERS, *Schutz von Auslandsinvestitionen in Friedenszeiten*, en *International Bar Association Conference Report*, 7 (1958), págs. 475 y sigs.; MUDDATHIR, *Der Schutz internationalen privaten Kapitals für die Finanzierung von Entwicklungsvorhaben*, en *Wirtschaftsdienst*, 39-1 (1959), págs. 21 y sigs.; SEIDL-HOHENVELDERN, *Judicial Protection of Foreign Investments*, en *Mélanges Sefériades* (1961), págs. 255 y siguientes; VEITH y BÖCKSTIEGEL, *Der Schutz von ausländischen Vermögen im Völkerrecht*. Baden-Baden, 1962; VEITH, *Probleme eines multilateralen Garantiefonds für Auslandsinvestitionen*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters* (1964), págs. 133 y sigs.

(54) Cfr. FORSTMANN, *Auslandsvermögen, ein volks- und weltwirtschaftliches Problem*, en *Schmöllers Jahrbuch 77-5* (1957), págs. 61 y sigs.; HELSUKEN, *Aussenhandel und Auslandsvermögen*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 5 (1959), págs. 213 y sigs.

(55) Allg. Gen. Nr. 85/58, cfr. MÜLLER-HAGEN, *Neue Vorschriften über den Kapitalverkehr zwischen der Bundesrepublik und dem Ausland*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters* (1958), págs. 167 y sigs.

(56) Cfr. BERNARD, *Auf dem Wege zur Konvertierbarkeit*, en *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen* (1953), págs. 275 y sigs.; SCHULZ, H. F., *Die Aenderung des deutschen Aussenwirtschaftsrechtes seit Einführung der Konvertierbarkeit der Deutschen Mark*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters* (1959), págs. 29 y sigs.

(57) Allg. Gen. Nr. 87/58.

(58) Cfr. LÖFFELHOLZ-NICKLISCH, *Internationaler Kapitalverkehr und Devisenbewirtschaftung*, en *Handwörterbuch der Betriebswirtschaft*. 3.^a ed. II (Stuttgart, 1958), págs. 3012.

(59) Mitteilung Nr. 6017/58 der Deutschen Bundesbank (B. Anz. Nr. 123/58).

otra comunicación complementaria del Banco Federal Alemán, del 3 de diciembre de 1958 (60), para los casos siguientes: 1. Emisión de obligaciones en marcos alemanes (DM) por emisores extranjeros en el mercado de capitales alemán, así como el pago de dividendos e intereses (61); 2. Aclaraciones generales para las declaraciones sobre negocios de títulos-valores en el tráfico extranjero; 3. Declaraciones de las entidades monetarias en el tráfico de capitales, a excepción del tráfico de títulos-valores; 4. Cuestiones especiales para las constataciones de rendimientos.

El 15 de diciembre de 1960 (62), el Banco Federal Alemán da una nueva comunicación acerca de la necesidad de hacer declaraciones en cuanto a los créditos a corto plazo (incluso de saldos activos) y deudas de residentes extranjeros, a excepción de las entidades de crédito respecto a dichos residentes extranjeros y en cuanto a transacciones sobre cuentas extranjeras por el titular residente de una cuenta en institutos de crédito (63).

El resto de limitaciones a las inversiones de capital extranjero, en la República Federal Alemana desaparecen en 1959 (64), al suprimirse por una disposición del 17 de agosto de 1960 (65), en que el Banco Federal Alemán pasa a establecer las normas generales del régimen jurídico que se refieren a las inversiones de capital extranjero (66).

El nuevo régimen, o sexta versión, para las inversiones patrimoniales por los extranjeros en la República Federal Alemana y Berlín (Este), alcanza a las operaciones siguientes: I. Ejecución de inversiones de capital: 1. A los extranjeros se autorizan de un modo general las siguientes inversiones de capital: a) La adquisición de títulos-valores alemanes, de certificados que sean girados sobre títulos-valores, así como de talones de participación en sociedades de colocación de capital y de derechos de suscripción; también se permite la autorización de: 1) billetes o papel moneda del país (letras de cambio, bonos del tesoro sin intereses, cambiales o letras de provisión, letras bancarias, aceptaciones bancarias); 2) títulos-valores del país a interés fijo con la obligación de devolución a un determinado precio fijo (los llamados negocios de renta de títulos-valores); b) La concesión de préstamos y otros créditos en marcos alemanes (DM) o

(60) Mitteilung Nr. 6026/58 der Deutschen Bundesbank (B. Anz. Nr. 235/58).

(61) Cfr. EBERSTEIN, *Zins- und Schadenersatzansprüche wegen Transferrückstände im gebundenen Zahlungsverkehr*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters* (1958), págs. 22 y sigs.

(62) Mitteilung Nr. 6010/60 der Deutschen Bundesbank (B. Anz. 245/60).

(63) Cfr. BEYER, *Kurzfristige Überziehung Liberalisierter Kapitalkonten*, en *Deutsche Devisenrundschaue* (1958), págs. 101 y sigs.; MAHLER, *Die Bedeutung von Fremdwährungskonten für Deviseninländer*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters* (1958), págs. 9 y sigs.

(64) Runderlass Aussenwirtschaft Nr. 35/39.

(65) Runderlass Aussenwirtschaft Nr. 49/60.

(66) Mitteilung Nr. 6007/60 der Deutschen Bundesbank (B. Anz. 161/60).

en moneda extranjera; c) La constitución y transmisión de empresas en el territorio federal, la constitución de instalaciones o establecimientos jurídicamente dependientes (sucursales) o de complejos industriales en el territorio federal y la adquisición de participaciones que no estén documentadas en títulos-valores de empresas sitas en el territorio federal (67).

Con esta reglamentación se puede decir que se cierra el período en que el régimen jurídico de las inversiones de capital extranjero se compone de una serie de normas parciales que, en realidad, eran el reflejo de una situación transitoria, paralela con la situación política en vías de consolidación. Desde el punto de vista jurídico, como hace notar WAPENHENSCH (68), no se podía modificar la liberalización del comercio con el extranjero, si bien en cuanto a sus fundamentos políticos y constitucionales, hacía necesario un nuevo ordenamiento de las bases jurídicas del tráfico económico exterior alemán.

3. *Las inversiones en el extranjero del capital privado alemán: el régimen jurídico de las circulares, de la Ley sobre economía exterior y de los tratados bilaterales.*

El alto potencial económico y financiero alemán le había llevado, ya en el siglo pasado, a ser un país tanto importador como exportador de capitales (69).

La primera guerra europea interrumpe esta tradición con las crisis postbélicas que han de dar paso a un sistema de autarquías económicas con mercados restringidos y de falta de colaboración internacional (70), que culminará con la situación más cerrada que presenta el III Reich, con sus medidas especiales de limitación al tráfico de capitales y de penalización; como la "Ley contra el sabotaje eco-

(67) Cfr. SPELMANN, *West Germany. Legal Aspects of Foreign Investment*, en FRIEDMANN y PUGH. London, 1959, págs. 670 y sigs.; SHAWCROSS, *Die Förderung Internationaler Investitionen*. Köln, 1960.

(68) WAPENHENSCH, *Aussenwirtschaftsgesetz und Aussenwirtschaftsverordnung sowie Abschöpfungserhebungsgesetz*, 3.^a ed. Berlin-Bielefeld-München, 1967, pág. 7.

(69) Cfr. SCHACHT, *Der internationale Geld- und Wechselmarkt*, en *Die Weltwirtschaft*, I (1906-1907), págs. 151 y sigs.; ESSELN, *Konjunktur und Geldmarkt 1902-1908. Eine Untersuchung der Wechselwirkung beider in Deutschland*. Stuttgart y Berlin, 1909; BROCKHAGE, *Der Berliner Markt für ausländische Staatspapiere 1816 bis um 1840*. Berlin, 1910; SCHMIDT, F., *Internationaler Zahlungsverkehr und Wechselkurse*. Leipzig, 1919; PRION, *Der internationale Geld- und Kapitalmarkt nach dem Kriege*. München y Leipzig, 1918; STOLPER, *Geldmarktlage und Reichsbankpolitik*. Leipzig, 1927; MANN, *Deutsches Vermögen im Ausland*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1948), págs. 61 y sigs.

(70) Cfr. TEWAAG, *Die Zerrüttung des Geld- und Kapitalmarktes, en Untersuchung des Bankwesens*, 1-1 (1933); LEHMANN, *Der Mechanismus des deutschen Geldmarktes*, en *Festschrift zum 60. Geburtstag für Eugen Schmalenbach*, Leipzig, 1933, págs. 213 y sigs.

nómico”, del 1 de diciembre de 1936 (71), que aplicará unas medidas tan drásticas como las que se disponen en su parágrafo primero:

“1.º Un nacional alemán que a sabiendas o sin escrúpulos y con burdo egoísmo o por otros móviles más bajos contradice las disposiciones legales, desplaza clandestinamente patrimonios hacia el extranjero o los deja en el extranjero y provoca daños a la economía alemana, será penado con la muerte. Su patrimonio será confiscado. El autor del delito también será penado cuando lo haya cometido en el extranjero.”

Durante esta época, como hace ver BAADE (72), las inversiones alemanas en el extranjero no sólo fueron frenadas, sino también limitadas, incluso para las filiales de sociedades extranjeras.

Durante la segunda guerra mundial la actividad inversora de Alemania se redujo a proporciones apenas considerables, a pesar de recibir cierta protección política. El Ministro de Hacienda del Reich, el 24 de diciembre de 1942 dispuso que la participación de sociedades alemanas en el ámbito económico europeo gozarían de una cierta protección en materia de impuestos; en realidad, se siguió una política de tratados bilaterales con el objeto concreto de evitar la doble imposición, si bien la mayor parte de ellos procedían de la época anterior (República de Weimar), limitándose a los que se contrajeron con los países ocupados (73).

La situación económica del país durante la postguerra no podía hacer pensar en una salida de capitales al extranjero.

Como queda visto, las autoridades de ocupación a través del control de cambios se esforzaron por disponer de los escasos recursos monetarios en divisas. Hasta la recuperación económica de la República Federal, con la implantación de un nuevo sistema monetario, no comienzan a vislumbrarse las posibilidades de colocación de capitales en el extranjero, todavía bajo un riguroso control del Banco Federal Alemán.

La primera medida legislativa que alcanza una regulación general de las inversiones alemanas fuera del país es la promulgada el 25 de enero de 1952 (74), que prevé la necesidad de obtener una autoriza-

(71) RGBl., 1936, I, pág. 999. Cfr. BAADE, *Gesetzgebung zur Förderung ausländischer Kapitalanlagen*. Frankfurt am Main-Berlin, 1957, pág. 18; THIELE, *Die Bedeutung der nachträglichen Genehmigung im Devisenstrafrecht*, en *Juristische Wochenschrift* (1938), págs. 721 y sigs.

(72) BAADE, *Gesetzgebung zur Förderung ausländischer Kapitalanlagen*. cit., pág. 18.

(73) Cfr. KORN-DIETZ, *Doppelbesteuerung*. Losëblattsammlung (Stand 1-9-1968). München, s. a.

(74) Runderlass Aussenwirtschaft Nr. 15/52 (B. Anz. Nr. 20, 1952, cfr. RÖPKE, *Währungsreserven und Kapitalflucht*, en *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, 6 (1952), págs. 158 y sigs.; HOCKE, *Niederlassungen und Beteiligungen deutscher Wirtschaftsunternehmen im Ausland*, en *Deutsche Devisenrundschau* (1952), págs. 103 y sigs.

ción de las autoridades por aquellas personas o empresas que se establezcan o funden sucursales en el extranjero. Esta disposición legislativa razonaba que su finalidad era la esperanza de que ello supusiese una fuente de divisas o de ahorro de las mismas para la economía alemana.

Efectivamente, a partir del año 1953, las inversiones alemanas en el extranjero ya ascendían a más de 130 millones de DM y, en 1955, pasaron de los 400 millones (75). Las disposiciones legislativas del 21 de abril de 1954 y del 21 de mayo de 1955 (76), así como la del 26 de septiembre de 1956 (77), también requerían una autorización de las autoridades económicas y bancarias para las inversiones en el extranjero, si bien esta exigencia se concretaba tan sólo a una autorización de carácter general. La finalidad declarada por estas disposiciones era fortalecer las relaciones económicas de la República Federal Alemana con el extranjero, concretamente en su tráfico mercantil (78).

La prosperidad económica de la República Federal Alemana repercute de una forma muy acusada en su proyección para las inversiones en el extranjero, por lo que fue necesario contar con un sistema legislativo más adecuado y unitario para el tráfico de capitales. Así se llegó a confeccionar una nueva ley para la economía exterior, la "Aussenwirtschaftsgesetz" (= AWG) del 28 de abril de 1961, actualmente vigente, complementada por el Decreto para la regulación de la competencia en el tráfico económico exterior, el "Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten im Aussenwirtschaftsverkehr" (= AWV), del 7 de agosto de 1961 (79).

La Ley para la economía exterior (AWG), en su § 1, párrafo primero, declara que el tráfico económico de mercancías, servicios, capitales y pagos con ámbitos económicos exteriores, así como el tráfico

(75) Cfr. BAADE, *Gesetzgebung zur Förderung ausländischer Kapitalanlagen*, cit., pág. 13.

(76) Runderlass Aussenwirtschaft Nr. 34/54 (B. Anz. Nr. 101, 1955), cfr. FLECK, *Die Steuerlich und devisa-rechtliche begünstigte Kapitalanlage im Ausland. Eine internationale Übersicht* (1955).

(77) Runderlass Aussenwirtschaft Nr. 66/56 (B. Anz. Nr. 189, 1956), cfr. BAADE, *Gesetzgebung zur Förderung ausländischer Kapitalanlagen*, cit., págs. 19 y 36.

(78) Cfr. SCHULTZ, H. F., *Deutsche Unternehmen und Beteiligungen im Ausland (Westzone und Berlin)*, en *Der Betriebs-Berater* (1956), págs. 908 y siguientes; WOLF, H., *Die deutschen Investitionen im Ausland*, en *Volkswirt*, XI-51/52 (1957), págs. 84 y sigs.; MEYER-MARSILIUS, *Der Stand der deutschen Bestimmungen für Auslandsniederlassungen*, en *Recht der internationalen Wirtschaft* (1957), págs. 90 y sigs.; MASERER, *Der Zahlungsverkehr der Bundesrepublik Deutschland mit dem Ausland*, en *Recht der internationalen Wirtschaft*, III (1957), págs. 37 y sigs.; X, *Deutsche Nachkriegsinvestitionen im Ausland*, en *Deutsche Devisenrundschau* (1957), págs. 48 y sigs.; MAHLER, *Investitionen im Ausland unbegrenzt zulässig*, en *Der Betriebs-Berater* (1957), págs. 903 y sigs.; FLECK y MEYER-MARSILIUS, *Niederlassung im Ausland*, VII (1958); Varios, *Der Schutz des privaten Eigentums im Ausland*, en *Festschrift für Hermann Janssen*. Heidelberg, 1959.

(79) BGBl., 1961, I, pág. 1554.

con valores extranjeros y oro, entre residentes, por regla general, es libre. Tan sólo se ponen las limitaciones contenidas en esta Ley, o las que legalmente se establezcan fundamentándose en esta Ley; según su párrafo segundo, quedan vigentes, además, otras leyes fundamentales federales y tratados internacionales que traten esta materia. Sin embargo, el párrafo segundo dispone que ciertas relaciones o negocios jurídicos deben contar con una autorización, mientras que otros están prohibidos. La autorización para el tráfico de capitales la concede el Banco Federal Alemán (Deutsche Bundesbank, § 28 párrafo 2 núm. 2 AWG).

Las limitaciones que se refieren a la salida de capitales (Kapitalausfuhr) se establecen en el § 22 de la Ley, especialmente para señalar el alcance de los negocios jurídicos entre los residentes en territorio federal y los residentes en territorio extranjero (80).

En la nueva legislación tanto la salida como la entrada de capitales, según veremos más adelante, se regulan conjuntamente, debido a que ambas modalidades en el tráfico de capitales tienen una influencia muy notoria en la balanza de pagos, sobre todo porque sus tendencias a incrementar los medios monetarios puede provocar fuertes inflaciones.

De aquí que el § 22, párrafo primero de la AWG, limita aquellos negocios jurídicos en los que se trate: 1. De adquisiciones remuneradas de inmuebles en territorio extranjero o de derechos sobre ellos; 2. De adquisiciones remuneradas de títulos-valores por residentes; 3. De adquisiciones remuneradas de letras de cambio libradas por residentes extranjeros a residentes en territorio federal alemán; 4. La tenencia de activos por residentes federales en instituciones bancarias de ámbitos económicos exteriores; 5. Las concesiones de préstamos u otros créditos, así como las ofertas de plazos de pago a los residentes extranjeros.

En el párrafo segundo, de este § 22 también se limita, dentro del ámbito económico interior, a los poseedores de deudas escrituradas a la orden, giradas por un residente en el extranjero para su venta en una oferta pública y en las que se ha prometido el pago de una determinada suma de dinero.

En el párrafo tercero, del citado parágrafo, se dispone que serán autorizadas las limitaciones del párrafo primero y también las del párrafo segundo cuando se requieran por los interesados.

De estas prescripciones taxativas y limitativas no resultan restringidas las inversiones referentes a la adquisición o participación en empresas extranjeras, ni la constitución o el establecimiento de sucursales en el extranjero. Esta actividad económica —la más frecuente en las inversiones— se puede ejercer, pues, dentro de la mayor li-

(80) Como puede observarse se prescinde del criterio de la nacionalidad de las partes, como ya es común en el ámbito del derecho económico. Dentro de la doctrina francesa, cfr. ESPAGNO, *La distinction entre "résidents" et "non résidents" dans la réglementation des changes*, en *Juris Classeur Périodique*, II (1966), págs. 14903 y sigs.

bertad. Tampoco se limitan los pagos hacia el extranjero en cuanto sean el resultado de las inversiones de estos patrimonios, así como las transferencias que implican la consecuencia de sus rendimientos y productos (81). Además, el párrafo segundo del citado § 22 contiene una medida especial para los empréstitos extranjeros dentro del ámbito económico federal, al poderse limitar la oferta pública de su colocación.

Las medidas de carácter sustantivo para las inversiones alemanas en el extranjero son dispuestas por el "Decreto para la regulación de la competencia en el tráfico económico exterior" (*Aussenwirtschafts Verordnung* = AWW), del 7 de agosto de 1961, donde el capítulo VI se dedica al tráfico de capitales, cuyo título segundo establece de modo imperativo la necesidad de una "declaración", de acuerdo con el § 26 de la AWW.

Concretamente, el § 55 de este Decreto para la regulación de la competencia en el tráfico económico exterior (82) lleva por título las "inversiones patrimoniales por residentes federales en ámbitos económicos extranjeros", donde se establece que:

1) Las prestaciones de los residentes federales, así como las inversiones de patrimonios en ámbitos económicos extranjeros para la obtención de relaciones económicas estables con objeto de modalidades efectivas, de acuerdo con el § 56, concretamente deben declararse cuando se trate de: 1. Constitución o adquisición de empresas; 2. Establecimiento o adquisición de sucursales; 3. Establecimiento de complejos de explotación; 4. Adquisición de participaciones en empresas; 5. Equipar las empresas, sucursales o complejos de explotación con medios de inversión o de subvenciones (83); 6. Concesión de préstamos a empresas cuyo acreedor es un residente federal o aquél que participa mediata o inmediatamente en la dirección de negocios y que la concesión del préstamo le aprovecha de un modo considerable.

El deber de declaración, según el párrafo primero, también se impone cuando el residente federal, al alegar su carga respecto a un extranjero fuera del país, concretamente aprovecha a una empresa dependiente de dicho extranjero.

2) Cuando las inversiones patrimoniales se hagan en función a lo dispuesto en el párrafo primero, según el § 56, deben declararse, además: 1. Las enajenaciones de empresas, sucursales, complejos de explotación o participaciones; 2. Las disoluciones de empresas, así como la supresión de sucursales o complejos de explotación; 3. Los compromisos de devolución o pago de los préstamos.

3) El deber de declaración, en los casos del párrafo primero y

(81) Véase WAPENHENSCH, *Aussenwirtschaftsgesetz*, cit., pág. 46.

(82) El décimo Decreto de modificación lo compone la "Zehnte Verordnung zur Aenderung der Aussenwirtschaftsverordnung", del 14 de febrero de 1967 (BGBl, 1967, I, pág. 193).

(83) Cfr. BÖCKL, *Probleme bei der Ausfuhr von Fertigungsanlagen*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters* (1963), págs. 234 y sigs.

del segundo, número 3, corresponde cuando la deuda dada o aceptada en el ejercicio económico anual supera el valor de diez mil marcos.

4) Las prescripciones de declaración de los §§ 59 hasta el 69 permanecen inalteradas.

El § 56 del citado decreto (AWV) concreta los requisitos de la declaración, de acuerdo con el § 55, disponiendo que: 1. El residente federal tiene el deber de declarar la inversión patrimonial cuando se trata de aquellos casos que se contienen en el § 55, párrafo segundo: 2. Las declaraciones deben hacerse hasta el quinto día del mes siguiente en que debe declararse, cuando se trate de un caso especial que supere los diez mil marcos, ya que en los demás casos se informará al Banco Federal Alemán hasta el 5 de febrero del año próximo en cinco impresos del formulario "Inversiones patrimoniales de residentes federales en ámbitos económicos extranjeros" (Anexo K 1). Se pueden obtener del Banco central regional del país en que está domiciliado el obligado a declarar. El Banco Federal Alemán envía una copia de dicha declaración al ministro para la economía al Ministerio de Asuntos Exteriores y al funcionario superior en asuntos económicos de la ciudad, o, a aquél que tenga tal atribución.

La disposición de este amplio sistema normativo ha tenido como resultado que las inversiones alemanas hacia el exterior fueran ganando más y más plazas en los diversos países con un considerable volumen de operaciones (84).

Complemento de esta política legislativa para las inversiones alemanas en el extranjero está la referente a la materia de gravámenes fiscales que tiende a conseguir el evitar las dobles imposiciones de aquellos capitales con un rendimiento positivo en la balanza de pagos y en la propia estabilidad del marco (85).

(84) BARTHOLDY-SEIDLER-WILHELM, *Zweigbetriebe, Niederlassungen und Beteiligungen im Ausland*. München, 1963; BUNDESSTELLE FÜR AUSSENHANDELS-INFORMATION, *Merkblätter für Kapitalanlagen im Ausland*. Köln, 1963; *Les investissements privés allemands à l'étranger en 1964*, en *Problèmes économiques*, 924 (1965), págs. 16 y sigs.; *Die deutschen Direktinvestitionen im Ausland*, en *Monatsberichte der Deutschen Bundesbank*, 17/12 (1965), pág. 19; RUSSEAU, *Les investissements à l'étranger de la République fédérale d'Allemagne*, en *Revue générale de droit international publique*, 1 (1967), págs. 508 y sigs.

Las inversiones procedentes de la República Federal Alemana en España van alcanzando un cierto nivel; algunos aspectos ya han sido puestos de relieve, cfr. FRÜHBECK, *Deutsche Firmen in Spanien*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 11 (1965), pág. 411; id., *Besteuerung von ausländischen Gesellschaften in Spanien*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 4 (1966), págs. 79-80; TIEMANN, *Die Errichtung von Niederlassungen ausländischer Unternehmen in Spanien*, en *Aktiengesellschaft*, 1 (1968), págs. 13 y sigs.

(85) Cfr. MERSMANN, *Die Ausgleichung und Harmonisierung der Steuersysteme*, en *Steuerberater Jahrbuch* (1959-1960), págs. 35 y sigs.; KUNZE, *Beteiligungen an ausländischen juristischen Personen*, en *Internationale Wirtschaftsbriefe 3 Deutschland Gruppe 2* (1964), págs. 181 y sigs.; KORN-DIETZ, *Doppelbesteuerung*. Loseblattsammlung (Stand 1.9.1968). München.

Autores, como BAADE (86), no dejaron de apuntar cómo en la época anterior a la vigencia de la Ley para la economía exterior faltaba en la República Federal un sistema estatal de garantías para las inversiones alemanas en el extranjero.

Para remediar esta laguna, el Gobierno federal acude a dos modalidades: dispone normativamente unas medidas específicas y promueve una serie de convenios o tratados bilaterales con los demás Estados interesados en una política de inversiones de capital privado alemán.

Las normas concretas acerca de las garantías para las inversiones de capital alemán en el extranjero se contienen en una disposición del 17 de mayo de 1962 (87).

La política económica exterior del Gobierno alemán sigue la vía convencional (88), de lograr contactos con los países en vías de desarrollo (89), mediante el empleo de tratados bilaterales, donde se establece el régimen mutuo de garantías de las inversiones, preve-

(86) BAADE, *Gesetzgebung zur Förderung ausländischer Kapitalanlagen*, cit. pág. 19; VEITH, *Probleme eines multilateralen Garantiefonds für Auslandsinvestitionen*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 10 (1964), págs. 133 y sigs.

(87) Cfr. Der Bundesminister für die Wirtschaft: "Neue Richtlinien für die Übernahme von Garantien für Kapitalanlagen im Ausland", en *Bundesanzeiger* del 4.VIII.1962, Nr. 146, pág. 5; *Allgemeine Bedingungen für die Übernahme von Garantien für Kapitalanlagen im Ausland*, Fassung Juli 1962, reproducido en SCHALLEHN, *Garantien und Bürgschaften der Bundesrepublik Deutschland*, XVIII, *Garantie für Kapitalanlagen im Ausland* (44. Ergänzungslieferung IX/62) Fassung Juli 1962; AGAD, *Die Investitionsrisikogarantien der Vereinigten Staaten, Japans und der Bundesrepublik Deutschland*, en *Wirtschaft und Recht*, 19-2 (1967), págs. 109 y sigs.; SCHEUNER, *Die Rolle der Handelsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht der Gegenwart*, en *Mélanges Kyriacopoulos* (1966); BÄULKE, *Die materiellen Eigentumschutzbestimmungen in den Verträgen der Bundesrepublik Deutschland zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen im Ausland und die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts über die Beachtung ausländischer, wohlverworbener Vermögensrechte*. Diss. Würzburg, 1964.

(88) Cfr. SCHEUNER, *Zweiseitige Handelsverträge und multilaterale Handelsvereinbarungen*, en *Friedenswarte*, 52 (1954); "Der Schutz der deutschen Auslandsinvestitionen. Bilaterale Abkommen als Wegbereiter einer unilateralen Konvention?", en *Neue Züricher Zeitung* del 19.XI.1961; FEBLOT, *Das deutsch-französische Niederlassungsabkommen*. Berlin, 1963; ROTHSTEIN, *Deutsche Firmen in Frankreich*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 10 (1964), págs. 133 y sigs.

(89) Cfr. KERN, *Die Investitionsförderungsverträge der Bundesrepublik und die deutsche Entwicklungshilfe*, en *Beilage zum Bundesanzeiger* Nr. 82, del 3.5.1963, págs. 3 y sigs.; GIESECKE, *Industrieinvestitionen in Entwicklungsländern. Risiken und Chancen*. Hamburg, 1963; ENGLER, *Richtlinien für die staatliche Kapitalhilfe an Entwicklungsländern*. Köln-Opladen, 1965; SCHMIDT, M.: *Die Rolle der privaten Investitionen in der Entwicklungshilfe*. Frankfurt am Main 1965; "Förderung privater Investitionen in Entwicklungsländern" *Wirtschaftstag anlässlich der Import-Ausstellung. Partner des Fortschritts*. Berlin, 1965; AMMAN, *Der Schutz ausländischer Privatinvestitionen in Entwicklungsländern aus volkswirtschaftlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht*. Zürich. 1967.

yéndose los derechos y obligaciones que se derivarán para las partes y su especial régimen jurídico (90).

El Gobierno federal alemán lleva celebrados entre 1959 y 1964 veintiún tratados, con otros tantos países, para el fomento y protección de las mútuas relaciones sobre inversiones de capital. Cronológicamente se han ido sucediendo los tratados con Pakistán (25-XI-1959) (BGBl. II, 1961, pág. 793) (91), Malasia (22-XII-1960) (BGBl. II, 1962, pág. 1064), Grecia (27-III-1961) (BGBl. II, 1963, página 216) (92), Irán (28-II-1961) (93), Togo (16-V-1961) (BGBl. II, 1964, pág. 154), Marruecos (31-VIII-1961) (94), Liberia (12-XII-1961), Tahilandia (13-XII-1961) (BGBl. II, 1964, pág. 687), Guinea (19-IV-1962) (BGBl. II, 1964, pág. 145), Camerún (29-VI-1962) (BGBl. II, 1963, pág. 991) (95), Turquía (20-VI-1962) (BGBl. II, 1965, pág. 1193), Madagascar (21-IX-1962) (BGBl. II, 1965, página 369), Sudán (7-II-1963) (BGBl. II, 1966, pág. 889), Senegal (13-V-1963) (BGBl. II, 1965, pág. 1391) (96), Ceilán (8-XI-1963) (BGBl. II, 1965, pág. 909), Congo (Leopoldville (19-XII-1963), Chile (21-XII-1963), Filipinas (3-III-1964) (BGBl. II, 1966, página 549), Etiopía (21-IV-1964), Nigeria (29-X-1964) (BGBl. II, 1965, pág. 1402), India (15-X-1964).

Además, se han concluido con Túnez (20-XII-1963) (97) (BGBl. II, 1965, pág. 1377), Sierra Leona (8-IV-1965) (BGBl. II, 1966, pá-

(90) Cfr. BERGER, *Schutz deutscher Kapitalanlagen im Ausland durch Investitionsförderungsverträge*, en *Der Betrieb*, 16 (1965), págs. 581 y sigs.; id., *Vermögensschutz im Ausland durch Investitionsförderungsverträge*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 11-1 (1965), págs. 1 y sigs.; LAULE, *Die Staatsangehörigkeit juristischer Personen nach deutscher und amerikanischer Ansicht sowie der Schutz ihrer Kapitalanlagen in den Entwicklungsländern*, en *GmbH-Rundschau* (1966), pág. 129; SEIFERT, *Die deutschen Direktinvestitionen im Ausland und ihre statische Erfassung als Instrumente der Internationalen technisch-wirtschaftlichen Zusammenarbeit*. Köln-Opladen, 1967; FRYDEKY, *Garantien für Kapitalanlagen im Ausland*, en *Internationale Wirtschafts-Briefe* 7 (1968), págs. 213 y sigs.; REINHARDT, *Vom Schutz der Auslandsanlagen*, en *Wirtschaft und Recht*, 1 (1969), pág. 1 y sigs.

(91) Cfr. BERGER, *Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 6 (1966), págs. 105 y sigs.

(92) Cfr. BERGER, *Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich Griechenland über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 17 (1965), págs. 365 y sigs.

(93) Cfr. FLECK, *Der iranisch-deutsche Kapitalförderungsvertrag*, en *Internationale Wirtschafts-Briefe*, 4 (1968), págs. 111 y sigs.

(94) Cfr. WIDENSOHLER, *Der Schutz deutscher Privatinvestitionen in Marokko*. Hamburg, 1967.

(95) Cfr. BERGER, *Investitionsförderungsverträge der Bundesrepublik Deutschland mit Tunesien, Senegal, Sierra Leone und Kamerun*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters* (1968), págs. 14 y sigs.

(96) Cfr. BERGER, *op. cit. ant. passim*.

(97) Cfr. FLECK, *Der tunesisch-deutsche Kapitalförderungsvertrag*, en *Internationale Wirtschafts-Briefe* (1965), págs. 9 y sigs.; WIDENSOHLER, *Der Schutz deutscher Privatinvestitionen in Tunesien*, Hamburg, 1966; BERGER, *op. cit., ant. passim*.

gina 861), (98), Libia (99), Zambia (100), Kenia (4-XII-1964) (BGBl. II, 1966, pág. 899), Corea del Sur (4-XII-1964) (BGBl. II, 1966, página 841), Ecuador (28-VI-1965) (BGBl. II, 1966, pág. 825), Tanzania (30-I-1965) (BGBl. II, 1966, pág. 873), Gana (110 bis) y Ruan-
da (100 ter).

Dado que en el campo del Derecho internacional privado faltan otras garantías, se sigue la técnica paccionada de convenios y tratados interestatales con objeto de promocionar y defender las inversiones de particulares en el exterior. El Gobierno federal alemán con esta política bilateral pretende anticiparse con sus previsiones a eliminar futuras contiendas entre inversores y países, estableciendo el arbitraje, si bien obligándose a agotar previamente las vías jurisdiccionales internas; incluso, ciertos tratados prevén la posibilidad de acudir al Tribunal Internacional de Justicia.

Estos tratados bilaterales de promoción y defensa de los capitales invertidos pueden clasificarse en dos grupos: 1) los que establecen un trato de igualdad con el nacional, a condición de reciprocidad; 2) los que omiten esta cláusula.

En la mayoría de los tratados se inserta la cláusula de trato de nación más favorecida y se establecen las prescripciones concretas en sus preámbulos acerca del protocolo, el intercambio de notas, la firma del convenio sobre la admisión de las inversiones y el comienzo de la protección convencional; algunos tratados incluyen en el protocolo una cláusula comprometiéndose a concluir un tratado de establecimiento. También se prevé la inclusión de una cláusula compromisoria mediante el cambio de notas subsiguientes al tratado respecto a la concesión de autorizaciones de entradas y estancias de trabajadores asalariados para ejercer una actividad en conexión con la inversión, siempre que quede a salvo el orden, la seguridad y la moralidad públicas.

Los tratados concretan su aplicación retroactiva —a veces con indicación precisa de la fecha— para las inversiones de capital efectuadas por nacionales o sociedades de una de las partes contratantes en el territorio de la otra y de acuerdo con sus disposiciones legales. Además, se especifica el derecho transitorio aplicable y se concretan los conceptos más fundamentales, como el de “inversión de capital”, el de “nacionalidad” y el de “sociedades”.

En cuanto a las inversiones de capitales efectuadas por nacionales o sociedades de cualquiera de las partes contratantes en el territorio

(98) Cfr. BERGER, *op. cit.*, *ant. passim*.

(99) Cfr. WIEDENSOHLER, *Der Schutz deutscher Privatinvestitionen in Lybien*, Hamburg, 1967.

(100) Cfr. FLECK, *Der Sambisch-deutsche Kapitalförderungsvertrag*, en *Internationale Wirtschafts-Briefe*, 7 (1968), págs. 221 y sigs.

(100 bis) Cfr. FLECK, *Der ghanaisch-deutsche Kapitalförderungsvertrag*, en *Internationale Wirtschafts-Briefe*, 2 (1969), págs. 5 y sigs.

(100 ter.) Cfr. FLECK, *Der ruandisch-deutsche Kapitalförderungsvertrag*, en *Internationale Wirtschafts-Briefe*, 3 (1969), págs. 95 y sigs.

de la otra, así como respecto a las actividades que realicen en torno a dichas inversiones (como las de transporte o de personas en relación con la misma) se prevé un trato no discriminatorio. No se consideraran discriminatorias las medidas tomadas en virtud del orden público.

Los tratados estipulan la libre transferencia del capital invertido, el beneficio o producto de la inversión, el producto de la liquidación, la indemnización recibida por causa de expropiación, la indemnización recibida por daños en caso de guerra y los pagos que hayan de efectuarse a una parte contratante en virtud de la subrogación en los derechos del inversor; sin embargo, algunos tratados prevén la posibilidad de obligar a reinvertir la indemnización relativa a las pérdidas por causa de guerra.

Las transferencias monetarias se efectuarán, salvo pacto en contrario de los interesados, según la cotización que rija para las operaciones corrientes en el momento de la transferencia, quedando indicado en los tratados el modo de fijar la cotización.

Como consecuencia de estas medidas, la exportación de capitales desde la República Federal alemana alcanza una cuantía importante. Las inversiones directas, a partir del año 1952 hasta finales de 1967, suponían un volumen neto de 12.057 millones de marcos, de los cuales una parte importante se hizo en los países de la América latina (1.926 millones de DM) (101). La exportación de capital en los siete primeros meses de 1968 (enero a julio) alcanzaba el volumen neto de 6,13 millones de DM (102).

Al final del año 1968, las inversiones directas realizadas por los alemanes en el extranjero alcanzaban la suma de 2.292.000 millones, por lo que desde el año 1952 al año 1968 totalizaba la cifra de 14.349.000 millones de DM (102 bis). Las industrias químicas de material eléctrico y electrónica, así como la automovilística, son las de mayor volumen de inversión en la Comunidad Económica Europea y en Norteamérica.

En los meses de julio y agosto de 1969, el V Parlamento Federal alemán adopta una serie de decisiones en relación con diversos proyectos de leyes, entre los que se destaca el programa de promoción de las inversiones directas de empresarios alemanes en el extranjero,

(101) Cfr. "*Les investissements privés allemands à l'étranger en 1964*", en *Problèmes économiques*, 989 (1966), págs. 26 y sigs.; *Boletín Semanal de Asuntos Alemanes*, publicado por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal alemán (edición española): *El intercambio comercial con América Latina en el primer semestre de 1968. Inversiones privadas alemanas en América Latina*, XV-43 (8 noviembre 1968), pág. 334.

(102) "*Der hohe deutsche Kapitalexporthält an*", en *Frankfurter Allgemeine Zeitung. Wirtschaftsblatt*, Nr. 204 (3 septiembre 1968), pág. 13.

(102 bis) Cfr. BUNDESWIRTSCHAFTSMINISTERIUM: "*Leistung in Zahlen*", ahora en *General Anzeiger. Wirtschaftsleben*, del (9 septiembre 1969); "*Inversiones en el extranjero*", en *Boletín Semanal de Asuntos Alemanes*, publicado por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal Alemán, XVI-35 (3 octubre 1969), pág. 269.

presentado por el ministro de Hacienda, STRAUSS, programa que, a decir de GEWANDT (102 ter), es muy importante desde el punto de vista de la política de desarrollo, ya que dentro del ámbito de la Ley de enmienda del sistema fiscal, se le ofrecen a la economía alemana estímulos para la creación de centros de producción en el extranjero.

El programa STRAUSS para la promoción de las inversiones alemanas directas en el extranjero es muy amplio. Además de las medidas inmediatas de tipo fiscal, se proyectan normas a largo plazo, tales como un catálogo-crediticio que prevé un considerable aumento de capital de la "Sociedad Alemana de Desarrollo" (DEG), la fundación de una "Sociedad Alemana de Promoción de las Inversiones" como institución colaboradora de la DEG y una mejora de las condiciones de garantía y del sistema de información.

Las medidas tributarias aprobadas por el Bundestag a finales de junio de 1969 se concretan sobre las siguientes cuestiones:

1) Se tendrán en cuenta las pérdidas de las filiales extranjeras cuyo 50 por 100 de acciones, como mínimo, se encuentren en manos de contribuyentes nacionales alemanes (en los países en desarrollo el 25 por 100), podrán constituir unas reservas a descontar de los beneficios tributables. De esta manera se pretende evitar que las pérdidas iniciales constituyan un obstáculo para el desarrollo de la empresa; estas reservas se disolverán al cabo de cinco años y pasarán a incrementar el capítulo de beneficios, es decir, una especie de moratoria fiscal para los países que no cuentan con un convenio de doble imposición.

2) En cuanto a las pérdidas de las empresas establecidas en países con convenios de doble imposición, podrán en el futuro descontarse en toda su cuantía y sin ninguna limitación de tiempo de los impuestos a abonar por la empresa alemana; ahora bien, para los beneficios posteriores de esas empresas dentro del país se abonarán impuestos hasta la cuantía de las pérdidas previamente descontadas.

3) Respecto al traspaso de las reservas ocultas de las participaciones en el extranjero, el artículo 6 b de la Ley de enmienda del sistema fiscal no ofrecía hasta ahora ninguna posibilidad de evitar la tributación de dichas reservas ocultas puestas al descubierto con ocasión de la venta de participaciones de las sociedades por acciones, siempre que se tratase de una transmisión de participaciones a una filial extranjera. Según hace ver GEWANDT, hasta aquí, ello no era posible más que en el caso de transacciones particularmente promocionables desde el punto de vista de la economía nacional, por lo que de esta posibilidad también deberán gozar en el futuro las transmisiones vinculadas a inversiones directas.

(102 ter) GEWANDT, *Luz verde a las inversiones en el exterior*, en *Boletín Semanal de Asuntos Alemanes*, publicado por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal alemán, 16-31 (22 agosto 1969), pág. 235, tomado de "*Entwicklung und Zusammenarbeit*", n.º 7 (1969).

4. *Las inversiones directas de capital extranjero en la República Federal Alemana: el régimen jurídico vigente de la Ley de economía exterior y del Decreto para su realización.*

La publicación de la "Ley de economía exterior" (Aussenwirtschaftsgesetz = AWG) del 28 de abril de 1961 (103), que entra en vigor el 1.º de septiembre de este mismo año, se complementa con el Decreto para su realización (Aussenwirtschaftsverordnung = AWW), del 22 de agosto de 1961 (104), consiguiendo de este modo la unificación de las normas correspondientes al tráfico de capitales, derogándose las proclamadas sobre el control de cambios de la época de ocupación, así como las demás disposiciones posteriores (Durchführungsverordnungen, Allgemeinen Genehmigungen, Runderlasse Aussenwirtschaft, etc.) (104 bis). Tan sólo queda vigente la legislación

(103) RGBI, I, pág. 481, cfr. "Inkrafttreten des neuen Aussenwirtschaftsrechts", en *Der Betrieb* (1961), págs. 1187 y sigs.; DITGES, *Probleme des neuen Aussenwirtschaftsrechts*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1961), págs. 1849 y sigs.; FERTIG, *Das neue Aussenwirtschaftsgesetz*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1961), págs. 710 y sigs.; GOLTZ, *Das Aussenwirtschaftsgesetz*, en *Der Betrieb* (1961), págs. 161 y sigs.; GÖTLICH, *Das Aussenwirtschaftsgesetz*, en *Das Büro* (1961), págs. 145 y sigs.; GURSKI, *Das Aussenwirtschaftsgesetz*, en *Rechts und Wirtschaftspraxis*, Blattei Handbuch (1961), págs. 7 y sigs.; HOCKE, *Das neue Aussenwirtschaftsgesetz der Bundesrepublik, en Deutscher Aussenwirtschafts-Rundschau* (1961), págs. 47 y 85; HOCKE-SCHMIDT, *Aussenwirtschaftsgesetz. Kommentar und systematische Darstellung*. Loseblatt. (1961); LANGEN, *Aussenwirtschaftsgesetz*, Loseblattkommentar ab 1961, 3.ª entrega (1966); LAUMANN, *Zum Inkrafttreten des Aussenwirtschaftsgesetzes*, en *Deutsche Aussenwirtschafts-Rundschau* (1961), págs. 44 y sigs.; MÜLLER-HAGEN, *Das Aussenwirtschaftsgesetz* (1961); SCHLARBAUM y otros, *Aussenwirtschaft in Praxis und Rechtsprechung*, Loseblattsammlung (1961); SCHULZ, *Aussenwirtschaftsgesetz*. Textausgabe mit kursen Erläuterungen (1961); id., *Zur Verabschiedung des Aussenwirtschaftsgesetzes*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters* (1961), págs. 71 y sigs.; WAPENHENSCH, *Das neue Aussenwirtschaftsrecht*. Loseblatthandlexikon ab 1961; SIEG, FAHNING, KÖLLING, *Aussenwirtschaftsgesetz. Kommentar*, Hamburg, 1963; ROSE, *Theorie der Aussenwirtschaft* (1964); SCHULTZ, BALDEWEIN, SONTAG, HARSDORF, LEONHARDT, MÖHLER, SCHAD, ZEIDLER, *Aussenwirtschaftsgesetz. Kommentar* (1965-1966); STAUDINGER-WEBER, *Recht der Schuldverhältnisse*, II-1.ª (§§ 241, 243-248), 11 ed., Berlín, 1967, págs. 792 y sigs.; WAPENHENSCH, *Aussenwirtschaftsgesetz und Aussenwirtschaftsverordnung sowie Abschöpfungserhebungsgesetz*, 3.ª ed. (1967); id., *Das neue Aussenwirtschaftsrecht (AWR)*. Bielefeld, 1967; MÜLLER-HAGEN, *Das Aussenwirtschaftsgesetz*, Wiesbaden, 1968; LANGEN, ALENFELD, WEITH, BÖCKSTIEGEL, *Aussenwirtschaftsgesetz*. Loseblattkommentar. München, 1968; ARCHIV DER AUSSENWIRTSCHAFT, de A. POHLMANN. Frankfurt am Main, 1969; SCHEFOLD, *Änderungen im Aussenwirtschaftsrecht*, en *Neue Wirtschafts-Briefe*, 4 (1969), págs. 169 y sigs.

(104) Véase la nueva redacción del 20 diciembre 1966 (BGBl 1967, I, pág. 1) y las modificaciones realizadas por otros diez decretos, así como las hechas a las listas de importación (30 decretos más) y de exportación (también 12 decretos); cfr. HOCKE, *Aussenwirtschaftsverordnungen*. Loseblattsammlung (1961). Hamburg, 1969; MÖHLER, *Die Aussenwirtschaftsverordnung und die Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten im Aussenwirtschaftsverkehr*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters* (1961), págs. 203 y sigs.

(104 bis) Cfr. HOCKE, *Die Durchführungsvorschriften zum Aussenwirtschaftsgesetz vom 28-4-61*, en *Deutsche Aussenwirtschafts-Rundschau* (1961), páginas 128, 146 y 164.

que se refiere al ordenamiento del mercado (Marktordnungsgesetze) (105).

La nueva legislación sobre la economía exterior se basa fundamentalmente en la proclamación de la libertad de tráfico de capitales y del comercio exterior, tal como se pronuncia en el párrafo primero (§ 1 AWG), lo que tiene mucha importancia, según observa WAPENHENSCH (106), para determinar su alcance e interpretación.

No obstante, ante la necesidad de un sistema de seguridad, no pudo excluir una serie de limitaciones que la Ley hace de manera específica (§ 10 AWG) y para determinados ámbitos (§§ 5 a 24 AWG), concretándose más concisamente en el Decreto para su aplicación (AWV) (107).

Estas limitaciones consisten en concretas "prohibiciones" (108), o en la necesidad de obtener una "autorización" (109) para determinadas relaciones o negocios jurídicos (§§ 2 y 3 AWG); también pueden resultar limitaciones cuando proceden de acuerdos interestatales, o como consecuencia de medidas tomadas en ámbitos económicos extrajeros, cuya efectividad repercute directa o indirectamente en el ámbito federal (§§ 5, 6, 7 AWG) (110).

También para el tráfico de capitales se impone la necesidad de hacer "declaraciones" (111) en determinados casos (§§ 57 y 58 AWV) (§ 20 Aktiengesetz de 1965).

(105) Excepcionalmente continúan vigentes las normas de control de cambios para las relaciones monetarias interzonales, es decir, entre la República Federal Alemana y la República Democrática Alemana. Cfr. JOERGES y KÜHNE, *Aussenwirtschaft und Interzonenverkehr*, Loseblattsammlung, Köln, 1969.

(106) WAPENHENSCH, *Aussenwirtschaftsgesetz*, cit. pág. 7; SCHMIDT, *Licht und Schatten im neuen Aussenwirtschaftsgesetz*, en *Deutsche Aussenwirtschafts-Rundschau* (1962), pág. 41; ROSENBAUER, *Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Ausländers in der Bundesrepublik*. Würzburg, 1963.

(107) Cfr. WUTTKE, *Aussenwirtschafts und Versicherungswirtschaft*. Diss. Hamburg, 1963; ECKHARDT y WEISS, *Gesetz über Massnahmen zur ausseiwirtschaftlichen Absicherung gemäss § 4 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft*. Berlín, 1969.

(108) Cfr. GURSKI, *Aussenwirtschaftliche Gesetzgebung in Schranken*, en *Steuer und Finanzen* (1965), págs. 1 y sigs.

(109) BERNER, *Genehmigungen nach dem Aussenwirtschaftsgesetz und verwandte Genehmigungen*, en *Der deutsche Rechtspfleger* (1961), págs. 383 y sigs.; LAUMANN, *Die Genehmigung im Aussenwirtschaftsrecht*, en *Deutsches Aussenwirtschaftsrecht (Neues deutsches Devisenrecht?)* (1961); WAPENHENSCH, *Die Feststellung genehmigungspflichtiger Tatbestände im Aussenwirtschaftsrecht*, en *Deutsche Aussenwirtschafts-Rundschau* (1962), págs. 27 y sigs.; SCHÖNFELDER, *Einfuhrgenehmigung und Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters* (1964), págs. 376 y sigs.; SCHUMACHER, *Gerichtsfreier Beurteilungsspielraum bei der Versagung von Einfuhrgenehmigungen?*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters* (1964), págs. 210 y sigs.

(110) Cfr. HAMANN, *Beschränkungen des Aussenwirtschaftsverkehrs zur Abwehr schädigender Einwirkungen aus fremden Wirtschaftsgebieten*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters* (1962), págs. 29 y sigs.; HOCKE, *Die ausseiwirtschaftlichen Beschränkungen nach dem derzeitigen Stand des Aussenwirtschaftsrechts*, en *Deutsche Aussenwirtschafts-Rundschau* (1962), págs. 181 y siguientes.

(111) Cfr. HOCKE, *Die Auskunftspflicht nach dem Aussenwirtschaftsgesetz*,

Al Banco Federal alemán corresponde la competencia sobre todo lo que atañe al tráfico de capitales y pagos y tiene la facultad de otorgar o denegar las autorizaciones (§ 28, párrafo 2, n. 1 AWG) (112).

La ley de economía exterior (AWG), con gran precisión comienza por determinar sus conceptos (§ 4), tanto para el ámbito económico (donde la terminología tradicional ha quedado superada) como en lo referente al tratamiento de las personas que son sujeto de su aplicación, por estar establecidas en su territorio (Gebietsansässige), o cuando son extrañas a él (Gebietsfremde). Igualmente especifica lo que se entiende por ámbito económico propio (Wirtschaftsgebiet) y por ámbitos económicos extraños (Fremde Wirtschaftsgebiete) (113).

Además se concreta por esta ley el alcance y lo que debe entenderse por valores extranjeros (Auslandswerte), mercancías (Waren), exportación (Ausfuhr), importación (Einfuhr) (114), tránsito (Durchfuhr), oro (Gold), títulos-valores (Wertpapiere), títulos-valores interiores (inländische Wertpapiere) y títulos-valores extranjeros (ausländische Wertpapiere) (115).

El régimen de las inversiones de capital extranjero para el ámbito económico de la República Federal Alemana viene contenido fundamentalmente en el § 23 de la Ley de economía exterior (AWG) y en los §§ 57 y 58 del Decreto para su aplicación (AWV). Con el título "inversiones de dinero y capital por extraños al territorio" se especifican las limitaciones que se imponen al principio general de libertad de inversión proclamado en el § 1 de la Ley para el tráfico de capitales y el comercio exterior (AWG).

En el párrafo primero del § 23 (AWG) se dispone que los negocios jurídicos celebrados entre los establecidos en el territorio federal y los extraños al territorio pueden ser limitados cuando tienen por objeto: 1. La adquisición remuneratoria de bienes inmuebles en

en *Deutsche Ausseiwirtschafts-Rundschau* (1961), págs. 101 y sigs.; LÜKE y WOLFF, *Meldebestimmungen im Auslandszahlungsverkehr nach Inkrafttreten des Ausseiwirtschaftsgesetzes*, en *VWV-Reihe*, 4 (1961); LÜTHJE, *Leitfaden durch den Ausseiwirtschaftsverkehr nach der Neuordnung am 1-9-61*, *Commerzbank AG* (1961); HOCKE, *Die Meldevorschriften des Ausseiwirtschaftsrechts*, en *Deutsche Ausseiwirtschafts-Rundschau* (1962), págs. 101 y sigs.; WINTER, *Übersicht über die Meldungen im Auslandszahlungsverkehr*, en *Deutsche Ausseiwirtschafts-Rundschau* (1963), págs. 171 y sigs.; FRYDECKY, *Meldungen im Ausseiwirtschaftsverkehr*, en *Der Betrieb* (1964), págs. 211 y sigs.; BRENNER, *Zur Vorlagepflicht von Geschäftunterlagen im Ausseiwirtschaftsverkehr*, en *Der Betrieb*, 28 (1969), págs. 1231 y sigs.

(112) Cfr. WIENHOLT, *Die devisenrechtliche Genehmigung*, Göttingen, 1964.

(113) Cfr. FRYDECKY, *Eine Nomenklatur der Gebietsbegriffe*, en *Deutsche Ausseiwirtschafts-Rundschau* (1964), págs. 22 y 43.

(114) Cfr. LANGE, *Zum Begriff des Einführers*, en *Deutsche Ausseiwirtschafts-Rundschau* (1964), págs. 81 y sigs.; PROBST, *Zum Begriff des Einführers nach § 23 AWG*, en *Deutsche Ausseiwirtschafts-Rundschau* (1964), págs. 64 y sigs.; TIEDTKE, *Die Anwendung der Begriffe "Einfuhr" und "Einführer" im Ausseiwirtschaftsrecht*, en *Deutsche Ausseiwirtschafts-Rundschau* (1964), págs. 204 y sigs.

(115) Cfr. HOCKE, *Zur Terminologie des Ausseiwirtschaftsrechtes*, en *Deutsche Ausseiwirtschafts-Rundschau* (1962), págs. 67 y sigs.

el ámbito económico federal o de derecho sobre dichos bienes inmuebles por los extraños al territorio; 2. La adquisición remuneratoria de barcos que están inscritos en el registro jurídico de buques del ámbito económico federal o de los derechos sobre dichos barcos por los extraños al territorio federal; 3. La adquisición remuneratoria de empresas con sede en el territorio federal y participación en tales empresas por los extraños al territorio federal; 4. La adquisición remuneratoria de títulos-valores nacionales por los extraños al territorio federal; 5. La adquisición remuneratoria de letras de cambio que un establecido en el territorio federal suscribe o acepta de un extraño a dicho territorio; 6. La toma de préstamos y otros créditos, así como la utilización de términos o plazos de pago a través de nacionales (116); 7. La utilización de cuentas y obtención de intereses por los extraños al territorio federal en las instituciones monetarias del ámbito económico nacional (117).

En el párrafo segundo del § 23 (AWG) se añade, además, que puede ser limitada: 1. La constitución de empresas con sede en el ámbito económico federal por extraños al territorio, o cuando se trate de participaciones en la constitución; 2. El equipar empresas, sucursales y complejos industriales dentro del territorio económico federal con valores patrimoniales (medios de explotación y valores de inversión) por extraños al territorio (118).

En el párrafo tercero del § 23 (AWG) se concluyen que las limitaciones de los párrafos primero y segundo son admitidas en vista de contrarrestar un perjuicio al poder adquisitivo del marco alemán o de preservar el equilibrio de la balanza de pagos.

Además de las limitaciones particulares que pueden imponerse a las inversiones de capital extranjero en la República Federal Alemana, la Ley para la economía exterior, en su § 26, establece la posibilidad que se den medidas legales (decretos, ordenanzas, etc.) por las que impongan determinados procedimientos u obligaciones de hacer declaraciones para la inversión de patrimonios o en el tráfico de pagos.

Concretamente, cuando se hagan "las inversiones patrimoniales por los extraños al territorio en el ámbito económico federal", tienen el deber de hacer su declaración.

Este deber lo impone el párrafo primero del § 57 del Decreto de aplicación (AWV) cuando se trate de: 1. Constitución o adquisición

(116) Además, § 62 AWV, cfr. RADBRUCH, *Langfristige Auslandskredite (Ein Beitrag zur Problematik der Internationalen Kapitalbewegungen)*. Tübingen, 1949.

(117) El saldo de las cuentas de instituciones bancarias o monetarias que tenga un extraño al territorio federal necesitan autorización para percibir intereses; se excepcionan los saldos de cuentas de ahorro de las personas naturales (§ 53 AWV). Con posterioridad, el *Mitteilung Nr. 7004/64 der Deutschen Bundesbank betr. Bekanntmachung zu § 53 der AWV: Verzinsung von Terminguthaben von 20 März 1964*, en *Bundesanzeiger*, Nr. 58/64.

(118) Cfr. MEISSNER, *Betriebswirtschaftliche Probleme von Auslandsinvestitionen*, en *Zeitschrift für Betriebswirtschaft*, 35-11 (1965), págs. 713 y sigs.

de empresas; 2. Establecimiento o adquisición de sucursales (119); 3. Establecimiento o adquisición de complejos industriales; 4. Adquisición o participación en empresas; 5. Equipamiento de empresas, sucursales o complejos industriales con medios de inversión o subvenciones; 6. Admisión de préstamos a empresas que pertenecen al acreedor residente fuera del territorio federal o que participa directa o indirectamente, o que tiene una influencia preponderante en la dirección de los negocios, debido a que ha otorgado el préstamo.

Según el párrafo segundo del § 57, con arreglo al § 58, y siempre que se relacionen las inversiones patrimoniales en el sentido del párrafo primero, deben declararse: 1. Las enajenaciones de empresas, sucursales, complejos industriales o participaciones; 2. La disolución de empresas, así como la supresión de sucursales o de complejos industriales; 3. La devolución de préstamos.

El párrafo tercero de este § 57 precisa, además, que el deber de declaración, establecido en los casos de los párrafos primero y segundo del número 3, solamente se aplican cuando se acepten o aleguen prestaciones dentro del ejercicio anual que superen el valor de diez mil marcos.

El párrafo cuarto del § 57 añade que las medidas sobre declaración dadas en los §§ 59 al 69 permanecen inalterables (120).

El § 58, con el título "obligaciones de declaración, según el § 57", en su párrafo primero, dispone que existe deber de declaración: 1. En los casos del § 57, párrafo primero, por los establecidos en el territorio federal que se comprometen a una prestación; 2. En los casos del párrafo segundo, número 1, cuando el establecido en territorio federal recibe una inversión patrimonial; 3. En los casos del § 57, párrafo segundo, número 2, cuando el establecido en territorio federal disuelve una empresa, lleva a cabo una liquidación o supresión de una sucursal o de un complejo industrial y por aquél que la ha dirigido hasta la supresión de la sucursal o del complejo industrial; 4. En los casos del § 57, párrafo segundo, número 3, cuando el establecido en territorio federal alega una prestación monetaria.

Por último, en el párrafo segundo del § 58, se dispone que las declaraciones se hacen en el impreso conocido por "Inversiones patrimoniales de los extraños al territorio en el ámbito económico" (Anexo K 2). Las demás se rigen por lo dispuesto en el § 56, párrafo segundo (121).

(119) Cfr. GOTZEN, *Ausländische Zweigniederlassungen in der Bundesrepublik Deutschland. Meldepflichten, Firma, Eintragung, Arbeitsrecht*, en *Internationale Wirtschafts-Briefe*, 14-4 (1968), págs. 99 y sigs.

(120) Una modificación posterior del párrafo se acometió por la *Zehnte Verordnung zur Aenderung der Ausseiwirtschaftsverordnung von 14-II, 1967*, en *Bundesgesetzblatt*, 1967, 1, pág. 193.

(121) Una modificación de este párrafo es llevada a cabo por la *Zehnte Verordnung zur Aenderung der Ausseiwirtschaftsverordnung von 14-II, 1967*, en *Bundesgesetzblatt* 1967, 1, pág. 193.

En general, las entidades o corporaciones extranjeras reciben su capacidad jurídica del ordenamiento civil por el que se constituyen. La Constitución federal les reconoce un derecho a establecerse libremente (122), si bien han de contar con la autorización del Gobierno local en que se instalen (123). Para las empresas extranjeras, que pertenecen al ámbito de las de tipo crediticio, se rigen por lo dispuesto por la "Gesetz über das Kreditwesen" (KWG), del 10 de julio de 1961 (124), según la cual, han de tener un domicilio en el territorio federal y ha de llevar y presentar sus libros y cuentas, necesitando una licencia para establecer otras dependencias (§ 53).

Una cuestión que se plantea en la República Federal es en cuanto al deber de pagar impuestos como tales corporaciones según el derecho alemán (125). A este objeto debe determinarse la modalidad a que corresponde la corporación extranjera con las de derecho alemán según su estructura interna. La actividad económica de una entidad extranjera en Alemania la somete a los impuestos correspondientes y de una manera ilimitada cuando la sede de la dirección negocial está en el país, si bien con las pertinentes excepciones (126).

Además de los convenios y tratados sobre doble imposición (127),

(122) Cfr. *Geltung der Grundrechte des Grundgesetzes für ausländische juristische Personen*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 8 (1967), páginas 64 y sigs.

(123) Cfr. SIEG, *Die Zulassung ausländischer juristischer Personen zum Gewerbebetrieb im Inland*, en *Gewerbearchiv* (1956), págs. 106 y sigs.; JEPSEN, *Die Genehmigung des Gewerbebetriebes ausländischer juristischer Personen in der Bundesrepublik Deutschland*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 2 (1966), págs. 21 y sigs.; GLIECH, *Zur Genehmigung des Gewerbebetriebes einer dem deutschen Recht nicht vergleichbaren ausländischen juristischen Person im Inland gem. § 12 GeWO (Kritische Anmerkung zu Jepsen)*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1 (1967), pág. 22.

(124) BGBl., I, pág. 881.

(125) Cfr. HEINING, *Besteuerung der Ausländer*. Köln, 1956; HOHENSEE, *Besteuerung international verflochtener Gesellschaften*. Köln, 1961; RADLER y RAUPACH, *Deutsche Steuern bei Auslandsbeziehungen*. München, 1966; *Umsatzsteuer bei Lieferung und Montage von Maschinen durch ausländische Unternehmer im Inland*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 10 (1966), pág. 201; *Kapitalertragssteuer bei inländischen Zweigniederlassungen ausländischer Versicherungsunternehmen*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 10 (1966), pág. 202; BISCHOFF, *Die Besteuerung von Investmentgesellschaften und deren Zertifikatinhaber in der Bundesrepublik Deutschland*. Diss. Freiburg/Schweiz, 1967; WÄCKE, *Steuerliche Massnahmen zur Begünstigung von Investitionen*, en *Deutsche Landesreferate zum VII Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966*. Berlin y Tübingen, 1967, págs. 491 y sigs.; NIEMANN, *Probleme der Gewinnrealisierung innerhalb des Konzerns*. Düsseldorf, 1968.

(126) Cfr. BOTTCHER, *Beschränkte Steuerpflicht für Gewinn aus der Veräusserung wesentlicher Beteiligung an inländischen Kapitalgesellschaften durch natürliche oder juristische Personen ohne Wohnsitz oder Aufenthalt im Inland*, en *Rechts- und Wirtschaftspraxis-Blattei Handbuch*, 14 D Einkst. II B 27; MERSMANN, *Die Ertragsbesteuerung inländischer Betriebsstätten und Tochtergesellschaften ausländischer Kapitalgesellschaften*. Heidelberg, 1966.

(127) Para los convenios con Norteamérica, cfr. DEBATIN, *Reinvestitionen nach dem neuen deutsch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen*, en

el tratamiento fiscal de los patrimonios extranjeros en Alemania federal se refiere a dos supuestos: a) el de un contribuyente sin limitaciones en cuanto al patrimonio total; b) el de un contribuyente con límites en cuanto a hacer la imposición (127 bis).

La valoración de los patrimonios efectivos extranjeros se hace según las disposiciones federales (§ 26 de la Bewertungsgesetz) (128).

5. *Las inversiones extranjeras indirectas o de cartera.*

Los negocios jurídicos llevados a cabo con títulos-valores extranjeros emitidos fuera de Alemania son permitidos ilimitadamente. Las sociedades de inversión mobiliaria (Kapitalanlagegesellschaften) (129), que tienen títulos-valores emitidos por bolsas extranjeras y forman parte del patrimonio especial (§ 7, c, KAGG), necesitan una autorización (§ 24 d. KAGG).

Cuando los títulos valores alemanes se adquieran en el extranjero rige lo dispuesto en el § 22 de la "Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren" (= GVAW), del 4 de febrero de 1937 (130), que da normas para el envío por el comisionista.

La legislación vigente (AWG), en su § 4 (2) 7, 8 y 9, establece lo que debe entenderse por títulos-valores de acuerdo con la ley sobre tenencia y adquisición de títulos-valores de 1937 (GUAW), y cuáles son los del país y cuáles son los extranjeros. Se entienden como títulos-valores las acciones, las acciones mineras ("Kuxe", típicas ale-

Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters, 9 (1966), págs. 165 y sigs.; MENCK, *Die Revision des deutsch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommens*, en *Die Aktiengesellschaft*, 2 (1966), págs. 48 y sigs.; SCHUBERT, *Dividendenbesteuerung nach dem deutsch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen*, en *Die Wirtschaftsprüfung*, 13 (1966), págs. 354 y sigs.; BELLSTEDT, *Reinvestitionen nach dem neuen deutsch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen*, 18 (1966), págs. 363 y sigs.

(127 bis) FISCHER, *Bericht der Bundesregierung über steuerliche Möglichkeiten der ausserwirtschaftlichen Absicherung*, en *Bulletin der Presse und des Informationsamtes der Bundesregierung* (1969), pág. 39.

(128) Cfr. GURSKI, *Auslandsvermögen in Deutschland*, en *Rechts- und Wirtschaftspraxis*. Blattei Handbuch pestaña 4: *Das Auslandskapital in der Westdeutschen Wirtschaft*, en *Berichte des Deutschen Wirtschafts-Institutes* (Berlin-Ost), 14-11 (1963), págs. 1 y sigs.

(129) Las rige la *Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften* (= KAGG), del 16 abril 1957 (BGBl, I, pág. 378), cfr. TORMANN, *Das neue Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften*, en *Das Wertpapier* (1957), págs. 142 y sigs.; TORMANN y SIARA, *Kommentar zum Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften*. Frankfurt am Main, 1957; SCHULER, *Die Kapitalanlagegesellschaften, ihre Sondervermögen und Anteilscheine*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1957), págs. 1049 y sigs.; von GIERKE, *Die deutschen Kapitalanlagegesellschaften*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, 121 (1958), págs. 126 y sigs.; GLASER, *Investmentgesellschaften mit Anlagefonds für Wertpapiere und Sachwerte*, en *Der Betrieb* (1959), págs. 1278 y sigs.; von CAEMERER, *Kapitalanlage- oder Investmentgesellschaften*, en *Juristenzeitung* (1958), págs. 41 y sigs.; TORMANN *Die Investmentgesellschaften*, 3.^a ed. Frankfurt am Main, 1969.

(130) RGBl., I, pág. 171.

manas), los talones bancarios, los dividendos de intereses o de ganancias, talones de renovación, cheques nominativos o a la orden, los billetes y el papel-moneda.

Excepcionalmente, la legislación vigente establece que ciertos negocios jurídicos necesitan de una autorización cuando la adquisición remuneratoria de la inversión dineraria tiene como contrapartida dentro del país, obligaciones del Tesoro, bonos del Tesoro sin interés, letras de provisión o de tráfico bancario giradas por un establecido en el territorio y que son pagaderas en el ámbito económico federal en marcos alemanes; también las letras propias del tráfico bancario que ha girado un establecido en el territorio, letras que ha girado un establecido o que ha tomado una institución de crédito establecida en el país en tanto que la adquisición del mencionado valor resulte en beneficio de un extraño al territorio a través de un establecido en el país.

También tienen el deber de pedir una autorización los establecidos en el país cuando se trate de adquisiciones remuneratorias a extraños al territorio de títulos-valores con intereses fijos y la obligación por parte de los establecidos de volver a adquirir los títulos-valores a un determinado precio fijo (§ 23 párrafo primero, núm. 4 y 5 de la AWG).

La autorización no es necesaria cuando se trata de ciudadanos alemanes o de sus familiares a quienes un funcionario alemán ha confiado el cumplimiento de una tarea en un territorio económico extraño o está al servicio en una organización paraestatal o permanece en las Naciones Unidas (§ 54 AWV).

La ley sobre Bolsa del 27 de mayo de 1908 (Börsengesetz) (131) da normas para las actuaciones de las empresas trashumantes que poseen títulos-valores extranjeros, en las que se prohíbe actuar antes de pasar un año de su inscripción en el registro mercantil y de la publicación de su balance de pérdidas y ganancias (§ 41); también se disponen normas para los medios de pago extranjeros aceptados en bolsa (§ 96). Esta legislación se complementa por la "Comunicación respecto a la autorización de títulos-valores en el tráfico de bolsa", del 4 de julio de 1910 (132), sobre la autorización que necesitan las participaciones de una sociedad extranjera (§ 3).

En cuanto a la ley sobre cheques (Scheckgesetz), del 14 de agosto de 1933 (133), se dispone que si están expresados en moneda extranjera deben convertirse en la moneda del país de pago según el valor del día de su presentación al cobro (art. 36). Lo mismo se dispone por la legislación sobre letras de cambio (Wechselgesetz), del 21 de junio de 1933 (134), necesitando que se convierta la moneda extranjera en la del país de su vencimiento.

(131) RGBI, III, pág. 4110-1.

(132) RGBI, 1910, pág. 917.

(133) RGBI, I, pág. 597.

(134) RGBI, I, pág. 399.

Ciertas limitaciones resultan para determinadas inversiones y para las empresas extranjeras dentro de la Alemania Federal (135).

Normas especiales rigen para aquellos negocios que normalmente llevan a cabo personas con residencia, sede o establecimiento principal en el ámbito de participación del marco alemán oriental o comercio interzonal (Interzonenhandel) con la Alemania del Este.

6. *La eficacia del régimen jurídico liberalizado y el volumen adquirido por las inversiones de capital extranjero en la República Federal Alemana.*

La República Federal Alemana adopta un sistema que parte del principio general de libertad del tráfico de capitales dentro de una economía de mercado abierto, ahora bien, sin olvidar los controles necesarios en cuanto a la defensa de sus intereses nacionales y de su balanza de pagos. Es decir, que si el principio general es la proclamación de una igualdad de derechos fundamentales para los nacionales y extranjeros, no obstante, se establecen las debidas excepciones, existiendo la posibilidad de tomar medidas de control y de defensa, tanto de las inversiones (135 bis) como para atajar los movimientos especulativos o de retorsión que puedan amenazar el poder adquisitivo de la moneda; debido a esto, se determinan específicamente las medidas apropiadas por el nuevo ordenamiento jurídico sustantivo (AWG) y reglamentario (AWV) (136).

(135) Para evitar abusos se han establecido determinados controles, cfr. MOSHEIM, *Zwangsguthaben oder nützliche Investitionen?*, en *Der Betrieb* (1951), págs. 382 y sigs.; STROBL y KELLMANN, *Umwandlung einer inländischen Betriebsstätte eines ausländischen Unternehmens in eine deutsche Tochtergesellschaft*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 19 (1967), págs. 385 y sigs.; MEILICKE, *Korporative Versklavung deutscher Aktiengesellschaften durch Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge gegenüber in- und ausländischen Unternehmen*, en *Berliner Festschrift dargebracht von Mitgliedern der Juristischen Fakultät zum 65. Geburtstag Ernst. E. Hirsch*. Berlin y München 1968.

(135 bis) Cfr. EHLERS, *Schutz von Auslandsinvestitionen in Friedenszeiten*, en *International Bar Association Conference Report*, 7 (1958), págs. 475 y siguientes; SEILD-HOHENVELDERN, *Judicial Protection of Foreign Investments*, en *Mélanges Séfériades* (1961), págs. 255 y sigs.; BÖCKSTIEGEL, *Der gegenwärtige Schutz von Auslandsinvestitionen im allgemeinen Völkerrecht*, en *Der Betrieb* (1964), págs. 1471 y 1507 y sigs. ABS, *Grundsatzfragen zur Förderung und zum Rechtsschutz privater Auslandsinvestitionen*, en *Neue Perspektiven aus Wirtschaft und Recht*. Hans Schäffer zum 80. Geburtstag am 11. April 1966. Berlin y München, 1966, págs. 175 y sigs.; NIESSEN, *Der Schutz der Grundrechte ausländischer juristischer Personen*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 22 (1968), págs. 1070 y sigs.

(136) Sobre la orientación jurisprudencial, v.: *Oberlandesgericht Nürnberg*, S. 26-IX-1963, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 9 (1964), página 302; *Oberlandesgericht Hamburg*, S. 22-II-1962, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, (1962), pág. 355. Para el comercio exterior cfr., PIKART, *Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Aussenhandelsrecht*, en *Wertpapiermitteilungen* (1960), parte IV B, págs. 2 y sigs.

La conveniencia de ofrecer unos canales idóneos psicológica y legalmente al mercado internacional de capitales es una finalidad que ha sido consciente en los responsables de la Alemania federal (137). A ello contribuye el grado de madurez de sus corporaciones institucionales (Bancos, Bolsas, Cajas de Ahorro, agentes mercantiles, etc.), que son las más interesadas en que se cumplan las normas y preceptos establecidos (138), lo mismo que la doctrina autorizada cuando advierte y difunde las ventajas que reportan las inversiones de capital extranjero, fundamentalmente por sus aportaciones y nuevas ideas al país en cuanto a los métodos perfeccionados que aplican en la producción y en el mercado (139).

La consciencia de la necesidad de los capitales extranjeros para la restauración de una economía deprimida y socavada por un desastre bélico se hizo patente ya en el período de postguerra (1945-1959), a pesar de las medidas restrictivas del control de cambios (140); sin embargo, comienzan a destacar ya el volumen creciente de las inversiones norteamericanas, las primeras en acudir (141).

El nuevo régimen jurídico para las inversiones de capital extranjero, instaurado por la Ley de economía exterior (AWG) y su Decreto de aplicación (AWV), les da un impulso tan notable que llegan a alcanzar en pocos años un porcentaje de participación muy elevado (142). En cumplimiento de la notificación que ha de darse al público,

(137) Cfr. SANDIG, *Finanzierung mit Fremdkapital*. Stuttgart, 1965; FLICK, *Die Bedeutung ausländischer Basisgesellschaften für die deutsche Aussemmwirtschaft*, en *Finanzarchiv*, 24 (1965), págs. 413 y sigs.; LIPFERT, *Internationaler Kapitalverkehr als Integrationsfaktor*, en *Sparkasse*, 7 (1965), págs. 193 y sigs.; JÜRGENSEN, *Einflüsse der Direktinvestitionen auf Struktur und Wachstum der Westdeutschen Volkswirtschaft*, en *Schmöllers Jahrbuch*, 86-4/6 (1966), páginas 478 y sigs.; *Kanäle des Kapitalimports*, en *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, 7 (1966), págs. 272 y sigs.

(138) Cfr. MASSOT, *Les banques et l'investissement en Allemagne occidentale*. Paris, 1960; GUNTHER, *La nuova legge bancaria tedesca*, en *Bancaria*, 18 (1962), págs. 15 y sigs.; KEGEL, *Die Bankgeschäfte im deutschen internationalen Privatrecht*, en *Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte*. Rudolf Schmidt, Gedächtnisschrift. München y Berlin, 1966; ARCUCCI, *La banca federale tedesca nell'economia della Germania occidentale*. Milano, 1968.

(139) Cfr. MÜLLER-ENDERS, *Ausländische Investitionen in Deutschland*, en *Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung*, Nr. 112, 26 August 1966, pág. 885.

(140) Cfr. *Ausländische Beteiligungen an westdeutschen Unternehmen*. Berlin, 1961; WERTHEIMER, *Voraussetzungen zur Lenkung amerikanischen Investitionskapital nach Deutschland*, en *Wirtschaftsdienst*, 33 (1953), págs. 758 y sigs.

(141) Cfr. *Amerikanische Beteiligung an Westdeutschen Unternehmen*, en *Berichte des Deutschen Wirtschafts-Instituts*, 2-7/8 (1951), págs. 1 y sigs.; *Die Probleme der Amerikanischen Auslandsinvestitionen*, en *Wirtschaftsdienst*, 33 (1955), págs. 755 y sigs.; PHILIPPS, *American Direct Investment in West German Manufacturing Industries, 1945-1959*, en *Current Economic Comment*, XXII (mayo 1960), págs. 29 y sigs.; *Les investissements américains dans la République fédérale d'Allemagne*, en *Problèmes économiques*, 853 (1964), págs. 14 y sigs.; CHRISTEN, *Die amerikanischen Auslands-Investitionen in der Nachkriegszeit: Ihre Motive und Wirkungen*. Winterthur, 1966.

(142) Cfr. en *Wirtschaft und Statistik*, 5 (1961), págs. 282 y sigs.; y 5 (1963), páginas 282 y sigs.

según disponen los §§ 57 y 58 de la AWV, el Ministerio Federal de Economía totaliza el volumen de las inversiones de capital extranjero para el período que comprende desde el 1-IX-1961 hasta el 30-VI-1965, cuyo aporte asciende a 6,5 miles de millones de DM (143).

En una nueva comunicación del Ministerio Federal de Economía, que comprende el período que va desde el 1-IX-1961 al 30-VI-1966, las inversiones de capital extranjero totalizan una suma de 9.118,6 millones de DM (144), alcanzando al final del año 1966 un total de 10.600 millones de DM (145).

Por su parte, el Banco Federal Alemán también publica una información muy significativa sobre el volumen de inversiones de capital extranjero, según los países participantes, su proporción cuantitativa anual y los sectores o materias a que se dedica (146).

Concretamente en el año 1964, de las 52.800 sociedades alemanas, 2.700 participaban de capital extranjero; el capital nominal de las empresas con participación extranjera resultaba, pues, de un 15,9 por 100 (147). En el año 1965, el capital social nominal de las empresas alemanas ascendía a 72,4 miles de millones de DM., de los cuales 12,1 eran participaciones extranjeras o de empresas extranjeras, por lo que dicha participación alcanzaba en este año un 16 por 100 del capital total invertido (148).

En el año 1965, los países que participaron con mayor volumen de inversiones en la República Federal Alemana son: Norteamérica con 719,6 millones DM., es decir, el 38,2 por 100; Holanda con 326,0 millones DM., o sea, el 17 por 100; Suiza con 210,9, o sea,

(143) *Runderlass Nr. 41/65 (Bundesanzeiger Nr. 222, del 26-XI-1965)*; también, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 11-1 (1965); *Les participations étrangères au capital des sociétés allemandes à la fin de 1964*, en *Problèmes économiques*, 918 (1965), págs. 13 y sigs.

(144) *Runderlass Nr. 42/66 (Bundesanzeiger Nr. 215 del 18.XI.1966)*, cfr. *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 12-23/24 (1966), pág. 485.

(145) "10.600 millones de marcos: Inversiones extranjeras en Alemania", en *Boletín Semanal de Asuntos Alemanes*, publicado por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal Alemán, 14-31 (18 agosto 1967), pág. 3.

(146) "Die Höhe des ausländischen Beteiligungskapitals", en *Monatsberichte der Deutschen Bundesbank* (mayo 1965), págs. 435 y sigs. (noviembre 1966), págs. 15 y sigs. (mayo 1969) págs. 22 y sigs. Según esta última estadística, el valor nominal de la participación de capital extranjero desde 1964 a 1968 es la siguiente: 1964, 11.643 millones DM; 1965, 13.594 millones DM; 1966, 15.193 millones DM; 1967, 16.825 millones DM; 1968, 18.023 millones DM.

(147) Cfr. BENNING, *Auslandskapital in der Bundesrepublik Deutschland. Umfang des ausländischen Direktinvestitionen und Einflüsse auf Volkswirtschaft und Kreditwirtschaft*, en *Schmöllers Jahrbuch*, 86-4/6 (1966) págs. 435 y sigs.; ADEBAHR, *Auslandskapital in der Bundesrepublik Deutschland. Bericht über eine wissenschaftliche Tagung der Adolf-Weber-Stiftung in Frankfurt am Main* (21.7.1966), en *Schmöllers Jahrbuch*, 86-4/6 (1966), págs. 469 y sigs.

(148) "Les investissements directs entre la République fédérale allemande et l'étranger en 1965", en *Problèmes économiques. Documentation française*, 989 (1966), págs. 26 y sigs.; "Die Höhe des ausländischen Beteiligungskapitals", en *Monatsberichte der Deutschen Bundesbank* (noviembre 1966), págs. 15 y sigs.; en *Wirtschaft und Statistik*, 3 (marzo 1966).

el 13,4 por 100; Gran Bretaña con 155,6, que supone el 10 por 100; Francia con 56,3, o sea el 6,5 por 100; Bélgica-Luxemburgo con 91,5, o sea, un 5,2 por 100; otros países con 135,0, o el 9,7 por 100.

En este mismo año, las materias objeto de atención por los inversores son: productos del petróleo con 2,2 mil millones DM; acero, máquinas, autos, buques con 2,1 mil millones DM; industria química con 1,5 mil millones DM; alimentación con 1,3 mil millones DM; electrónica, óptica mecánica de precisión, industria de la música y deportiva con 1,3 mil millones DM.

El saldo de la deuda exterior de las empresas, en septiembre de 1966 ascendía a 4 mil millones DM (149), sin contar el de los institutos de crédito: el de los créditos extranjeros del Bundesbank alcanzaba 29,5 mil millones de DM; el de los créditos a corto plazo de las empresas era de 5,5 mil millones DM; el de los créditos a largo plazo suponía 4,8 mil millones DM; y, el saldo de los títulos valores era de 2 mil millones DM (150).

La participación norteamericana en la inversión de capitales privados dentro de la Alemania federal es de gran volumen e importancia, si se compara con la realizada en otros países (151) y, concretamente, en Europa (152).

Para el año 1964, Norteamérica invierte 6,1 mil millones de dólares en Europa, de los cuales 400 millones en Alemania federal; en 1965 invierte 7,1 mil millones de dólares, de los cuales 596 millones en Alemania; en 1966 invierte 8,8 mil millones de dólares, de los cuales 848 millones se invierten en la República federal. Con las medidas restrictivas de la administración Johnson, se advierte un cierto declive en estas inversiones americanas tanto para Europa como para Alemania (152 bis).

En 1966, la tendencia advertida es la de una progresiva subida de las inversiones indirectas o de portafolio, que alcanzan los 330 millo-

(149) Cfr. en *Monatsberichte der Deutschen Bundesbank* (1966), pág. 3.

(150) De 1960 a 1963 se produce un movimiento de especulación, que lo viene a frenar el impuesto sobre el cupón que se establece a partir de 1964.

(151) Cfr. BONHOEFFER, *Weltumspannende Investitionstätigkeit der Vereinigten Staaten. Zur Entwicklung der privaten amerikanischen Kapitalanlagen im Ausland*, en *Wirtschaftskonjunktur*, 16-3 (1964), págs. 26 y sigs.; CHRISTEN, *Die amerikanischen Auslands-Investitionen in der Nachkriegszeit: Ihre Motive und Wirkungen*, Winterthur, 1966; NIEHUS, *Konzernumlagen bei ausländischen Tochtergesellschaften (Neue Richtlinien der Steuerbehörden in USA)*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 2 (1967), págs. 64 y sigs.

(152) Cfr. STANDKE, *Amerikanische Investitionspolitik in der EWG*. Berlin, Köln, Frankfurt am Main, 1965; DEUTSCHE BUNDESBANK, *Die Amerikanischen Kapitalinvestitionen in Europa*, en *Auszüge aus Presseartikeln*, 15 (1967), págs. 13 y sigs., donde se constata cómo el volumen de inversiones de las firmas americanas asciende de los 2.000 millones de dólares en 1950 a los 14.000 millones de dólares en 1965.

(152 bis) "US-Firmen werden ihre Investitionen in der Bundesrepublik auch 1967 weiter erhöhen", en *Informationen Schnelldienst*, 19-49 (1966), págs. 10 y sigs.

nes de marcos, en cambio, se nota el decrecimiento de las inversiones directas si bien, en contrapartida, los créditos y préstamos totalizan cerca de los 600 millones de marcos (153).

Al cierre del año 1966, las inversiones de capital extranjero en la República Federal Alemana alcanzaban la cifra de 10.600 millones de marcos, equivalente a unos 2.650 millones de dólares (154). Esta suma se desglosa en los epígrafes siguientes: inversiones procedentes de naciones europeas, 5.600 millones (de los cuales, 2.350 millones del ámbito del Mercado Común y 3.300 millones de la Asociación Europea de Libre Comercio); las inversiones americanas en el sector económico ascienden a 4.900 millones de marcos, de los cuales 4.500 fueron aportados por los Estados Unidos de América; las inversiones africanas fueron del orden de los 3,3 millones de marcos, mientras que las asiáticas llegaron a los 31 millones; finalmente, se debe mencionar Australia con 100.000 marcos.

Durante el primer semestre de 1968, el aumento neto de las inversiones extranjeras tan sólo fue de 1.211,1 millones de marcos, lo que representa un descenso en relación con el primer semestre de 1967, que alcanzó los 2.134,5 millones (155), concluyéndose el año con un total de 2.248 millones de marcos (155 bis).

Del total de las inversiones netas de capital procedían de Europa unos 7.410,3 millones de marcos; de los países miembros de la Comunidad Económica Europa unos 3.304,6 millones, de los países de la EFTA unos 4.092,1 millones y de los restantes países 13,6 millones de marcos.

En el período de tiempo que va del primero de septiembre de 1961 al 30 de junio de 1968, el capital procedente de América ascendía a 8.266,2 millones de marcos; la mayor parte (8.001,1 millones) había sido aportada por empresas norteamericanas y canadienses, viniendo a continuación las centroamericanas (163 millones) y las sudamericanas (102 millones). Las inversiones de los países asiáti-

(153) Cfr. ABS, *Rückwirkungen der Direktinvestitionen auf Zahlungsbilanz und Kapitalmarkt*, en *Schmöllers Jahrbuch*, 86-4/6 (1966), págs. 469 y sigs.; "Zahlungsbilanz der Bundesrepublik", en *Börsen und Wirtschafts-Handbuch* 1967, 104 (1967), págs. 185 y sigs.

(154) Cfr. *Boletín Semanal de Asuntos Alemanes*, publicado por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal Alemán, XIV-31 (agosto 1967), pág. 4.

(155) Cfr. "Inversiones extranjeras", en *Boletín Semanal de Asuntos Alemanes*, publicado por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal Alemán, 15-46 (1968), pág. 354. Durante los meses de julio y agosto de 1968, las inversiones directas de capital extranjero ascendieron a 166 y 95 millones de marcos, respectivamente; cfr. "Statistische Beihefte zu den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank", 3 Reihe. Zahlungsbilanzstatistik (septiembre 1968), n. 11.

(155 bis) Cfr. "Inversiones en el extranjero", en *Boletín Semanal de Asuntos Alemanes*, publicado por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal Alemán, 16-35 (3 octubre 1969), pág. 269. Una información muy completa y detallada en: "Die Höhe des ausländischen Beteiligungskapitals", en *Monatsberichte der Deutschen Bundesbank*, 21-5 (mayo 1969), páginas 22-30.

cos totalizaron 42,2 millones de marcos, las de los africanos 9,3 y la de los australianos 0,7 millones de marcos.

Ante la creciente e intensa corriente de capitales extranjeros en la República federal, no han faltado voces que hayan llamado la atención contra un peligro de control de ciertos sectores de la industria alemana por grupos extranjeros; sin embargo, los más autorizados destacan los beneficios que aportan tales inversiones extranjeras, tanto por su poder económico como por los nuevos métodos de producción que introducen (156). Incluso, aquí puede hablarse más del espejismo que ellas crean (157), puesto que, en realidad, el capital nominal de las empresas con participación extranjera en 1965 no había alcanzado una proporción del 15,9 por 100; en este año, Alemania contaba con 52.800 sociedades, de las que sólo 2.700 participaban con capital extranjero, lo que resultaba una proporción del 5 por 100 (158).

En definitiva, la eficacia de la Ley para la economía exterior (AWG) y su Decreto de aplicación (AWV) es patente; el que haya tomado como base un principio liberal de apertura al tráfico de capitales, con una serie de controles institucionales y un sistema de excepciones bien medido, ha tenido resultados de un éxito positivo. El cauce normativo ha sido así una contribución del mantenimiento del equilibrio de los impulsos económicos, puesto que el mecanismo legal ha previsto una serie de medidas concretas que van desde las más generales, como la que impone un *deber de declaración* (§ § 55-58 AWV), hasta las más excepcionales o restrictivas, de una *autorización* ante ciertas prohibiciones (§ § 2, 3 y 30 a 32 de la AWG y § 1 a 4 de la AWV), sancionadas con un régimen disciplinario (159).

El sentido de responsabilidad firmemente arraigado en las instituciones bancarias, la vigilancia y dirección del Banco Federal Alemán son también la mejor garantía que contribuyen al éxito y control de los propios intereses del país.

(156) Cfr. MÜLLER-ENDERS, *Ausländische Investitionen in Deutschland*, en *Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung*, Nr. 112 (agosto 1966), págs. 885 y 886.

(157) Cfr. HARTMANN, *Das "Gespenst" der USA Investitionen*, en *Wirtschaftsdienst*, IX (1965), págs. 569 y sigs.

(158) Cfr. BENNING, en *Schmöllers Jahrbuch*, 86-4/6 (1966), pág. 436.

(159) Cfr. HOCKE, *Die materiellen Verwaltungsunrechts- und Strafstatbestände im Ausseiwirtschaftsgesetzentwurf der Bundesregierung*, en *Deutsche Ausseiwirtschafts-Rundschau* (1960), págs. 46 y sigs.; LANGEN, *Die Strafbarkeit von Verbandspersonen nach Entwurf des Ausseiwirtschaftsgesetzes*, en *Deutsche Ausseiwirtschafts-Rundschau* (1960), págs. 164 y sigs.; KOHLHAAS, *Die Straf- und Bussgeldvorschriften des Ausseiwirtschaftsgesetzes*, en *Juristische Wochenschrift* (1960), págs. 2294 y sigs.; HOCKE, *Zur Frage der Strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Ausfühlers im Ausseiwirtschaftsrecht*, en *Deutsche Ausseiwirtschafts-Rundschau* (1964), págs. 21 y sigs.; HOCKE, *Die Straf- und Bussgeldnormen des Ausseiwirtschaftsrechts*, en *Deutsche Ausseiwirtschafts-Rundschau* (1964), págs. 101 y 144. Sin embargo, se ha puesto de relieve la falta de una reglamentación por la AWG referente a las posibles indemnizaciones, cfr. ZINKEISEN, *Das Fehlen einer Entschädigungsregelung im Ausseiwirtschaftsgesetz*. Diss. München. 1968.

VIDA JURIDICA

Notas críticas

«La financiación de empresas mediante tipos especiales de obligaciones», por Luis de Angulo Rodríguez. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. 1968, 211 págs.

Estamos ante un libro fundamental en la bibliografía mercantil española. Fundamental por la importancia económica del fenómeno de la emisión de obligaciones en nuestra patria; basta —en efecto— consultar las estadísticas más recientes. Y fundamental —también—, por la ausencia de estudios monográficos en esta materia. A las clásicas páginas de GARRIGUES y URÍA, sólo podía añadirse el libro de ARRILLAGA (1952) y algunos trabajos de VELASCO ALONSO (R. D.º M., 1949, R. D. P., 1950, R. D.º M., 1953); VERDERA («Anuario di Diritto Comparato», 1954) y VILASECA (R. J. Cat., 1965).

El libro del profesor ANGULO consta de tres partes: a) Una «Introducción» en la que se estudian una serie de conceptos generales para la comprensión de la materia y en la que se trazan las líneas delimitativas de la misma. b) Una «primera parte» en la que se estudian las obligaciones con rendimiento variable, distinguiendo obligaciones con cláusula de revalorización y obligaciones con cláusula de participación. c) Una «segunda parte» en la que se estudian las obligaciones convertibles en acciones.

Examinemos, siguiendo el orden de exposición del autor, los principales puntos abordados en su estudio.

La financiación de la empresa puede ser interna o propia (autofinanciación o ampliación de capital), o externa o ajena (crédito oficial o privado y emisión de obligaciones). La emisión de obligaciones aporta fondos con vínculo de crédito (no de capital), tiene un público especial y determinado, orientándose a inversionistas que no quieren arriesgar capital ni rendimientos y que están al margen de la especulación.

La operación de emisión tiene dos fases: la emisión propiamente dicha y la suscripción de las obligaciones. Son dos voluntades, una oferta y una aceptación. Esta afirmación hace que el autor se enfrente con valentía y con originalidad a el problema de la función que representa el Comisario en la escritura pública de la emisión de obligaciones. Para él, la escritura es una mera condición de formalidad, impuesta por la ley a la oferta hecha por la sociedad emisora y la intervención del comisario es con «función fiscalizadora» y no como parte de un contrato. El autor basa sus afirmaciones en el 113 de la L. A. S. que habla de que el comisario «concorre» al «otorgamiento del contrato de emisión». Concorre —dice ANGULO—, no a la celebración de un contrato, sino al otorgamiento de una escritura en la que se formaliza un acuerdo social, que el comisario viene a fiscalizar. Por eso, la ratificación del 117 hay que entenderla en el sentido de «adhesión». Nos

parece muy acertada la postura del autor, que supera la tesis —que nos parece equivocada—, de que el comisario es un representante de los obligacionistas. La representación voluntaria no cabe y la legal no la ostenta (cfr. p. 3, art. 117 LSA). Igualmente nos adherimos al autor en lo referente a la significación de la escritura. Estimamos que la escritura no formaliza el contrato de emisión (tesis de URÍA), sino el acuerdo de la Junta General; este acuerdo —como muchos otros que afectan al interés de terceros—, debe instrumentarse en escritura para ser inscrito en el Registro Mercantil. Y como la escritura no formaliza el contrato de emisión, el Comisario en el otorgamiento no concurre como parte (tesis de URÍA), sino con una «función fiscalizadora».

Respecto de la naturaleza jurídica de la operación de emisión, se estudian las numerosas tesis existentes, deteniéndose en la alemana de la compraventa y en la latina del mutuo. De nuevo surge aquí la finura jurídica del autor. Para ANGULO, la alternativa mutuo-compraventa contiene dos términos que parten de presupuestos distintos. Hablando de mutuo se hace referencia a un momento cronológica y lógicamente anterior a la entrega de las obligaciones. En el caso de la compraventa se piensa sólo en la existencia de una convención sobre el título, dirigida a cambiarlo por una suma de dinero. Además, la emisión de obligaciones no siempre responde a la causa constante del mutuo. En suma: la emisión ni es mutuo ni compraventa. De «contrato de emisión» habla el artículo 113 y esta terminología es correcta porque estamos ante un contrato *sui generis*, independiente y con peculiaridades propias; además es de carácter abstracto.

La obligación emitida es un título-valor incompleto (ya que su contenido se determina por elementos exteriores al título mismo, como es el contrato de emisión). Tercia ANGULO en la polémica de si la obligación es título causal o abstracto. Esta distinción se encuentra en crisis y la prueba es el hecho de la aparición de categorías intermedias.

La remuneración de la obligación no puede restringirse, como hizo ARRILLAGA, al interés que la obligación produce. En muchos casos existen primas y premios que vienen a unirse a dicho interés. La misma ley habla de «intereses, primas, lotes y ventajas» (cfr. arts. 112, 116, 130). ANGULO matiza todos estos conceptos con gran precisión, perfilando tanto lo económico como lo jurídico y haciendo constar que los rendimientos de las obligaciones pueden ser fijos o variables, en dinero o en especie (bienes, servicios o derechos). Cita numerosos ejemplos (Fiat, Olivetti, Eni, SNCF), que son muestra del realismo jurídico que inspira la exposición del autor.

Estudia las diferencias de la obligación y la acción, distinguiendo las que se deben a la distinta posición del accionista y obligacionista (el primero es socio; el segundo acreedor), y las debidas a que la acción es parte de capital y la obligación porción de crédito. Pero junto a estas diferencias existen rasgos comunes (documentación, emisión en masa, función económica), y la evolución actual nos ofrece una doble vertiente: obligaciones con rasgos de acciones y acciones con caracteres de obligaciones; así, ambas especies de títulos se aproximan. Por ello, puede concluir ANGULO que la distinción clásica ha perdido valor y utilidad práctica.

Veamos ahora cada uno de los tipos especiales de obligaciones a que se refiere el libro de ANGULO:

- a) Obligaciones con cláusula de revalorización.
- b) Obligaciones con cláusula de participación.
- c) Obligaciones convertibles en acciones.

1. OBLIGACIONES CON CLÁUSULA DE REVALORIZACIÓN

Finalidad de este tipo de obligaciones

La depreciación monetaria es el peor enemigo de las emisiones de obligaciones. Para combatir este defecto surgen las obligaciones con cláusula de revalorización, que son aquellas cuyos rendimientos, suma a reembolsar o ambas cosas al mismo tiempo, varían conforme a las fluctuaciones de un índice preestablecido, multiplicándose en cada vencimiento por un coeficiente variable en función del índice adoptado. La admisibilidad jurídica de este tipo de obligaciones tiene como presupuesto la validez jurídica de las cláusulas de escala móvil que ANGULO fundamenta en un meticoloso estudio de la legislación actual y de la jurisprudencia, y sobre todo, en el artículo 1.255 del Código civil. Las limitaciones establecidas en el artículo 219-3.º del Reglamento Hipotecario rigen únicamente en el ámbito de dicho reglamento. No escapa a la perspicacia del autor la pregunta que surge de esta afirmación: *¿Quid iuris* en el caso de que las obligaciones tengan garantía hipotecaria? Entonces se aplicará el Reglamento Hipotecario y sus limitaciones hacen poco útil la cláusula de revalorización.

Los índices de variabilidad

El índice —número abstracto—, es un procedimiento de seguridad con mecanismo automático; su selección dependerá de la finalidad a que se encamine. Existe tanta variedad de índices, que su número no conoce otros límites que los del ingenio humano. Son diversos los modos de clasificarlos que ha empleado la doctrina; además, son posibles los índices complejos, de naturaleza mixta. En líneas generales hay que suscribir la afirmación de ANGULO de que son preferibles los índices internos (que hacen referencia a la actividad propia de la empresa emisora), a los externos. La razón es esta: los índices externos pueden aumentar las cargas de la empresa en proporción imprevisible y sin necesaria correspondencia con un aumento de rentabilidad en la empresa.

Uno de los posibles índices internos está constituido por los propios beneficios y genera las obligaciones con participación de beneficios.

Límites cuantitativos de la emisión

Se hace un examen de las normas limitativas en el Derecho comparado y se estudia con detenimiento el sistema italiano (art. 2410), y español (art. 111 L.S.A. y 1 de la Ley de 24 de diciembre de 1964), además de la

cuestión de si las sociedades «holding» pueden y en qué límites, emitir obligaciones. ANGULO distingue el *iure condendo* y el *iure condito*, estudiando la solución española contenida en la Ley de 28 de diciembre de 1963. Refiriéndose concretamente a las emisiones con cláusula de revalorización estudia el problema de si el cómputo de la emisión hay que referirlo a las sumas desembolsadas o a las cantidades que han de reembolsarse a los obligacionistas.

Termina ANGULO la parte dedicada a las obligaciones con cláusula de revalorización, haciendo un estudio del examen económico de la operación, del elemento revalorizable, del índice revalorizador y de las modalidades de aplicación. El autor demuestra en estas páginas el íntimo contacto que mantiene con el mundo de las finanzas, su conocimiento del empresario y del inversor; huye todo formalismo y estas páginas se leen con verdadero deleite.

2. OBLIGACIONES CON CLÁUSULA DE PARTICIPACIÓN

Noción y finalidad

Una categoría de las obligaciones con cláusula de revalorización son las obligaciones con cláusula de participación en los beneficios (cfr. supra). En la emisión de estas obligaciones se establece, junto a un interés fijo y un precio de reembolso mínimo predeterminado, el derecho a un interés suplementario y una prima de reembolso variables en relación con los beneficios de la empresa. Esta definición, que es la usual en la doctrina, la perfila el autor no sólo en base a consideraciones teóricas sino legales. De nuevo aflora la extraordinaria soltura y el conocimiento profundo que de los textos legales tiene ANGULO, que no olvida el fundamental Decreto-ley de 3 de octubre de 1966.

Determina con gran perfección la línea de separación entre las obligaciones con cláusula de participación y con cláusula de revalorización. Puede atenderse a la finalidad, al índice utilizado y al efecto de la cláusula sobre los rendimientos de la obligación.

Fórmulas de participación

La participación puede ser, desde el momento de la emisión o con posterioridad a ella; puede establecerse sobre los resultados de la empresa emisora o de una empresa diferente; la participación puede ser rendimiento único o adicional; ilimitada en su cuantía o con tope máximo. Para determinar el importe de la participación habrá que recurrir a alguno de los elementos representativos de la prosperidad de la empresa y la participación debe hacerse con referencia a cada obligación (no al total de la emisión).

Naturaleza jurídica de esta cláusula

Estudia el camino asociativo, en el que hay una gama de situaciones que pueden comprender la sociedad, la aparcería, las cuentas en participa-

ción o la participación en un negocio ajeno a virtud de una cláusula parciaria, vía esta por la que el autor muestra su simpatía. Pero como en todas las cuestiones que toca en el libro no se trata de una adhesión pura a opiniones ajenas. Su postura se contiene en estas palabras: «Y esta participación del obligacionista tiene igual naturaleza jurídica que la de los obreros, es fruto de una cláusula accesoria, cláusula parciaria, incluida en la emisión de obligaciones, que, sin alterar la naturaleza de ésta, establece una remuneración a los obligacionistas, sea suplementaria o única, cuya cuantía habrá de determinarse en función de los resultados económicos de la empresa».

Pero esta preocupación jurídica del autor, se acompaña de otros matices incluso contables y fiscales. La participación puede tener el concepto de gasto a estos efectos.

Admisibilidad

Este tipo de obligaciones hay que admitirlo en el Derecho español, pese a la falta absoluta de normativa especial. El tipo, sin embargo, encuentra un límite en la Ley de Usura. La falta de tipo fijo no desnaturaliza el préstamo obligacionista; esta afirmación la fundamenta con mucho acierto ANGULO en el artículo 315 del Código de Comercio y en los artículos 112, 116 y 130 de la Ley de Anónimas. Finalmente, se hace constar que el Decreto-ley de 3 de octubre de 1966 admite explícitamente este tipo de obligaciones.

Restricciones que impone a la empresa una emisión de este tipo

a) Poder de control por parte de los obligacionistas: lo exige la buena fe del artículo 57 del Código de comercio. La tendencia existe ya en los Estados Unidos, y un cierto poder de control —de modo muy genérico—, aparece en los artículos 118 y 119 de la L. A. S.

b) Operaciones financieras que repercuten sobre el contenido económico de la participación de los obligacionistas: estudia el aumento de capital, la distribución de reservas, la reducción de capital, la fusión y la disolución de la sociedad.

Examen de la operación

Termina ANGULO el estudio de estas obligaciones con un detenido análisis de los matices económicos de la operación. Para ello estudia la finalidad del suscriptor, las razones de la *vis attrattiva* de estas obligaciones, la incidencia en el mercado de capitales, los presuntos inconvenientes de difícil comprensión por el mercado de estas obligaciones y el de parquedad de garantía frente a la inestabilidad monetaria; el posible conflicto de intereses entre los obligacionistas y los accionistas; las distintas posibilidades de la participación y sus posibles riesgos; las varias fórmulas de participación (volumen de producción, de ventas, cifra de negocios, cuenta de explotación o de pérdidas y ganancias, cuantía de beneficios, etc.). Finalmente,

destaca aquellas condiciones de la emisión que más pueden interesar a los obligacionistas y las condiciones del contrato de emisión en esta materia. de nuevo cabalga ANGULO entre lo jurídico y lo económico. Sus reflexiones están llenas de tino y acierto e interesan tanto al jurista como al economista, al empresario como al obligacionista.

3. OBLIGACIONES CONVERTIBLES EN ACCIONES

A.—El fenómeno de la convertibilidad

1. Noción de la convertibilidad

Destaca ANGULO dos puntos: la amplitud del fenómeno de la conversión y la *ratio unitatis* que liga a todos sus aspectos, lo cual le lleva a definir con gran precisión la conversión diciendo que son obligaciones convertibles las que incorporan la posibilidad de que su titular, el obligacionista, pase, en determinadas circunstancias y dependiendo o no de su voluntad, de ser acreedor de la empresa emisora a ser socio, accionista, de la misma o de otra sociedad diversa de aquella. Es un gran acierto esta construcción unitaria, que sirve para superar las construcciones parciales de la convertibilidad, a la que se consideraba como suscripción de nuevas acciones (VISENTINI), como procedimiento interno de aumento de capital (GARRIGUES, VERDERA), como un modo de amortización de las obligaciones (URÍA) o incluso como una novación objetiva del contrato de préstamo. ANGULO ha llegado a la médula de la conversión: su esencia radica en dejar de ser obligacionista para convertirse en socio. Hay, pues, un cambio de posición jurídica.

2. Fórmulas de convertibilidad

ANGULO, para mantener esa línea de claridad que es una constante de su libro, clasifica las fórmulas en torno a tres ejes:

a) Por el origen de la convertibilidad: nacida en el contrato de emisión o posterior al mismo. b) Por las acciones en que las obligaciones son convertibles: en acciones de la sociedad emisora o de sociedad distinta; en acciones ordinarias o privilegiadas. c) Por las condiciones en que haya de realizarse la conversión: convertibilidad forzosa y facultativa (para los obligacionistas, o para la empresa emisora); a la par y con prima (a favor de las acciones o de las obligaciones).

3. Examen económico de la convertibilidad

La convertibilidad acordada después de la emisión suele convenir a empresas de escasa rentabilidad, en que el pago regular de intereses y el reembolso puede ser carga insostenible. La conversión aligera así las cargas financieras y puede suponer el comienzo de una etapa próspera para la Sociedad, que es la más beneficiada por la conversión.

Estudia ANGULO las obligaciones convertibles como instrumento de financiación y de inversión. Como instrumentos de financiación permiten la

obtención de fondos y facilitan un aumento de capital, aunque no deja de haber ciertos inconvenientes, que son estudiados por el autor (a veces no beneficia a la sociedad, impide una política financiera concebida a largo plazo y puede permitir la conquista de la mayoría por grupos económicos extraños a la sociedad). También al estudiar las obligaciones convertibles como instrumento de inversión, se nos ofrece un ponderado balance de los pros (seguridad, ganancias), y los contras (manipulaciones de los Consejos de Administración, dispersión de las obligaciones en numerosas manos). De todos modos, de la popularidad del procedimiento hablan elocuentemente las estadísticas: el INI en los diez últimos años ha emitido 69.090 millones de obligaciones convertibles y 23.500 las empresas privadas.

B.—Fórmulas de emisión de obligaciones convertibles en acciones

Hay que distinguir dos supuestos: a) Obligaciones convertibles en acciones de una sociedad *distinta* de la empresa que las emite. b) Obligaciones convertibles en acciones de la *misma* sociedad que las emite.

Primer supuesto: Obligaciones convertibles en acciones de una sociedad distinta de la empresa que las emite.

El ejercicio de esta facultad puede realizarlo tanto la empresa que emite las obligaciones como la sociedad en cuyas acciones éstas son convertibles. Esta última posibilidad no era estudiada, ni siquiera citada, por la gran mayoría de la doctrina. El autor toma de nuevo en esta materia el pulso a la realidad económica sopesando los aspectos positivos y negativos de esta modalidad de obligaciones convertibles, refiriéndose tanto a las sociedades financieras o de cartera como a las de financiación.

Esta emisión de obligaciones convertibles en acciones de sociedad diferente le hace plantear a ANGULO dos interesantes problemas:

a) Que las acciones pertenezcan a la cartera de valores de la empresa que emite las obligaciones. En este caso, algunos ordenamientos (así, el italiano, arts. 2.359-60), imponen limitaciones de carácter general, sin que éstas existan en la legislación española, ajena en la realidad a hipótesis como la presente. Se estudian los riesgos y las ventajas de este supuesto.

b) Existencia de determinadas relaciones de tipo permanente entre la empresa emisora de obligaciones y la sociedad en cuyas acciones son convertibles: estas relaciones dan lugar a distintos supuestos de uniones de empresas, cuya extraordinaria importancia y difusión es notoria.

Segundo supuesto: Obligaciones convertibles en acciones de la misma sociedad que las emite. Esta modalidad plantea muchos más graves problemas que la anterior a juicio del autor, que estudia con gran detalle las cuestiones planteadas en torno a la admisibilidad de esta fórmula de emisión, combatiendo la tesis de BRUNETTI (*Trattato* II, págs. 435 y sigs.), que es contraria a la licitud de esta fórmula. También estudia el posible obstáculo del derecho de suscripción preferente de los accionistas, pasando a continuación a estudiar las *tres posibles procedencias de las acciones: acciones de la cartera de la sociedad* (la valoración de esta posibilidad es muy diversa en la doctrina y en el Derecho comparado), *acciones procedentes de un aumento de capital contemporáneo a la emisión de las obligaciones* (po-

sibilidad que cabe defender con el artículo 116 del Reglamento del Registro Mercantil), y *acciones procedentes de un aumento que la sociedad se obliga a realizar*. Con relación a esta última hipótesis, supera los obstáculos del derecho de suscripción preferente concedido a los accionistas y el derivado de su libertad de voto. En opinión de ANGULO —en contra de VISENTINI—, es posible en el ordenamiento español utilizar para este supuesto el procedimiento de capital autorizado. Finalmente, combate la afirmación de DE MARCHI consistente en que cuando la sociedad se obliga a aumentar el capital en el futuro mediante la conversión, el obligacionista queda indefenso, sin derecho a la indemnización en caso de incumplimiento.

C.—El derecho de conversión

1. Naturaleza jurídica de la conversión

Insiste el autor en que la cláusula de conversión no cambia la naturaleza jurídica del negocio inicial. La doctrina ha considerado, que en virtud de esta cláusula el contrato obligacional base se encuentra sometido a una condición suspensiva negativa (la no conversión); para otros (así, VISENTINI), se trata de una condición resolutoria (la conversión). Entre ambos, GARRIGUES estima que la conversión da lugar a una novación objetiva del contrato obligacional en contrato de sociedad; PONSA GIL dice que nos encontramos ante un contrato de permuta: —obligaciones por acciones—; y NÚÑEZ LAGOS (R.), en su *Reforma de la Sociedad Anónima* («Revista de Estudios Políticos», 1957, vol. XIX, págs. 161 y sigs.), afirmó que la conversión no es sino una *datio in solutum*. ANGULO oscila entre la teoría de la obligación alternativa y el *pactum de contrahendo*, según los casos.

2. Consentimiento

Pese a la dicción limitada del artículo 95 de la L.S.A., ha de exigirse en todo caso el consentimiento individual del obligacionista.

3. Procedimiento

Solicitud a la empresa emisora seguida del depósito de las obligaciones. La sociedad entrega un recibo del depósito, un resguardo de las acciones o incluso las mismas acciones.

4. Tiempo

Se estudian las distintas variantes, que dependen de la finalidad y de las características que la sociedad desee imprimir a su emisión de obligaciones convertibles. Lo más frecuente es que se establezcan períodos de conversión escalonados. La duración del intervalo puede ser ilimitada, salvo en los casos del artículo 96 de la L. S. A. y del 116 del Reglamento de Registro Mercantil.

5. Tipo de conversión

O proporción de acciones que corresponderán a cada obligación. Se estudia el Derecho comparado. Hay que rechazar la posibilidad de establecer un tipo de conversión, conforme al cual las obligaciones de un determinado valor nominal sean convertibles en acciones de valor nominal superior. El problema realmente difícil es la valoración de las obligaciones a la hora de la conversión. Tras un examen de las distintas opiniones se examina la cuestión en nuestro ordenamiento, analizándose el artículo 95-2.º de la L.S.A.

6. La conversión y los acreedores sociales

¿Supone la conversión colocar a los obligacionistas en situación ventajosa con relación a los demás acreedores de la sociedad? Tras examinar las distintas opiniones, nos demuestra ANGULO que quienes efectivamente pueden perjudicarse con la conversión, cuando la sociedad no estuviese *in bonis*, son los propios obligacionistas que convierten.

Las últimas páginas del libro se dedican a defender la irrevocabilidad de la oferta de conversión de las obligaciones en acciones, en contra de MINERVINI y PETTITI y a estudiar aquellos actos sociales que repercuten sobre el contenido económico del derecho de conversión (especialmente los acuerdos de aumento y de fusión).

Al libro lo acompañan varios índices cuidadosamente elaborados. En el primero, se recoge la bibliografía, ordenándola por autores, siendo más de 235 los consultados. Se indican las obras de cada uno, haciendo referencia detallada a la revista u obra general donde se encuentra la materia utilizada, indicando el año y el número de páginas. En otro índice se contienen las disposiciones españolas citadas, haciendo referencia a la página del libro donde se encuentran incluidas. Sigue un índice completo de materias, en el que se contienen casi ciento cincuenta epígrafes distintos, clasificados para su fácil manejo por orden alfabético. Finalmente, hay un índice de autores citados indicándose en qué página del libro se encuentra la correspondiente cita de cada uno de ellos. Cierra la obra un índice sistemático, con numerosos epígrafes que hacen sumamente fácil la lectura de la obra y la búsqueda de cualquier cuestión. Las citas a pie de página son numerosísimas y todas con el rigor propio de quien es un magnífico intelectual del Derecho.

Su jovencísimo autor, profesor en la Cátedra de Derecho Mercantil de Motos Guirao, hace honor con esta obra a su brillante expediente universitario y a los éxitos obtenidos en la Universidad de Bolonia, donde trabajó con el profesor WALTER BIGIAMI.

Estamos ante una obra plena de madurez pese a la juventud de su autor, que con este libro publica su primera obra. El libro interesa por igual a juristas y a economistas, a hombres de leyes y a directores de empresas, a inversionistas y a sociedades. Entre sus muchas virtudes hay que destacar la claridad de su estilo, el conocimiento que de la realidad económica que estudia tiene su autor y las numerosas referencias legales, totalmente al día.

ANGULO nos demuestra con su libro cómo la labor del jurista, en el campo de la financiación de empresas, habrá de ser la de proporcionar y estudiar procedimientos, instituciones y recursos jurídicos, con los que atender a las peculiaridades de la vida económica actual. El autor no se ha reducido a estudiar los aspectos meramente técnico-jurídicos de la cuestión, sino que se ha preocupado de proporcionarnos los instrumentos necesarios para atender a la realidad actual que se nos ofrece. Por encima de todos los méritos está el de la ductilidad con que Luis DE ANGULO ha sabido adaptar los esquemas clásicos a las exigencias de la economía de empresas. La lectura de este libro nos recuerda las palabras de ASCARELLI (1) cuando indica que la labor del jurista no es la mera distinción entre lo lícito y lo ilícito, sino también la fantasía, la creación de instrumentos que sirvan a determinadas finalidades y compatibilicen las exigencias más diversas.

LUIS ROJAS MONTES
Notario de Granada

(1) *Varietà di titoli di credito e investimento*, en «*Problemi Giuridici*», Milano, 1959, vol. II, pág. 702.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

LIBROS RECIBIDOS

- ALBALADEJO (Manuel): El albaceazgo en el Derecho español (común y catalán). Editorial Tecnos. Madrid, 1969, 740 págs.
- ALONSO OLEA (Manuel): Lecciones sobre contrato de trabajo. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid, 1968, 307 págs.
- ANGEL YAGUEZ (Ricardo): Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil. Editorial Tecnos. Madrid, 1969, 216 págs.
- BADENES GASSET (Ramón): El contrato de compraventa. Editorial Tecnos. Madrid, 1969. Tomo I, 769 págs., Tomo II, págs. 770-1383.
- BERCOVITZ (Alberto): Los requisitos positivos de patentabilidad en el Derecho alemán. (Con una referencia final al Derecho español.) Madrid, 1969.
- CARRETERO PEREZ (Adolfo): Derecho financiero. Santillana, S. A. de ediciones. Madrid, 1968, 844 págs.
- CRISTOBAL-MONTES (Angel): La venta de herencia. Universidad de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 1968, 130 págs.
- CREMADES (Bernardo María): El recurso en interés de la Ley. Estudio de su regulación en los artículos 185 y siguientes de la Ley Procesal Laboral. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1969, 183 págs.
- DIEZ DE VELASCO (Manuel): Prácticas de Derecho internacional privado. Editorial Tecnos. Madrid, 392 págs.
- DIEZ-PICAZO (Luis): Estudios sobre la Jurisprudencia civil. Volumen segundo. Editorial Tecnos. Madrid, 1969, 926 págs.
- ESPIN (Diego): Manual de Derecho civil. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid, 1968. Vol. I. Parte general, 483 págs. Vol. II, Derechos reales, 546 págs.
- FERNANDEZ-CARVAJAL (Rodrigo): La Constitución española. Editora Nacional, 1969, 182 págs.
- GARCIA AMIGO (M.): Condiciones generales de los contratos (Civiles y mercantiles). Editorial Revista de Derecho privado. Madrid, 1969, 271 páginas.
- GARRIGUES (Joaquín): Curso de Derecho Mercantil. Tomo I, 5.ª Edición. Revisada, corregida y puesta al día por Alberto BERCOVITZ. Madrid, 1968, 845 págs. Tomo II, 5.ª Edición. Revisada, corregida y puesta al día por Rafael JIMENEZ DE PARGA. Madrid, 1969, 821 págs.
- GIL CREMADES (Juan José): El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo. Ediciones Ariel. Barcelona, 1969, 410 págs.

- GULLON BALLESTEROS (Antonio): Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual. Editorial Tecnos. Madrid, 1968, 508 págs.
- HERNANDEZ GIL (Antonio): Dictámenes. Madrid, 1968. I. Personas. Bienes. Derechos reales, obligaciones y contratos, 732 págs. II. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Cuestiones procesales, 622 págs.
- INSTITUT INTERNACIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE: L'Unification du Droit. Tome I. Aperçu Général des travaux pour l'unification du Droit privé (Projets et Conventions), 405 págs. Tome II. IVème Rencontre des Organisations s'occupant de l'Unification du Droit. Rome. Editions Unidroit, 1969, 323 págs.
- INSTITUT INTERNACIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE: Jurisprudence de Droit uniforme. Uniforme Law Cases. Milano, Dott. A. Giuffré Editore. Núms. 3-4, 1967, 160-309 págs., núms. 1-2, 1968, 159 págs.
- JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA: Formulario de actos extrajudiciales de la sublime arte de la Notaría. (Anónimo aragonés del siglo XVI.) Publicado con un Estudio preliminar y Notas por Mariano ALONSO Y LAMBAN. Centenario de la Ley del Notariado, Sección cuarta. Fuentes y Bibliografía. Volumen III. Madrid, 1968, 298 págs.
- VAN KLEFFENS (E. N.): Hispanic Law, until the end of the Middle Ages. Edinburgh, 1968, 382 págs.
- PARRA ARANGUREN (Gonzalo): La constitución de 1830 y los venezolanos por naturalización. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1969, 414 páginas.
- LANCUENTRA (Antonio), PONT (Magín): Por qué y cómo constituir una Sociedad Anónima. Según una idea de Francis Lemeunier. Enciclopedia práctica para la vida de los negocios. Lo que Vd. necesita saber. Ediciones Nauta, S. A. Barcelona, 1968.
- LUCAS FERNANDEZ (F.): La contratación en España por personas naturales y jurídicas extranjeras. Principales problemas que plantea. Editorial Revista de Derecho privado, 1969, 326 págs.
- RODRIGUEZ AGUILERA (Cesáreo): El lenguaje jurídico. Bosch. Casa Editorial. Barcelona, 1969, 75 págs.
- RUBIO (Jesús): Introducción al Derecho Mercantil. Ediciones Nauta, S. A. Barcelona, 1969, 627 págs.
- RUIZ VADILLO (Enrique): Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil. 2.ª edición corregida y aumentada. Editorial Ochoa. Logroño, 1968, 456 págs.
- SANCHEZ CALERO (Fernando): Instituciones de Derecho Mercantil. II. Editorial Chaves. Valladolid, 1968, 278 págs.
- SCHWEIZERICHES PRIVATRECHT: Erster Band. Geschichte und Geltungsbereich, herausgegeben von MAX GUTZWILLER, Verlag von Helbing & Lichtenhahn. Basel und Stuttgart, 1969, 739 págs.
- SIMO SANTONJO (Vicente): Derecho sucesorio comparado: Conflicto de leyes en materia de sucesiones. Prólogo de Juan Vallet de Goytisolo. Editorial Tecnos. Madrid, 1968, 694 págs.

VALLET DE GOYTISOLO (Juan): Apuntes de Derecho sucesorio. Reimpresión en «offset»; de la edición separada del Anuario de Derecho civil, 1968, 624 págs.

VALLET DE GOYTISOLO (Juan): Sociedad de masas y Derecho. Taurus Ediciones, S. A. Madrid, 1969, 658 págs.

VINTRO (S.), LLOR (D.), FUENTES LOJO: Edificación y administración de inmuebles. Propiedad de Fincas y Apartamentos. El Mercado inmobiliario ante el Fisco. (Publicaciones de Enciclopedia práctica para la vida de los negocios. Lo que Vd. necesita saber.) Ediciones Nauta, S. A. Barcelona, 1968.

ALONSO OLEA, Manuel: «Lecciones sobre contrato de trabajo». Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1968, 307 págs.

Si a todos los juristas nos es fundamental no perder de vista la panorámica general del Derecho y, para ello, nos conviene volver con frecuencia los ojos hacia disciplinas jurídicas diversas de la especialidad que cultivamos, para nosotros los civilistas resulta aconsejable detenernos a observar la trayectoria de aquellas ramas que, por su vigor y frondosidad, se desgajaron del viejo tronco del Derecho civil.

Por eso, no son sólo los muchos méritos intrínsecos de la obra lo que aconseja que nos ocupemos en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, de las *Lecciones sobre contrato de trabajo* que acaba de publicar el Catedrático de Derecho del trabajo de la Universidad de Madrid, Manuel ALONSO OLEA.

Es cierto que el Derecho del trabajo, en su crecimiento independiente, ha desbordado el claustro en el cual fue gestado y del que se desprendió del Derecho civil, es decir, el ámbito de la vieja *locatio operarum*, y ha absorbido materias que en otro caso hubiesen correspondido al Derecho administrativo (por ejemplo, la seguridad social, que, sin embargo, pudiera haberse orientado y desarrollado en el Derecho corporativo y sindical, de no hallarnos hoy en una fase histórica de las periódicamente caracterizadas por la asunción y absorción de casi todas las funciones sociales por el Estado). Sin embargo, el libro que contemplamos, por razón de su propio enunciado, precisamente se cifre tan sólo al estudio del actual desarrollo del contrato de trabajo, es decir, de la primigenia rama laboral del Derecho.

El índice de las veinticinco lecciones es sugestivo:

1. Objeto, causa y noción del contrato de trabajo. Trabajos exceptuados. Género y especies de aquél.—2. Sujetos del contrato de trabajo.—3. Contratos de trabajo de grupo.—4. Capacidad jurídica y capacidad de obrar del trabajador; incapacidades y limitaciones.—5. Trabajo de las mujeres, de los menores y de los extranjeros.—6. Trabajador a domicilio. Trabajadores autónomos. Aparcerías agrícolas y pecuarias. Pesca a la parte. Representantes de comercio.—7. El empresario, persona natural y jurídica.—8. La empresa y sus órganos adecuados para la relación laboral (comisiones de empresa, jurados de empresa, cogestión).—9. Nacimiento del contrato de trabajo; consentimiento, forma, prueba, naturaleza y efectos.—10. Lugar

de la prestación del trabajador. Normas sobre seguridad e higiene, servicios médicos. Inamovilidad del trabajador.—11. Tiempo de la prestación.—12. Descanso semanal, vacaciones y permisos retribuidos.—13. Modo de la prestación. Deber de diligencia. Clasificación profesional. Deber de fidelidad. Inventiones del trabajador.—14. Prestaciones del empresario: el salario.—15. Remuneraciones indirectas, gratificaciones, pluses, escalas móviles de salarios, participación en beneficios, comisiones, prestaciones compensatorias.—16. El poder de dirección y sus derivaciones. Poder disciplinario. Deber de protección. Responsabilidad.—17. Continuidad del contrato de trabajo.—18. Extinción del contrato de trabajo. El despido. Expedientes de crisis. Reconversiones industriales.—19. Despido disciplinario.—20. Actas y expedientes de despido. Revisión del despido.—21. Extinción por decisión del trabajador.—22. Otras causas de extinción: término y condición resolutorios, mutuo disenso, extinción de las partes.—23. Efectos de la extinción. Indemnizaciones. Decadencia de derechos.—24. Estadios previos del contrato de trabajo. Colocación. Emigración. Migraciones interiores y exteriores. Protección del emigrante. Normas internacionales.—25. La formación profesional. El contrato de aprendizaje. Formación en institución especializada y formación profesional intensiva y acelerada.

Se trata de un manual didáctico y claro, de fácil y amena lectura, que también a los ojos del civilista ofrece temas de especial interés, ya sea por su materia fronteriza, ya por su incidencia sobre temas genéricamente civiles, o por su especial punto de enfoque para contemplar algunas realidades económicas y jurídicas. Cefiremos este brevísimo comentario, que su lectura nos sugiere, a llamar la atención sobre unas pocas cuestiones escogidas *ed exemplum*, y relativas a la progresiva extensión en su ámbito del contrato de trabajo, a la especial capacidad laboral de la mujer casada y del menor, a la perspectiva de la empresa vista desde el Derecho del trabajo, y a la incidencia en las garantías reales de las garantías salariales.

El ensanchamiento del contrato de trabajo, según propugna buena parte de la doctrina laboral, precisamente ha sido puesta de manifiesto de un modo brillante en el pasado curso ante el Pleno de la Real Academia de Jurisprudencia por el Profesor Bayón Chacón. Es un fenómeno que merece especial atención, por ser uno más entre los que señalan el avance del Derecho público en territorios anteriormente ocupados por el Derecho privado. Lo de menos son las simples cuestiones de deslinde entre Derecho civil y Derecho del trabajo, pues es sabido el carácter relativo y siempre arbitrario de cualesquiera deslinde doctrinal de las diversas ramas del Derecho.

El desbordamiento, a que tiende el contrato de trabajo, trata de superar una característica que se le había señalado como constitutiva de su propio cauce, la de realizarse el trabajo precisamente bajo relación de dependencia, y, aunque nuestro Tribunal Supremo continúe señalando esta nota como característica tipificadora, no obstante, la entiende «en un sentido lato y atenuado» y no ya como «subordinación rigurosa y absoluta» (SS. 13 abril y 10 mayo 1966, 24 febrero y 23 marzo 1968).

Por otra parte, puede observarse que a determinados trabajos, situados

más o menos fuera del ámbito general del Derecho laboral, se les aplican regulaciones típicas de éste como son el descanso dominical y la seguridad social. En esta frontera indecisa, estudia ALONSO OLEA los trabajadores a domicilio, los autónomos, aparceros agrícolas y pecuarios, pescadores a la parte, representantes de comercio.

La capacidad jurídica y la capacidad de obrar tienen su *saedis materiae* en la parte general del Derecho civil. Sin embargo, la relación laboral ha dado lugar a una *específica capacidad*, especialmente por lo que se refiere a los *menores de edad* y a la *mujer casada*.

La clásica capacidad civil especial del hijo menor de edad que con consentimiento de sus padres viva independiente de éstos, equivalente a su emancipación tácita, que recoge el artículo 160 de nuestro Código civil, tiene en el Derecho de trabajo su equivalencia en la situación de los mayores de catorce años y menores de dieciocho, que sean solteros y vivan independientemente de sus padres o abuelos con conocimiento de ellos. Pero, la regla civil es sobrepasada, puesto que la mayoría de edad laboral se estima a los dieciocho años, y aún se anticipa a los menores de esta edad, pero mayores de catorce años, que hubiesen contraído matrimonio.

La mujer casada, que en situaciones normales necesita la autorización marital para contratar su trabajo, adquiere en Derecho laboral, cuando está separada de hecho, una autonomía que numerosos autores tratan de conseguirle en Derecho civil, para esa situación, aunque sin poder superar todas las dificultades.

Una y otra ampliación de capacidad laboral —del menor y de la mujer casada separada de hecho—, desbordan el Derecho del trabajo y tienen ulteriores reflejos en el Derecho civil, todavía sin estudiar adecuadamente. Precisamente ese reflejo en la especial disponibilidad, por la mujer separada de hecho, de sus ahorros y de los préstamos laborales que recibía, dio lugar, hace unos años, a su planteamiento como cuestión a dictaminar en un ejercicio de oposiciones entre Notarios.

Todos sabemos cuán debatida ha sido y sigue siendo la *naturaleza jurídica de la empresa*. El punto de vista desde el cual se le contemple, según el ángulo en que nos situemos, nos dará una perspectiva diversa. La distinción italiana entre «azienda» e «impresa» se debe fundamentalmente a una contemplación preferente, en el primer caso, de su elemento patrimonial, en percepción estática, y en el segundo, de su actividad dinámica. Ahí, también, es diversa la perspectiva que tenemos según enfoquemos, primordialmente, ya sea la iniciativa creadora, actividad, responsabilidad y riesgo del empresario, o bien la organización rectora de los cuadros (pensemos en la llamada rebelión de los directores, generalizada a todos los componentes de la tecnoestructura), o, en fin, al entramado de prestaciones laborales, constitutivas del «trabajo» de la empresa. El Derecho laboral la enfoca desde este último aspecto. Sin duda se trata de una perspectiva correcta en tanto no queramos extraer de ella consecuencias que desborden la propia relación laboral o que pretendan hacer que ésta invada dominios ajenos. En ese linderó indeciso, susceptible de ser abandonado o invadido, según la perspectiva con que lo miremos, se hallan precisamente instituciones tan «a la page» como la cogestión y la

participación en beneficios, que cambian de matiz según donde las ubiquemos.

Otra materia en la que debemos reparar los civilistas, es la que se refiere a la *protección del salario frente a los acreedores del empresario*, especificada en el artículo 59 de la Ley de Contrato de Trabajo que concede un privilegio laboral sobre muebles e inmuebles, respectivamente, a favor de quienes los hayan construido o incorporado a ellos su trabajo, y que consiste en anteponer su crédito a todos los demás, excepto los del Estado por la última anualidad de impuestos que graviten sobre ellos y a favor de los aseguradores por los premios de seguro de dos años, pero con prioridad incluso sobre los créditos hipotecarios inscritos, por los salarios de las dos últimas semanas y los sueldos del último mes. Lo cual da lugar a consecuencias que sobrepasan el Derecho laboral, para afectar a la responsabilidad patrimonial civil y mercantil y a la graduación de créditos conforme estos Derechos y la legislación hipotecaria. Tema estudiado, hace unos años, en su breve itinerario por el Derecho laboral, por el antes civilista y hoy teólogo Ramón GARCÍA DE HARO Y GOYTISOLO, en su libro *El salario como crédito privilegiado*.

Si hemos llamado la atención sobre estas materias, por lo demás bien conocidas de todos no ha sido sino precisamente para mostrar cuánto interés tiene para un civilista no cerrarse en sus propios códigos y textos, y conocer las cuestiones conexas y limítrofes de las que se ocupan en especial otras ramas del Derecho. El libro del Profesor ALONSO OLEA es un fácil y magnífico observatorio para tener una clara perspectiva del contrato de trabajo.

J. VALLET DE GOYTISOLO

CODIGO CIVIL. Versión del texto y estudio preliminar, por Jerónimo López López y Carlos Melón Infante, Investigadores científicos del C. S. I. C. Prólogo del Excmo. Sr. D. Federico de Castro y Bravo. Catedrático de Derecho civil. Madrid. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967. LVI + 689 págs.

El Instituto Nacional de Estudios Jurídicos ha publicado, con el mayor cuidado y esmero esta obra fundamental, imprescindible para el conocimiento del contenido auténtico del texto básico del Derecho sustantivo español. Ello ha sido posible gracias a la abnegación y al trabajo de muchos años de dos investigadores excepcionales, Jerónimo López y López, Carlos Melón Infante.

Para dar debida cuenta de esta importantísima y tan necesaria aportación a nuestra literatura científica, nos ha parecido conveniente reproducir el Prólogo de Federico de Castro. Dice así:

«Se nos ofrece con este libro una edición fiel y bien cuidada del Código civil. ¿Nada más? Sus redactores se propusieron publicar un texto del Código depurado de la ganga acumulada en las ediciones comerciales, que mal copiándose unas a otras, con descuido y desenfado, han ensuciado el mandato legislativo con errores, omisiones y hasta con interpolaciones. Labor ésta ya de por sí misma, delicada e importante para la buena administra-

ción de la Justicia. Mas, desde la iniciación del trabajo, hubieron de advertir que no era fácil establecer el texto auténtico del Código. Era necesario, a tal efecto, tener presentes los publicados en la *Gaceta*, los recogidos en la *Colección legislativa* y los aparecidos en las ediciones oficiales del Ministerio de Justicia. Al irse realizando su cotejo, se descubrieron gran número de discordancias y variantes, las más de mínimo relieve, otras que son importantes y algunas de trascendencia decisiva para el sentido de lo dispuesto.

De este modo, el primitivo proyecto de los autores se fue ensanchando. Hubo de centrarse la atención en la búsqueda del mejor texto, en lograr la versión más exacta, más adecuada o probable. Para tal fin, se han ido comprobando con meticoloso esmero las múltiples ediciones oficiales del Código, el Proyecto de 1851, según los textos de GARCÍA GOYENA, ORTIZ DE ZÁRATE y un manuscrito autenticado, los Proyectos de 1882 y 1888, las ediciones primitiva y reformada del Código y los dispersos datos que se encuentran en los autores. Examen comparativo del que brotan nuevas interrogantes, permite otro enfoque para viejos problemas y pone en camino de solución importantes cuestiones.

La obra realizada ha consumido unos años de continuado esfuerzo. Cuidada al máximo, comprobada y revisada incontables veces, se redacta con las mayores garantías. Gracias a ella, la ciencia y la práctica jurídica tienen desde ahora un instrumento seguro y fundamental de trabajo, que además supone o contiene un semillero inagotable de sugerencias nuevas para el mejor entendimiento del Código.

La larga y laboriosa gestación de este libro, que he podido seguir muy de cerca, encierra una lección que no quisiera callar: la de la utilidad de las instituciones que han hecho posible esa fecunda colaboración de dos maestros del Derecho, en una tarea tan útil como alejada de los fáciles apremios de la vanidad y de la ganancia.

Todavía me permitiré destacar lo que este volumen significa como testimonio vivo de confianza en el presente y futuro del Código civil. Hombres generosos y entusiastas, deseosos de una radical renovación de la Sociedad y del Derecho, y juristas amigos de novedades, víctimas del complejo napoleónico, extranjerizantes, conocedores superficiales de la ley, vienen condenando a muerte el Código y predicando su inmediata sustitución. Frente a esa urgencia de reforma rápida, improvisada, de prisa y sin reflexión, se encontrará esta labor de años, restauradora del texto fidedigno del Código.

¿Merece el Código civil tan generosa atención y cuidado? No cabe aquí responder con despaño. Mas, en todo caso, no debe olvidarse que España mantiene todavía la comunidad jurídica con otros países hispánicos —Cuba, Puerto Rico, Filipinas— gracias a la continuada vigencia en ellos de textos del Código, y que la misma obra renovadora de las Compilaciones se asienta en el sistema jurídico codificado. Además, no pueden cerrarse los ojos al hecho evidente de que la mayoría de los preceptos del Código, a pesar de su relativa juventud, han arraigado hondamente en el vivir social, aplicándose natural y fácilmente. Lo que se explica por su origen tradicional, su valor consuetudinario y la previa elaboración jurisprudencial. Valor propio nacional de las disposiciones codificadas a menudo desconocido, por

el descuido con el que se han estudiado nuestras antiguas y modernas instituciones; «sin advertir la confusión en que nos envuelven» al utilizar autores extranjeros para entenderlas; achaque éste que explica Juan Francisco de Castro, diciendo: «Acaso sucede en esto lo mismo que en las modas, que tanto apreciamos, no sólo por ser modas, sino por venir de países extranjeros» (1).

No estará de más, en fin, señalar lo mucho que importa el restablecimiento del texto auténtico de la ley para la buena aplicación del Derecho. Con razón, los viejos autores gustaban referir que los juristas, entre todos los hombres de letras, eran los calificados de letrados, por ser a letra dados (2). Se quería destacar con ello el respeto debido a lo expresado por la autoridad legítima y, a la vez, se pensaba en condenar el abuso de los llamados juicios de albedrío. Ahora, en estos últimos tiempos, los excesos de la Administración, las tentativas de alterar la antigua división de poderes a costa del legislativo y hasta el malabarismo interesado de ciertas direcciones teóricas, han hecho necesario insistir en lo debido del respeto a la ley. El Derecho no se reduce ciertamente a la letra del texto legal, pero para conocer su sentido, su valor jurídico, habrá que partir de ella y de los principios jurídicos en los que se fundamenta. Darnos el texto verdadero del Código, destacar la importancia de sus variantes, es una contribución a la mejor aplicación de la ley y también una llamada de atención al verdadero y humilde respeto al Derecho vigente.

Hoy, como en aquellos otros años de crisis en los que viviera Cicerón, importa mucho decir, repetir y todavía seguir insistiendo en el valor básico del respeto al Derecho para la vida de un pueblo: «Hoc fundamentum libertatis; hic fons aequitatis. Mens et animus, et consilium, et sententia civitatis, posita est in legibus» (3).

FEDERICO DE CASTRO

CODIGO CIVIL. Edición al cuidado de Jerónimo López López y Carlos Melón Infante. Madrid, 1969. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Un volumen de LXXX + 588 págs.

Los ilustres profesores investigadores del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Doctores Jerónimo López y Carlos Melón acaban de poner término a una labor de varios años, árdua y difícil, que requería unas dotes de sensibilidad jurídica y de preparación científica para lograr la ingrata tarea de llevar a cabo la fijación de los textos legales del Código civil.

Desde la publicación del Código civil se han venido sucediendo una serie de ediciones con carácter oficial, unas, o con carácter privado, otras, en las que se producían muchas variantes en su texto, debido tanto a una dis-

(1) *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, Madrid, 1765, II, pág. 23.

(2) CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos*, 2, 10, 8. Barcelona, 1624, I, págs. 417-418.

(3) *Pro Cluentio Avito*, 53 (146 y sig.).

paridad entre las antiguas ediciones de carácter oficial, como a consecuencia de errores materiales (erratas de copia o imprenta), o de una defectuosa orientación en sus editores o anotadores.

Las corruptelas, pues, habían hecho necesario una labor depuradora, un estudio completo y comparativo de las ediciones oficiales y, como consecuencia, del valor jurídico que a cada una de ellas corresponde para poder decidir acerca del texto que en cada caso debía ser elegido.

El examen comparativo de las ediciones oficiales —nos dicen en el «prólogo» los autores—, desembocó forzosamente en una edición crítica del Código civil. Ello condujo a que el encargo recibido del ilustrísimo profesor CASTRO Y BRAVO, de llevar a buen fin una edición manual del Código civil, hubiese de posponerse. Ante las numerosas cuestiones y problemas planteados para la fijación del texto del Código civil, nuestros infatigables investigadores no dudaron en acometer la labor crítica que culminó hace dos años (1967), en una impecable edición como apéndice del *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, en curso de publicación por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, y que mereció el bien ganado «Premio del Colegio Notarial de Madrid».

Realizado aquel estudio y labor crítica de exhaustivas dimensiones, nuestros ilustres profesores llevaron a buen fin y con rigor el encargo originario de preparar una edición manual del Código que, por su cuidado estilo de forma y genuinidad de fondo, se hace con una orientación y con arreglo a un método muy diverso de los que hasta ahora se han utilizado para otras ediciones del Código civil. La experiencia de haber examinado minuciosamente el conjunto normativo de disposiciones relativas a la formación y publicación del Código civil, su texto oficial y genuino, así como sus leyes modificativas, no podía menos ocurrir que ambas ediciones, la anterior, crítica, y la actual, manual, quedasen completamente trabadas entre sí —una por su finalidad, la otra por su origen—, por lo que condujo a sus autores a reproducir como anexo al prólogo de la presente edición el «estudio preliminar» de la precedente.

Sin embargo, la presente edición manual no se reduce ni a ser una copia ni un extracto de la crítica, pues, como nos advierten los propios autores, su contenido es, en general, más limitado, aunque en algún aspecto resulte mucho más amplio. Más limitado —concretan—, porque, aparte de prescindir de casi todo el aparato crítico, no se reproduce la disposición legal que hizo extensivo a las que entonces eran provincias de Ultramar, ni todos los textos de la edición primitiva del Código, sino sólo aquellos en que ha introducido variación la edición reformada, de fondo o de forma, que se ha juzgado destacable; también, porque las notas han quedado reducidas al mínimo, y además han sido considerablemente abreviadas; tampoco se comprenden los índices analíticos. En cambio, resulta más amplio el contenido de esta edición manual porque los autores, con su espíritu de constante superación, han procedido a redactar una serie de notas nuevas relativas a las disposiciones legales que el texto del Código civil indica expresa o tácitamente, así como de otras que se estimaron oportunas debido al especial empeño de dedicarla a los que se inician en el estudio del Derecho civil, facilitándoles el conocimiento del estado actual de cier-

tas disposiciones fundamentales de carácter civil o relacionadas de manera directa con dichas normas y, más concretamente, con el texto del Código (por ejemplo, sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, ley de régimen local, navegación aérea, ordenanzas generales de renta de aduanas, de ordenación de los transportes mecánicos por carretera, de energía nuclear, etc.).

El manejo de esta edición del Código civil es sencillo, tanto por el cuidado que han puesto sus autores en su exposición sistemática, como en su formato, mediante el empleo de diversa tipografía en letras mayores y menores, cursivas y redondas, siempre adaptándose a la fidelidad más genuina de los textos. Por lo demás, en los datos explicativos que se dan en el «prólogo» (pág. XXXIII y sigs.), se allana cualquier dificultad para el lector menos familiarizado.

El deseo de ofrecer una edición fiel y completa se plasma con la publicación íntegra de otras disposiciones legales antecedentes o posteriores al texto del Código civil; así, tanto las relativas directa o indirectamente a la formación y publicación del mismo, como las correspondientes a la legislación reformadora de su texto, se incluyen rigurosamente. La novedad de esta edición se advierte por la conservación de todos los diversos textos sucesivos en el cuerpo del Código civil por un motivo profundo, cual es el de la naturaleza orgánica de todo código y las repercusiones que cada retoque producen.

Por lo que al texto propio del Código civil se refiere, estos ilustres investigadores conservan los textos de la primitiva edición junto con los de la edición reformada, la cual constituye el núcleo básico, tanto de la edición crítica como de la manual. Para la reproducción de las disposiciones legales se han utilizado única y exclusivamente las versiones oficiales de los textos, si bien con un riguroso método crítico. Para la edición primitiva se emplea la versión de la *Gaceta de Madrid*, y las reformadas del «Ministerio de Gracia y Justicia», reproducidas en la «Colección Legislativa de España», así como otras posteriores, pero siempre con un criterio depurado en cuanto a la autenticidad de las ediciones, de modo que se proporciona el material que debe tener a su disposición el jurista para que conozca en todo caso las razones que han conducido a la fijación de los textos y pueda juzgar por sí mismo acerca del criterio seguido y quepa también su posible punto de vista. Esta labor crítica de los autores implica, en muchos pasajes, el planteamiento de una serie de problemas jurídicos nuevos y, hasta en ocasiones, entraña su solución. De aquí lo valioso de su trabajo.

Esta edición se concluye con las leyes modificativas al texto del Código civil, reproduciéndose las exposiciones de motivos, tan fundamentales para conocer el alcance de la reforma llevada a cabo. En definitiva, se trata de una edición del Código civil que se hará insustituible no tan sólo para el que se inicia, como han pretendido sus virtuosos autores en su modestia, sino para el más exigente estudioso o profesional del Derecho. Estamos, pues, ante una labor concienzuda, plenamente realizada, que merece las mayores y mejores felicitaciones.

LANCUENTRA, Antonio, y PONT, Magín: «Por qué y cómo constituir una Sociedad Anónima». Ediciones Nauta, S. A. Barcelona.

VINTRO, Santiago, y LLOR, Domingo, con la colaboración y dirección de Juan V. FUENTES LOJO: «El mercado inmobiliario ante el Fisco». Ediciones Nauta, S. A. Barcelona.

VINTRO, Santiago, y LLOR, Domingo, con la colaboración y dirección de Juan V. FUENTES LOJO: «Edificación, venta y administración de inmuebles». Ediciones Nauta, S. A. Barcelona.

VINTRO, Santiago, y LLOR, Domingo, con la colaboración y dirección de Juan V. FUENTES LOJO: «Propiedad de fincas y apartamentos». Ediciones Nauta, S. A. Barcelona.

Ediciones Nauta, bajo la rúbrica general de *Lo que Vd. necesita saber*, ha publicado los volúmenes que anteriormente se indican, que responden a la necesidad sentida de una documentación práctica absolutamente precisa para la vida de los negocios ante la evidente importancia que para los mismos tienen la compleja Legislación Comercial, Social y Fiscal moderna. Realmente las publicaciones que se comentan, por su estilo, formato y contenido, representan una interesante novedad, pues se limitan a expresar con toda claridad, la información legal precisa en los diversos aspectos jurídicos que conforman el contenido de cada volumen. Ya lo expresan los propios autores, que no se trata de crear una obra doctrinal; su meta, que será alcanzada sin duda, se limita a una muy vezaz divulgación del Derecho, que tiende a facilitar el conocimiento de la Legislación al lector no profesional.

El primero de los volúmenes, *Por qué y cómo constituir una Sociedad Anónima*, tiene el siguiente cuadro expositivo: comienza por la interrogante de qué es y por qué, la Sociedad Anónima, para seguir con un cuadro comparativo entre las principales formas de empresa, y especialmente con la sociedad de responsabilidad limitada. Estudia los principios generales de la Ley de 17 de julio de 1951, con algunos comentarios, siguiendo con un cuestionario práctico de cómo constituir una Sociedad Anónima; la fiscalidad y gastos de su constitución; su administración y dirección; las acciones; los estatutos-tipo comentados; junta constituyente; primer Consejo de Administración; medidas publicitarias; formalidades para el registro; contribuciones directas e indirectas; organismos sociales, apartado en el que se incluyen unos esquemas de gran valor práctico, asientos de constitución y obligaciones permanentes, terminándose con una bibliografía sumaria.

La obra se cierra con una exposición de los preceptos legales vigentes acerca de la transformación de una Sociedad Limitada en Anónima; acompañando también unos esquemas sobre el cierre de contabilidad de aquella y apertura de ésta.

La segunda obra, *El Mercado Inmobiliario ante el Fisco*, está trazada bajo el siguiente plano: comienza con la exposición del régimen general tributario, para seguir con una amplia panorámica de la contribución rústica y urbana, así como la contribución de fincas en régimen de pro-

propiedad horizontal. El impuesto general de sucesiones, el de sucesiones propiamente dicho, el de bienes de personas jurídicas, el de transmisiones patrimoniales *inter vivos*, y el impuesto de aumento del valor de fincas rústicas y urbanas, son expuestos asimismo con toda minuciosidad. El impuesto de actos jurídicos documentados, es estudiado en su ámbito, exenciones, sujeto pasivo, base y tarifas, para pasar a la ordenación de las exacciones derivadas de la Legislación Urbanística y el aspecto correspondiente a las exacciones municipales, exponiendo con todo pormenor el régimen Fiscal del Ayuntamiento de Barcelona y el del Ayuntamiento de Madrid. Bajo la rúbrica de otros impuestos, expone el de rendimientos del trabajo personal, sobre las rentas del capital sobre actividades y beneficios comerciales e industriales, sobre la renta de las personas físicas, sobre la renta de sociedades y demás entidades jurídicas; sobre el tráfico de las empresas y el especial y transitorio sobre los beneficios de las entidades jurídicas.

Analiza después el mercado inmobiliario en las grandes ciudades y en las zonas turísticas, para terminar con los créditos inmobiliarios.

El tercer volumen está dividido en cuatro grandes apartados; en el primero, bajo la rúbrica general de *Edificación de Inmuebles*, trata del Arquitecto y el Aparejador en la edificación, del contrato de construcción, de la edificación en general, de las edificaciones protegidas y, por último, de las sociedades inmobiliarias.

En el segundo apartado, *Transmisión de Inmuebles*, recoge las disposiciones concernientes al contrato de compraventa de inmuebles, al de permuta, al de donación y al de corretaje. En el tercero de los apartados indicados, se comprenden los arrendamientos de inmuebles y, entre ellos, el arrendamiento de fincas urbanas excluidas de la Ley Especial, arrendamiento de fincas urbanas incluidas en ella, el arrendamiento de fincas rústicas excluidas del ámbito de la Legislación específica, y el de las fincas incluidas en ella y, por último, en el apartado 4.º se contiene todo lo referente a la administración de inmuebles, con las divisiones oportunas, indicadoras de las disposiciones referentes a la administración de inmuebles en general, la de fincas divididas en apartamentos y las funciones del administrador.

El último volumen de los reseñados, *Propiedad de Fincas y Apartamentos*, se inicia con el concepto, caracteres, fundamento, extensión y facultades del dominio, para seguir con las clases de limitaciones de éste y las servidumbres de toda naturaleza, incluidas las disposiciones en orden a estas servidumbres en las regiones forales.

La ordenación urbanística con sus complejas normas, es también motivo de exposición sintetizada, para pasar a los modos de adquisición de la propiedad y la extinción de la misma.

A seguido se condensa todo lo referente a la protección y defensa de la propiedad inmobiliaria, así como lo concerniente a la copropiedad y posesión de inmuebles. La propiedad horizontal es expuesta en sus líneas generales en su nacimiento, título constitutivo, estatutos y reglamentos, elementos comunes en general y particular, derechos y obligaciones, actividades no permitidas, órganos de gobierno en la propiedad horizontal,

registro de la misma y su extinción, dedicando un apartado especial para estudio de la reglamentación de los apartamentos, bungalows y otros alojamientos turísticos. Más tarde, trata del usufructo, uso y habitación de los censos y foros del derecho de superficie de la hipoteca y anticresis para terminar con una amplia panorámica de las disposiciones acerca de las zonas turísticas y de los polos de desarrollo.

JESÚS CARNICERO Y ESPINO

LASOK, Dominik: «*Polish Family Law*» «With a chapter on Adoption by Ludwik Frenzl). *Law in Eastern Europe*, N.º 16. A. W. Sijthoff, Leyden, 1968, 304 págs.

El autor es especialista en Derecho polaco, sobre el que ha publicado en la misma colección la monografía *Polish Private International Law* (1962), y el artículo «*Polish System of Private International Law*» en *The American Journal of Comparative Law* (1966-1967). Según manifiesta en el prólogo, no se ha propuesto hacer ni un estudio de Derecho comparado en el significado usual del término, ni una mera exposición exegética del Código polaco de la familia de 1964 (1); pero, buen conocedor del Derecho de los países occidentales, compara con frecuencia los sistemas jurídicos de inspiración capitalista y socialista respecto de los cuales —en algún aspecto—, Polonia ocupa una posición puente; por su herencia cultural y por sus antiguas leyes puede incluirse en el grupo latino-occidental, mientras que por sus actuales estructuras políticas, económicas y sociales refleja la filosofía marxista tal como se practica al Este, y en algunos aspectos ha rebasado a los propios modelos. Por otra parte, el Derecho polaco de familia ofrece una constante movilidad legislativa, habiendo sufrido desde la terminación de la última guerra mundial tres importantes reformas cuya culminación por ahora es el citado Código de 1964; tal movilidad está de acuerdo con la concepción que ve en la ley una superestructura de las bases económicas y sociales del Estado y justifica la idea de que la ley es un mero instrumento de la política. En conjunto el autor nos ofrece una excelente exposición del Derecho polaco de la familia, con muy agudas observaciones críticas hechas con óptica occidental no marxista. Sirva de ejemplo la interpretación que hace de la frase «las normas de la cooperación social en la República Popular Polaca» —reiterada a lo largo del texto legal—, como equivalente a la «moralidad socialista» que los Tribunales tienen la «misión evangélica» de hacer cumplir; o el comentario sobre el reforzamiento de la solemnidad en la celebración del matrimonio civil que se parece a «una reminiscencia de un servicio religioso».

Aparte de una completa bibliografía, en la que naturalmente predominan los autores polacos (con títulos traducidos al inglés), y de utilísimos apéndices con la traducción inglesa del Código de Familia de 1964 (que permite su confrontación con la traducción francesa publicada en Varsovia en

(1) Sobre el tema cfr. mi artículo *El nuevo Código Polaco de la Familia y de la tutela de 1964*, en «RGLJ», junio 1967, pág. 967 y sigs.

1966, y de la que di cuenta a los lectores de este ANUARIO (2), y de las normas sobre Derecho internacional privado, la obra consta de 19 capítulos agrupados en cinco partes. La primera parte contiene someros antecedentes históricos, las Fuentes y los Principios generales del Derecho de familia y los problemas metodológicos derivados de la opción del legislador polaco por un Código separado para las relaciones familiares; en esta decisión parecen haber influido tanto el modelo soviético como motivaciones de tipo ideológico. La segunda parte trata de las relaciones entre los cónyuges en sentido amplio (concepto legal del matrimonio, formación del vínculo, nulidad, efectos legales del matrimonio, separación judicial —abolida por la legislación socialista—, y causas de extinción del matrimonio). De las relaciones de parentesco en sentido amplio trata la tercera parte, ocupándose de la filiación, legitimación, derechos y obligaciones impuestas por el parentesco, adopción (capítulo debido al Dr. Frenzl de la Universidad de Cracovia), y alimentos. La tutela y curatela se exponen en la parte cuarta, dedicándose la parte quinta al Derecho internacional privado.

Obra útil para iniciarse en el conocimiento del Derecho de familia actualmente vigente en Polonia.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

LUCAS FERNANDEZ, F.: «La contratación en España por personas naturales y jurídicas extranjeras. Principales problemas que plantea». Madrid, 1969. Editorial Revista de Derecho Privado. Un volumen de XV + 326 págs.

La bibliografía jurídica española carecía de un estudio de conjunto sobre la problemática contractual de los extranjeros en España, por lo que sin tópico alguno, bien puede decirse que esta obra viene a colmar una laguna o vacío que era necesario llenar. Hasta ahora, tan sólo contábamos con estudios parciales muy meritorios que iban habriendo paso interpretativo a una serie de normas de excepción o de tipo particular, que desde el ámbito público y de la administración económica del Estado se han venido dictando.

A ningún jurista le pasan desapercibidas las influencias de la política económica y social actual, en el ordenamiento jurídico español, en contraste con la posición mantenida en el ordenamiento jurídico básico tradicional, anclado en gran parte todavía en el espíritu y mentalidad decimonónica. Ni el Código civil, ni el de comercio, ni la Ley de extranjería del pasado siglo, podían dar cauce a la resolución conflictual de las presentes relaciones y situaciones de acercamiento de los pueblos y naciones entre sí, tal como viene imponiendo la técnica del transporte, del turismo y de las relaciones económicas y, sobre todo, de esa conciencia social de la que se enriquece el Derecho, que, si no era ajena en la antigüedad (piénsese en el *suum cuique tribuere* de las instituciones justinianeas), se había ido perdiendo.

De aquí que, en relación con el exterior, viésemos aparecer, con mejor

(2) Cfr. mi recensión en «ANUARIO DE DERECHO CIVIL», 20 (1967), pág. 169.

o peor técnica, una serie de nuevas disposiciones para el ámbito económico, como las de control de cambios, para la política internacional, como las de los convenios de doble nacionalidad con las Repúblicas sudamericanas o la concordataria con la Santa Sede (27 de agosto de 1953), las del ámbito laboral, como las específicas del Decreto del 27 de julio de 1968, las del ordenamiento civil, como las modificativas del texto del Código civil, particularmente la Ley del 15 de julio de 1954, así como las 191/1964 del 24 de diciembre y 46/1966 del 23 de julio, sin que faltasen las del ámbito hipotecario y notarial (especialmente en sus reglamentos). Anticipándose y abriendo paso a soluciones interpretativas o de equidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado contribuyeron, y siguen avanzando pretorianamente en su labor constante de impartir una justicia distributiva.

Ante este panorama, el ilustre notario, doctor LUCAS FERNÁNDEZ, acomete la tarea de conjuntar los materiales dispersos y de presentarlos ordenada y sistemáticamente, al mismo tiempo que va dando las soluciones a la problemática que presenta todo este conjunto normativo que, en la actualidad, bien puede decirse que viene a formar el estatuto jurídico de los extranjeros en España. Tanto por su excelente preparación científica, como por su experta práctica cotidiana en la materia, LUCAS FERNÁNDEZ logra plenamente su objetivo.

Se hacía necesaria una introducción que viniese a concretar lo que nuestro ordenamiento entiende por «extranjero», «apátrida» y «refugiado», qué consideración tienen las «entidades eclesíásticas», las personas con doble nacionalidad y, sobre todo, quiénes son «residentes» según aparece en las quince primeras páginas de la obra. A pesar del solapado nacionalismo que persiste en los nuevos textos legales, las realidades económicas presentes en casi todos los países concluyen por debilitarlo, especialmente en los ordenamientos de la administración económica de los países más evolucionados, donde el concepto de «nacionalidad» queda nublado por el de «residencia».

Una cuestión de seguridad en las relaciones jurídicas (a la que los tribunales atienden con preferencia), no podía menos de llevar al autor a precisar la identificación de las personas físicas y jurídicas extranjeras en su actividad dentro de otro país. La «comparecencia del extranjero ante el notario», pues, viene a ser el segundo apartado de este estudio. Para ello, el autor lo realiza empleando la técnica más adecuada, como es la comparativa; la «apreciación de la capacidad de las personas físicas extranjeras» se lleva a cabo a través de los cuarenta y siete países más destacados para las relaciones con España.

La obra, como era necesario, dedica un tercer apartado al examen concreto de los «problemas específicos de la contratación por extranjeros», donde se inserta la total casuística a que da lugar la actividad de un extranjero en España, tal como suponen las cuentas corrientes bancarias, los contratos de arrendamiento, los contratos traslativos del dominio y de los derechos reales sobre bienes inmuebles, sobre buques, aeronaves, minas, la cesión de aprovechamientos de aguas públicas, los contratos de préstamo para zonas turísticas y de contratos sobre obras del Estado.

Los problemas del derecho de sociedades merecen una particular atención al autor, así como los referentes al régimen de las inversiones directas. Se hace una especial consideración para las transmisiones *mortis causa* y el derecho preferente de suscripción de acciones en sociedades, así como a las excepciones que implica.

Además, se tratan los contratos de trabajo, los deportivos, los de asistencia técnica, patentes y licencias de explotación, los de reparación y montaje de industrias, así como la emisión de música y canciones extranjeras por radio y televisión.

Particularmente viene examinado, y tratado con el cuidado debido, el régimen de transferibilidad al exterior de los rendimientos y liquidaciones de las inversiones de los extranjeros. Por último, se aborda el problema de la posibilidad de pactar el pago de las obligaciones en moneda extranjera.

Un índice alfabético de conceptos facilita el manejo de esta enjundiosa obra, tan significativa por las materias que aborda, y que nos muestra cómo se introduce la savia nueva en el clásico Derecho privado, con distinta problemática en las relaciones contractuales, sirviendo, además, de guía imprescindible para la rápida búsqueda de la complejidad normativa y material con las que todo jurista se enfrenta actualmente.

J. B. C.

ROTTER, Frank: «Zur Funktion der juristischen Person in der Bundesrepublik und in der DDR», Karlsruhe, 1968. Verlag C. F. Müller. Un volumen de XV + 38 págs.

El Doctor Rotter investiga en esta monografía la función de la persona jurídica, concretamente de las sociedades por acciones y las de responsabilidad limitada existentes en la República Federal Alemana, y de las personas jurídicas dirigidas centralizadamente en la República Democrática Alemana.

Se comienza por un análisis de la situación de la realidad actual que presenta la Alemania occidental con sus grupos económicos (Konzern), así como el examen de la organización centralizada y su proceso de planificación del sistema comunista de la otra Alemania. La comparación de ambas situaciones la lleva a cabo el autor mediante un análisis sociológico-jurídico basado en la teoría del sistema del americano PARSONS, fundada en la «cibernética», una nueva categoría científica que tiene por objeto el conocimiento de las relaciones entre las posibles estructuras haciendo abstracción de sus cualidades físicas, fisiológicas o psicológicas.

El autor pone de relieve cómo la teoría de SAVIGNY sobre la persona jurídica se concibe como una ficción, mientras que GIERKE la concretaba como una personalidad conjunta real, si bien no faltaron autores que teorizaran sobre sus aspectos formales. Para el Dr. Rotter, además, se pueden investigar los efectos que tiene la persona jurídica en la sociedad, en los grupos, en las organizaciones y para los individuos; tal es la cuestión de la función empírica de la persona jurídica, su planteamiento sociológico-

jurídico, ya que en los ordenamientos jurídicos diferenciados conocen diversos tipos de personas jurídicas.

Después de una «introducción» sobre los fundamentos teóricos de la investigación sobre la persona jurídica, el autor divide en dos partes su estudio: el análisis de la situación real de las empresas y de las personas jurídicas dependientes en la Alemania occidental y el nuevo sistema económico de dirección planificada y centralizada, integrado en el ámbito del poder político, de la Alemania oriental. Se concluye con el planteamiento e interrogante que presentan ambos esquemas acerca de la libertad individual.

La empresa como persona jurídica se concreta fundamentalmente en dos tipos sociales: la sociedad por acciones y la de responsabilidad limitada. La primera es un instrumento de las grandes concentraciones y movilizaciones de capital, la segunda para las de menor cuantía. El examen de la realidad actual pone de relieve cómo cada vez son menos las empresas en posesión familiar o de minorías, mientras que aumentan las controladas por los grandes accionistas o bajo control de «manager». La concentración de capitales, de dirección, de administración y del mercado, pone de relieve la técnica actual de las sociedades dependientes y, concretamente, la de las agrupaciones industriales en la Alemania occidental.

Paralelamente, la Alemania oriental moviliza los capitales y ejecuta su proceso productivo y de mercado por una economía planificada, si bien integrada en el ámbito del poder político. Se trata de una estructura piramidal jerarquizada, un «Konzern socialista», según se ha llamado, donde a un órgano ejecutivo superior le siguen comisiones planificadoras en los diversos ministerios de industria; por debajo está la «Asociación de propiedad popular» (VVB), y en el último escalón aparecen las industrias de propiedad popular (VEB). Estas últimas suponen una «unidad dialéctica en cuanto órgano económico estatal de la colectividad productora socialista». A partir de 1952, el ordenamiento les atribuye personalidad jurídica, tanto a las VEB como a la VVB, resultando la VVB un puro órgano de administración. Cada VEB tiene un director de fábrica con responsabilidad personal de su gestión, mientras que la VVB cuenta con un director general que coordina los planes, siendo también responsable de la propia organización. Se usa un sistema de contratos para la concreción y realización de los planes, ya sean a corto o a largo plazo, si bien con los primeros se tiende a lograr una descentralización (aunque con previa autorización), para conseguir la elasticidad de la producción.

En el análisis de los diversos tipos de empresa, el autor hace ver cómo en la Alemania occidental las de propiedad particular convierten a su propietario en un «funcionario técnico». Respecto a las relaciones de propiedad, las sociedades por acciones están estrechamente relacionadas; para su examen sociológico adopta el esquema de las cuatro funciones de PARSON, que prescinde del concepto de sistema social, así como de una política concreta. La misión funcional de la política, frente a la economía, está en proporcionar medios materiales, es decir, la movilización de capital, de bienes y servicios; en esta misión toman parte los gobiernos, los bancos centrales, los bancos privados, las empresas (mediante autofinancia-

ción), y los privados. En esta misión el atributo «persona jurídica» adquiere una gran importancia en la construcción legal de las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, que hacen posible la concentración y centralización de capital.

En la República Democrática Alemana dicha concentración y centralización de riqueza se opera políticamente; la propiedad popular se moviliza a través de las VVB y VEB.

Tanto el ordenamiento de la República federal como de la República democrática, se valen de la persona jurídica debido a su contenido puramente económico —según el autor—, si bien, en el primero, se realiza a través del contrato de sociedad que une los intereses de los propietarios privados con los de la unidad económica, mientras que, en el segundo, la persona jurídica de la industria popular es dirigida centralizadamente y la integración de los recursos financieros se hace a través de la propiedad popular controlada por el propio Estado.

Rotter hace notar cómo las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada tienden a institucionalizarse y a adquirir posiciones burocratizadas, respondiendo a la genuina función de la persona jurídica para la movilización de capital, que, por el contrario, no logran las empresas familiares o de un solo propietario. Control de los managers, control de los propietarios, autonomía jurídica y agrupaciones no dependientes, así como las personas jurídicas centralizadas de la industria popular usan la persona jurídica como instrumento de dirección económica, en cuanto organización formal.

Por último, el autor se interroga acerca de la significación que para el individuo tiene en el futuro el vivir en un ámbito formal donde tan sólo juega un papel impersonal y donde el poder creciente de la colectividad suprime su libertad personal, bien sea por la estructura de las agrupaciones o grupos internacionales que dominan el mercado mundial o la alternativa de una economía planificada centralizadamente por la política.

J. B. C.

La Misión de Juzgar. Discurso leído por el Excmo. Sr. D. Francisco RUIZ-JARABO Y BAQUERO, Presidente del Tribunal Supremo, en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1969. Secretaría Técnica de la Presidencia del Tribunal Supremo. Madrid, 1969.

Este es el primer discurso pronunciado por el Excmo. Sr. D. Francisco Ruiz-Jarabo y Baquero como Presidente del Tribunal Supremo, en el que, una vez más, pone de relieve su profundo amor a la Carrera y a la Justicia de las que es un gran paladín, y así lo expresa en sus primeras palabras, plenas de un acendrado cariño por el ámbito judicial, con las que remarca su irresistible, verdadera y auténtica vocación de Juez.

Inicia su discurso con un repaso general de las disposiciones más importantes dictadas durante el año judicial antecedente, entre las que destaca la Ley de 22 de julio a virtud de la cual se designa sucesor en la

Jefatura del Estado a S. A. R. el Príncipe de España don Juan Carlos de Borbón y Borbón, y después de exponer los acontecimientos judiciales de mayor relieve y el movimiento del personal habido en el Tribunal Supremo, entra de lleno en el fondo de su discurso, la misión de juzgar.

De ella dice que no puede ser calificada de función, sino de misión, por cuanto la Administración de Justicia no es solamente el ejercicio de un empleo o cargo, ya que por sus especiales características y por su propia naturaleza, cumple, dentro de la sociedad destinataria, toda la gama amparadora de los intereses personales y colectivos de toda índole, puesto que la justicia es un sentimiento hondamente arraigado en todo cuerpo social que ve en ella no sólo una virtud moral, sino intelectual, ya que no se conforma con la aplicación fría y rigorística de las normas, sino que alcanza de hecho a la actualización del Derecho a un caso concreto y en un momento histórico también determinado, dando así una versión cierta de que el Derecho es la misma vida y a ella debe servir la justicia con sus decisiones. Afirma, dado lo que antecede, que sólo el hombre, el Juez, puede cumplir y consumir tan excelsa misión quien en su labor diaria y callada actualiza viejos Códigos y ancianas Leyes, conformándolas con los estados prácticos de los tiempos actuales, por lo que no duda en calificar al Juez como piedra angular y base firme sobre la que se apoya y sustenta la justicia.

A seguido estudia las cualidades de los hombres encargados de la misión de juzgar, trayendo a colación citas históricas, como la de las Partidas, en sus leyes 1.^a y 3.^a del Título IV de la Partida 3.^a, mas sin ánimo de hacer una exégesis de todas las virtudes que deben adornar al Juez, centra su interés en alguna de ellas, principalmente de orden espiritual; y así subraya cómo la vocación es la que prima sobre todas ellas, ya que sólo a través de esa llamada interior es como se produce la autenticidad del yo, y es el campo abonado para que florezcan las demás cualidades. Destaca asimismo la bondad, que —dice—, no debe ser confundida con la simplicidad y también la personalidad del Juez, entendida ésta en el sentido de que esté dotado de unos valores que le hagan merecer el respeto de la Sociedad, sin caer en el craso error de estimarse un superhombre, ya que otra de las facetas a contemplar en él es la de su humanidad, abiertamente refida con la soberbia o la creencia de hallarse investido de valores y potestades divinas.

Se extiende a continuación sobre la formación científica y moral del Juez, predicando respeto de ésta, que debe dar todo lo que tiene, sin gestos heroicos y, por el contrario, con absoluta naturalidad; su inteligencia, su voluntad, su capacidad de trabajo, su virtud y su conciencia, deben estar al servicio de la Sociedad.

Entre las garantías que deben permitir a la Magistratura realizar su elevada misión, hace un acabado análisis de la independencia judicial, por la que su actuación y organización queda inmune frente a todo poder extralegal, añadiendo que si trascendente es dicha independencia funcional y orgánica, más lo es, si cabe, la independencia moral y espiritual de la que debe rodearse para quedar solamente sometido a su propia convicción debidamente fundamentada. Como resumen de la referida indepen-

dencia judicial, cita las palabras del maestro D. José Castán en el discurso de apertura de los Tribunales de 1951, cuando expresaba «que la función del Juez entraña, fundamentalmente al menos, un juicio lógico, consistente en la aplicación de una norma de ley a un caso concreto; la tarea de juzgar implica tomar una decisión que es la consecuencia lógica y necesaria de la constatación del Derecho objetivo..., por ello, la actividad de los jueces ha de ser siempre una actividad imparcial y libre, y que la independencia de la función judicial tiene el valor de un axioma».

Analiza después la contrapartida de la independencia judicial que no es otra que la efectiva responsabilidad de la Judicatura ante el abuso o exceso, pues si no fuera así, posiblemente pudiera degenerar el ejercicio de la función en una verdadera tiranía. Se extiende en consideraciones acerca de la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, dedicando a la responsabilidad de conciencia del Juez un gran apartado de su interesante discurso, concluyendo que el Juez sólo puede aspirar a la aprobación de su íntima conciencia.

En orden a la trascendencia de la misión de juzgar, pone de relieve que ha de ser como un corazón que de manera continuada impulse a la sociedad la sangre vivificadora de la paz y la tranquilidad de los ciudadanos, sirviendo de árbitro supremo entre gobernantes y gobernados.

Con frases de gran altura previene al Juez del peligro de la rutina, exhortando a un constante perfeccionamiento humano, moral, científico y funcional, para alcanzar las metas que le están reservadas a la Magistratura, puesto que estima que si la Edad Media fue del señor feudal, la Moderna fue del Rey y el siglo XIX de los Parlamentos augura que el siglo XX será el del pleno resurgir del poder judicial.

Expresa cómo es absolutamente necesario que para que la justicia tenga plena efectividad existan unas leyes de enjuiciamiento que sirvan de cauce a la actuación judicial que deben de estar fundadas en dos conceptos primarios: la rapidez y la garantía absoluta de los justiciables; y como una idea nueva de un trascendente valor pide que la Ley Orgánica de la justicia otorgue a la Carrera Judicial el autogobierno tan ansiado y tan necesario. Respecto de él, con el fin de aclarar su concepto hace referencia a la teoría de la división de poderes, de modo que empleando la frase de poder judicial, por cuanto así se consigna en la vieja Ley Orgánica de 1870, recaba una independencia de tal manera establecida que la potestad jurisdiccional esté solamente sometida a la jerarquía de las normas emanadas del poder legislativo sin dependencia alguna a organismos burocráticos de la Administración en cuanto al régimen de su personal, por ser dichos Organismos ajenos por completo a la misión de juzgar. Reconoce que nunca la Carrera judicial estuvo tan garantizada en su independencia como lo está hoy, y afirma su esperanza de alcanzar la deseada meta de su pleno autogobierno, vislumbrándose ello en el artículo 29 y lo mismo en el artículo 6.º de la Ley Orgánica del Estado, cuando establecen su independencia, y que la justicia se administra en nombre del Jefe del Estado, autogobierno que, como es lógico, no podrá significar nunca un poder separado del Estado, sino que debe tener los caracteres de una rama fecunda de un tronco común, inte-

grada, por tanto, en la unidad esencial del Estado. Convendría, dice, que en el anteproyecto de Ley de Bases de la Justicia en estudio, se incluyera este principio y que fuera cuidadosa y acertadamente regulado.

Termina su discurso inaugural haciendo un especial hincapié en la confianza general que la Magistratura española inspira y solicitando que cada vez más la Carrera judicial se forje en un espíritu recio y tenga un alma de tan especial relieve que la dote de una gran fortaleza y de una vida eterna.

J. C. y E.

REVISTAS

A cargo de
BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo
MORALES MORENO, Antonio Manuel

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel: *La eficacia del Derecho privado en las relaciones de los particulares con la Administración*. RGIJ, junio 1969; páginas 919 a 937.

Conferencia pronunciada en el Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra el día 18 de abril de 1969, donde se contempla sucesivamente la posición del administrado y la de la Administración.

BACH, Eugène-Louis: *Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps*. RTDC, julio-septiembre 1969; págs. 405 a 468.

El autor propugna una distinción entre el problema de la retroactividad o irretroactividad de una ley nueva y el problema de la supervivencia o no supervivencia de la ley antigua. En efecto, sólo cabe una solución científica y objetiva del primer problema. En cambio, el segundo dependerá siempre de una apreciación subjetiva sobre la oportunidad de una u otra solución.

ALEGRE GONZÁLEZ, Juan: *La excepción de Orden público en el Derecho interregional privado español*. RDP, abril 1969; págs. 260 a 268.

Tras el análisis de algunos supuestos normativos que podrían conducir a la conclusión de que la noción de Orden público actúa dentro del Derecho interregional (arts. 733, 1.317 C. c.), el autor concluye que la noción referida no puede entrar en juego en estos casos. De aquí extrae una consecuencia: "Si no puede ser contraria al Orden público español una institución prohibida o desconocida en el Derecho común, pero admitida en uno de los forales, la misma institución emanada de un legislador extranjero no tiene por qué resultar más intolerable y no hay que oponer contra ella la excepción de Orden público cuando la ley que la regula deba ser aplicada en virtud de lo que dispone nuestro sistema conflictual".

DE LOS MOZOS, José Luis: *El Derecho natural en la formación del Derecho civil*. RDP, abril 1969; págs. 245 a 259.

Se destaca la importancia del Derecho natural en la formación del Derecho civil a través de un análisis histórico que recorre tres momentos: Baja Edad Media, Humanismo, "Usus Modernus Pandectarum". Ya en la Baja Edad Media momento en que el Derecho es fundamentalmente un Derecho de juristas, los Postglosadores intentan aproximar al Derecho romano a un Derecho natural de la Cristiandad. Pero la influencia del Derecho natural responderá fundamentalmente a una exigencia metodológica, la mayor *racionalización* del Derecho.

3. Derechos reales.

GARRIDO PALMA, Víctor Manuel: *¿Superficies sólo cedit? El principio de accesión y el de superficie*. RDN, enero-marzo 1969; págs. 89 a 164.

El autor atiende fundamentalmente al valor del principio "superficies solo cedit" en la situación económico-social existente actualmente en España, así como frente al principio de accesión.

SÁNCHEZ VELASCO, Hipólito: *Constitución de servidumbres en edificio a construir: su proyección registral*. RDN, enero-marzo 1969; págs. 231 a 255.

El autor considera que la servidumbre sobre y a favor de edificio no construido, como pacto accesorio a otro principal, es inscribible, aunque sea condicional, por aplicación del núm. 2 del artículo 9.º de la L. H., y que la servidumbre sobre o a favor de edificio no construido, como contrato autónomo, que da constituida como derecho real por el contrato, y es inscribible "ab initio" si en la escritura se reflejan los requisitos exigidos por el artículo 9.º de la L. H. y 51 del Reglamento, aunque su ejercicio y uso se realice cuando se den los presupuestos de eficacia, o sea, la construcción del edificio.

BASSOLS COMA, Martín: *La suspensión parcial del permiso o licencia de construcción en Francia: Notas a la Ley de 3 de enero de 1969*. Rev. de D. Urbanístico, julio-septiembre 1969; págs. 29 a 41.

Con motivo de la exposición de los principios contenidos en dicha Ley se estudia la función de control preventivo en la construcción y evolución en Francia de la normativa reguladora del mismo.

DE LOS MOZOS, José Luis: *Sistemas de actuación urbanística*. R. de D. Urbanístico, mayo-junio 1969; págs. 15 a 34.

Conferencia pronunciada el día 22-IV-1969 en el ciclo sobre Problemas jurídico-sociales del urbanismo, organizado por las Cátedras de D. Administrativo

y de D. Civil de la Facultad de Derecho de Santiago. El autor trata de poner de relieve cómo los sistemas de actuación urbanística establecidos en la Ley del Suelo responden a los principales principios que inspiran nuestro ordenamiento urbanístico.

BASSOLS COMA, Martín: *Los problemas de la subrogación urbanística*. R. de D. Urbanístico, marzo-abril 1969; págs. 13 a 60.

Se estudia la sustitución en el Derecho Administrativo, la subrogación o sustitución en la legislación urbanística (Ley del Suelo y legislación complementaria) y la subrogación en el Reglamento de edificación forzosa y Registro municipal de solares.

MORENO HERRERA, Diego: *La prescripción de las aguas públicas*. RCDI, año XLV, núm. 473, julio-agosto 1969; págs. 985 a 1006.

El artículo 149 de la Ley de Aguas de 1879, asegura el disfrute de los aprovechamientos, pero nada dice del dominio de las aguas objeto de aquéllos. La finalidad que persigue el precepto es legitimar al usuario que ha venido en el disfrute del aprovechamiento durante veinte años sin título, equiparando la posesión pacífica al título concesional, para que, en base a aquélla, obtenga de la Administración el reconocimiento de su derecho de aprovechamiento. Se continúa el trabajo con el estudio del alcance de la prescripción de aprovechamiento de aguas públicas y el de la justificación del derecho adquirido por prescripción.

SANTOS BRIZ, Jaime: *La propiedad horizontal en la jurisprudencia*. RDP, mayo 1969; págs. 333 a 350.

El trabajo muestra las soluciones dadas por el Tribunal Supremo en torno a los problemas suscitados en materia de propiedad horizontal. La jurisprudencia más reciente se sistematiza así: Naturaleza jurídica; autonomía de la voluntad en la propiedad horizontal; título constitutivo de la propiedad horizontal; órganos de la comunidad de propietarios, carácter de la representación de la comunidad por el presidente; actuación procesal; aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a los supuestos de resolución de contratos de arrendamiento de vivienda y locales de negocio.

4. Obligaciones y contratos.

CRISTÓBAL-MONTES, Angel: *El principio de la irrevocabilidad de las donaciones*. RGLJ, mayo 1969; págs. 699 a 738.

Artículo dividido en tres partes, cuyo contenido es: el origen histórico de la irrevocabilidad de las donaciones, el fundamento de la irrevocabilidad y una crítica de la misma.

FRAGALI, Michele: *L'inerzia del creditore nella fideiussione solidale*. RTDP, año XX (1966); págs. 458 a 472.

En la fianza solidaria se ha entendido que no es necesario proponer la acción contra el deudor garantizado antes de dirigirse contra el fiador. Este criterio, sustentado por la jurisprudencia italiana, es sometido a revisión por el autor. La fianza es una figura de estructura unitaria ya asuma una forma simple o solidaria, por ello sostiene que no se puede autorizar al acreedor a confiar solamente en el cumplimiento del fiador y a desinteresarse de su relación con el deudor. Con esta orientación interpreta el artículo 1.957 del C. c. italiano.

DE LOS MOZOS, José Luis: *Acceso diferido a la propiedad de la vivienda*. RCDI, año XLV, núm. 473, julio-agosto 1969; págs. 963 a 983.

En los artículos 132 a 137 del Reglamento de viviendas de protección oficial, aprobado por Decreto de 24 de julio de 1968, se establece el acceso diferido a la propiedad aplicable a las viviendas de protección oficial. Sobre esta materia se aborda en el trabajo: Antecedentes y ámbito de aplicación; elementos subjetivos y objetivos; efectos, resolución; naturaleza de estos contratos.

Respecto a la naturaleza advierte el autor que nos hallamos ante un contrato *sui generis*, por el cual se constituye inmediatamente una situación equivalente a la del arrendamiento de cosas, al pasar la posesión o uso al cesionario, con todos los derechos y obligaciones que esto representa, y que tiene por finalidad principal servir de título para la adquisición de la propiedad de la vivienda, lo que tiene lugar, de modo diferido, a la terminación del plazo establecido por las partes para el pago del precio y en los términos legales que sean oportunos, salvo que, voluntariamente, quieran anticiparlo y siempre que el contrato no sea anteriormente resuelto.

VARRONE, Claudio: *L'art. 1.198 C. c. ed il problema della "cessio pro solvendo"*. RTDP, año XX (1966); págs. 509 a 543.

La *datio in solutum* no debe ser considerada como genérico contrato extintivo, sino como verdadero cumplimiento. Produce la extinción de la relación obligatoria, tan sólo, si al mismo tiempo viene a ser ejecutada, ya la obligación del deudor, el cual, con el consentimiento del acreedor, presta una cosa distinta de la debida, ya el derecho del acreedor, el cual aceptando aquella cosa se declara satisfecho en su derecho de crédito. La posición del cedente en la *cessio pro solvendo solutionis causa* se presenta como una responsabilidad que perdura en garantía de los derechos del cesionario. Tal posición la hace extensiva el autor a la que asume el cedente cuando el crédito se transfiere por una causa diferente, asumiendo el cedente la garantía de la solvencia del deudor.

VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: *Algunas consideraciones sobre los contratos aleatorios del Código civil*. RCDI, año XLV, núm. 471, marzo-abril 1969; págs. 351 a 359.

Se definen como aquellos contratos patrimoniales de carácter obligacional por cuya virtud las partes contratantes convienen en la asunción de garantizar

un riesgo mediante una contraprestación normalmente dineraria. De aquí se parte para un somero análisis de sus elementos esenciales y presupuestos de validez.

5. Derecho de familia.

PARA MARTÍN, Antonio: *La presunción en el Derecho Civil de Cataluña*. RJC, abril-junio 1969; págs. 287 a 307.

El autor critica la subsistencia de dicha institución tal como viene regulada en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña. De acuerdo con su opinión constituye una importante merma a la capacidad de obrar de la esposa, al colocar todo su patrimonio en situación permanente de inseguridad, lo que no está justificado por las circunstancias de la familia moderna.

SANCHO REBULLIDA, Francisco: *Las clases de filiación en el Código Civil RGLJ*, julio-agosto 1969; págs. 42 a 56.

Trabajo centrado en la relevancia de la subclasificación de la filiación ilegítima en natural y no natural, fundamentalmente en cuanto a su repercusión en el reconocimiento de la misma.

POISSON, Elisabeth: *Le changement de régime matrimonial (article 1.397 du Code Civil)*. RTDC, julio-septiembre 1969; págs. 469 a 507.

En la primera parte de este artículo se estudia la sustitución del régimen de separación de bienes por un régimen de comunidad, la supresión del régimen de la dote, la adopción del régimen legal de comunidad, de comunidad universal y gananciales, y el cambio de calificación de un bien determinado. La segunda parte atiende al control judicial en estos supuestos de cambio.

ROCA DE LAQUE, María Encarna: *Responsabilidad de los bienes parafernales*. RJC, julio-septiembre 1969; págs. 575 a 593.

Estudio sobre la aplicación de los frutos de los bienes parafernales al levantamiento de las cargas matrimoniales en la Compilación de Derecho Catalán (art. 50), precedido de una breve referencia histórica al origen y antecedentes de los bienes parafernales.

DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel: *La mujer casada y el derecho de sociedades*. RGLJ, septiembre-octubre 1969; págs. 192 a 293.

El autor trata de dar una solución a la siguiente pregunta que expone al principio: ¿hasta qué punto es lícito que el marido, a través de la potestad

marital o de sus facultades administrativas o dispositivas sobre el patrimonio consorcial, pueda interferirse en unos derechos (los dimanantes de la cualidad de socio) que los restantes componentes de la sociedad, y la sociedad misma, han reconocido solamente a la mujer, y que ésta ha adquirido (se admite por hipótesis) con la licencia o el consentimiento de su cónyuge?

BELTRÁN DE HEREDIA, José: *El Proyecto de divorcio en Italia*. RDP, septiembre 1969; págs. 625 a 640.

Se ofrece el Proyecto de divorcio presentado al Parlamento italiano, precedido de un encuadre jurídico. Este encuadre expone sus antecedentes, el régimen concordatorio consecuencia del Tratado de Letrán, el Código de 1942, la situación surgida con la proclamación de la República y los recientes intentos.

FERRER SANCHÍS, Pedro: *Un comentario desde el punto de vista español al Convenio de La Haya de 1964 sobre adopción*. RCDI, año XLV, núm. 474, septiembre-octubre 1969; págs. 1255 a 1268.

Se dedican unos breves comentarios a los artículos que componen el Convenio, que en opinión del autor responde a las más recientes tendencias del Derecho Internacional Privado, que consideran estrechamente ligadas las cuestiones de determinación de la Ley aplicable y de la competencia judicial internacional. El Convenio trata de ambas, y además de contener normas de remisión contiene algunas materiales.

PORRAS IBÁÑEZ, Pedro: *Testar y reconocer*. RDP, mayo 1969; págs. 351 a 359.

El reconocimiento de hijo natural hecho en testamento (art. 131 C. c.), que no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo (art. 741 C. c.), plantea el problema de su inmediatividad. ¿Opera sus efectos sólo *post mortem*? Para el autor, la irrevocabilidad del reconocimiento no supone, en principio, su inmediatividad.

6. Derecho de sucesiones.

RODRÍGUEZ VALCARCE, Francisco: *Testamento ológrafo: problemas que suscita su elevación a público y protocolización*. RDN, enero-marzo 1969; páginas 217 a 229

Se estudia en sucesivos apartados la elevación a documento público, las consecuencias de la específica finalidad del expediente de jurisdicción voluntaria, el testamento ológrafo "caducado", el cercenado o "mutilado", las memorias testamentarias y el testamento ológrafo, y la información, oposición, resolución, recursos y protocolización.

ELFGEN, Anno: *La mejora en el vigente Derecho español*. RDN, enero-marzo 1969; págs. 7 a 87.

Traducción del alemán de Aurelio Pérez Giralda. Comprende seis capítulos en los que se estudia: la definición de la mejora; las personas que pueden ordenar una mejora y que pueden ser favorecidas con ella; la naturaleza personalísima de la disposición de mejora y su única excepción respecto del cónyuge superstite, la división, forma y modalidades de la mejora; la naturaleza jurídica de la mejora; el régimen de la mejora antes y después de la apertura de la sucesión. En su último capítulo se tratan dos problemas concretos: la significación de la mejora para el cómputo de la legítima del cónyuge viudo, del hijo natural y del adoptivo; y la mejora dentro de la reserva de los artículos 792 y 811.

II. DERECHO HIPOTECARIO

ALVAREZ RICO, Manuel: *La inscripción en el Registro de la Propiedad de los terrenos expropiados con motivo de grandes obras hidráulicas construidas por el Estado*. R. C. D. I., año XLV, núm. 474; septiembre-octubre 1969; págs. 1225 a 1251.

En los terrenos expropiados con motivo de obras hidráulicas es preciso distinguir varias zonas, a cada una de las cuales se ha de aplicar, en orden a la inscripción, un régimen jurídico diferente.

Zona primera: Se extiende hasta la cota de máximo embalse normal. Como en ella los terrenos y obras están afectados directamente a la obra pública, es innecesaria la inscripción. Si la finca se hallase inscrita, cabe hacer constar con nota marginal su incorporación al dominio público.

Zona segunda: Se extiende hasta el final de la expropiación y es denominada zona exterior. En ella los terrenos pasan a ser bienes patrimoniales del Estado y, por tanto, deben ser inscritos en el Registro de la Propiedad.

Zona tercera: Ocupada por las obras auxiliares de la obra fundamental, se rige, en cuanto a la inscripción, por la naturaleza propia de cada uno de los bienes auxiliares.

Títulos para inscribir los terrenos expropiados son, el acta de ocupación y de pago y en caso de no existencia, la certificación de dominio, complementada, si fuese posible, por otros documentos del expediente.

BATALLA GONZÁLEZ, Manuel: *La Compilación aragonesa y el Registro de la Propiedad*. R. C. D. I., año XLV, núm. 471, marzo-abril 1969; págs. 301 a 349.

Examina el articulado de la Compilación de Aragón en aquellos puntos en que tiene relación con la calificación registral, forma de practicar los asientos y sus efectos. Estos puntos son: Mayor de catorce años y menor de

veintiuno; emancipación; disposición de bienes de menores; renuncia a atribuciones gratuitas; adquisición de bienes a título oneroso atribuyendo al precio o contraprestación carácter privativo, inscripción y disposición; pasivo de la comunidad conyugal y repercusión en anotaciones de embargo; el expectante derecho de viudedad en relación con ejecución por deudas de la sociedad conyugal; disposición de bienes de la sociedad conyugal; disposición del viudo a expensas de los bienes comunes o privativos; comunidad conyugal continuada; viudedad; testamento moncomunado; sucesión paccionada; representación y sustitución; derecho a acrecer; consorcio foral.

HERMIDA LINARES, M.: *Problemas fundamentales de Derecho hipotecario*. R. C. D. I., año XLV, núm. 474, septiembre-octubre 1969; págs. 1177 a 1224.

Se pone de manifiesto en este trabajo cómo la inscripción en el Registro de la Propiedad suple a la tradición, siempre que se trate de un tercer adquirente protegido por la fe pública registral. El contraste de esta opinión con la mantenida por Lacruz, lleva al autor a dedicar algún espacio a combatir esa otra postura, en la que se considera, en todo caso, necesaria la entrega para que se produzca la transmisión del derecho. Porque para Lacruz la protección al tercero de buena fe que inscribe en el Registro no se produce al margen de la tradición.

Hermida apoya su argumentación en los artículos 608 y 1473 C. c. y 32, 34 y 38 L. H.

LEYVA DE LEYVA, Juan Antonio: *El Derecho inglés: orden jurídico inmobiliario y registral*. R. C. D. I., año XLV, núm. 472, mayo-junio 1969, págs. 671 a 711.

En la primera parte del trabajo se resaltan las características del Derecho inglés ofreciéndolas para esbozar el problema de la estructuración del Derecho y práctica jurídica. En la segunda parte se trata del Derecho inmobiliario y registral inglés.

III. DERECHO MERCANTIL

2. Comerciante y sociedades.

SAINZ MORENO, Fernando: *Fusión de sociedades en régimen de acción concertada o de concentración de empresas*. RDM, abril-junio 1969; págs. 209 a 247.

Estudio de la Ley de 5-XII-1968, que regula el aspecto mercantil de aquellos casos de fusión de sociedades acogidas previamente al régimen de acción concertada o a beneficios fiscales. El autor valora esta Ley como un ensayo para

mejorar el régimen de la fusión de sociedades realizado en un momento en que se prepara la reforma de la sociedad anónima, dentro de la cual será reabsorbido.

LUCAS FERNÁNDEZ, F.: *Problemas específicos de Derecho de sociedades en la contratación por extranjeros*. RDP, marzo 1969; págs. 159 a 183.

Se refiere el trabajo, en primer término, al grado de participación que puede tener un extranjero en las distintas clases de sociedades españolas. Cuando la inversión que pretende hacer el extranjero en una sociedad española excede del porcentaje autorizado, es preciso obtener autorización previa, según el Decreto de 24 de diciembre de 1959; el régimen que ello implica se estudia a continuación. Se abordan, para concluir, las siguientes materias: Adquisición de títulos valores de sociedades españolas por extranjeros; consecuencias de las infracciones de las normas sobre inversiones directas o indirectas en sociedades españolas; administración de sociedades españolas por extranjeros.

3. Cosas mercantiles.

FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *El relieve jurídico de la notoriedad de la marca (con especial referencia al riesgo de confusión)*. RDM, abril-junio 1969; páginas 169 a 208.

El autor propugna un criterio más severo que el adoptado por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 25-I-1968 (Coca-Cola/Coca-Spur) y de 24-IX-1968 (Aspirina/Alergapirina) a la hora de decidir si es confundible la marca notoria y más antigua con otra marca posterior que pretende acceder al Registro de la Propiedad Industrial. Esta es, a su entender, la única forma de proteger la marca notoria frente a un doble riesgo de confusión: confusión inmediata cuando es contemplada superficialmente por un consumidor poco atento; confusión mediata cuando es contemplada con detenimiento por un consumidor más observador.

MONTERO PALACIOS, Francisco: *De las marcas farmacéuticas*. RDP, marzo 1969; págs. 184 a 189.

Se definen como "todo signo o medio material, cualquiera que sea su clase y forma, que sirva para señalar y distinguir de los similares, las drogas de origen natural (animal, vegetal o mineral) así como sus derivados, y las sustancias químicas o biológicas, aunque sean producidas por síntesis, capaces, previa la adecuada preparación farmacológica y debidamente dosificados, de transformarse en medicamentos". Se estudia la incompatibilidad por semejanza, genericidad e inscripción en el Registro de la Dirección General de Sanidad.

TEJERA VICTORY, José María: *Algunas consideraciones sobre los títulos a la orden*. R. C. D. I., año XLV, núm. 474, septiembre-octubre 1969; págs. 1149 a 1175.

El primer problema que suscita al autor la aproximación al tema es el de la posibilidad de construir una teoría general. La respuesta es afirmativa; parece que debe intentarse.

El principio de la autonomía de la voluntad, opina, tiene fuerza suficiente en este caso para permitir la creación de títulos con cláusula a la orden, siempre que se ajusten a los principios generales de nuestro ordenamiento en esta materia. La forma del título es la que le da su emisor, dentro de los moldes que el Derecho establece, y parece que las exigencias de la buena fe que han de imperar en el tráfico aconsejan respetar esa iniciativa de la voluntad privada en tanto no afecten al orden público o a tercero.

De lo anterior surge el problema de la determinación de los efectos que producirá el endoso de los documentos creados al amparo del principio más arriba formulado.

4. Obligaciones y contratos.

GASPERONI, Nicola: *La C. d. surroga dell'assicuratore*. RTDP, año XX (1966); págs. 1274 a 1315.

Sobre el tema de la subrogación del asegurador que ha pagado la indemnización en los derechos del asegurado, frente al tercero responsable (previsto en el art. 1.916 C. c. ital.), el autor entiende que se produce, automáticamente y *ope legis*, coincidiendo con el acto del pago de la indemnización por el asegurador. No obstante esta transmisión, queda protegido el tercero responsable que de buena fe satisface al dañado y no al asegurador, y ello aunque el asegurado indemnizado carezca de legitimación activa para reclamar a dicho tercero. Se considera, además, invalidado el pacto que permite al asegurado indemnizado reclamar al tercero en nombre propio, pero por cuenta del asegurador.

El subingreso en los derechos del asegurado presupone: El pago de la indemnización por el asegurador y la responsabilidad del tercero. Se excluye cuando el daño se ha causado, no dolosamente, por parientes y afines del asegurado. Abarca a toda especie de seguro contra daños.

Se concluye el trabajo con una referencia a los términos de prescripción.

LATOUR BROTONS, Juan: *El crédito documentario*. RDP, septiembre 1969; págs. 640 a 657.

Tras señalar la función económica de la institución y su normativa, se pasa examen a la naturaleza jurídica de la misma, concepto, elementos, clases, obligaciones y responsabilidades.

IV. DERECHO PROCESAL

4. Procesos especiales

FAIREN GUILLÉN, Víctor: *Jurisdicción, Tribunales de Trabajo y Tribunales Ordinarios*. RJC, abril-junio 1969; págs. 308 a 342.

El autor estudia los problemas suscitados por el principio de unidad jurisdiccional, contenido en el Anteproyecto de Bases para la Ley Orgánica de la Justicia, frente a la Jurisdicción de Trabajo.

RUIZ SÁNCHEZ, José Luis: *Problemática de la caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*. R. C. D. I., año XLV, núm. 472, mayo-junio 1969; págs. 605 a 669.

Considerándose de gran interés no sólo teórico, sino práctico, la "caución" en su aplicación en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, el artículo ofrece una doble proyección, procesal y material, de esta problemática, que se vertebra así: Caución y postulación; caución y beneficio de pobreza; caución y competencia; caución y tercero que la constituya; caución y terceros frente al proceso.

CLAVE DE ABRVIATURAS

AOP = 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).

BFD'CO = 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 = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.

EMI = 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).

ODF = 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 (Antioquía).
 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-Berlin).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
 RDC = Rivista del Diritto Commerciali e del Diritto Generales delle Obbligazioni (Milán).
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
 RDLA = 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 (Paris).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale 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 (Paris).
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (Paris).
 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 = Svanstet 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 COMENTADAS

1. La renta de un local de negocio pactada según «los índices de vida generales para Madrid».

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1967).

SUMARIO: 1. El arrendamiento de un local de negocio con renta revisable en función de «los índices de vida generales para Madrid»: sentencias de instancia y casación.—2. Los fundamentos positivos invocados por la jurisprudencia para la admisión de las cláusulas de estabilización en la L. A. U. de 1956.—3. La equidad de una cláusula de escala móvil y la ausencia de un enriquecimiento abusivo para el arrendador.

1. *El arrendamiento de un local de negocio con renta revisable en función de los «índices de vida generales para Madrid»: sentencias de instancia y casación.*

En los arrendamientos locaticios, regidos por la legislación anterior a la vigente, solían presentarse conflictos entre las partes, no obstante que las mismas hubiesen voluntariamente pactado en sus contratos cláusulas en las que se aceptaba una modalidad especial de pago de la renta del tipo llamado «cláusulas de estabilización».

En el caso concreto, que presenta una de las últimas sentencias del Tribunal Supremo (S. de 8 de febrero de 1967), aparece una de las modalidades de dichas cláusulas, al haberse pactado la renta de un local de negocio en función de «los índices de vida generales para Madrid».

Nuestro más alto Tribunal, en sus primeros enjuiciamientos, se mostró poco partidario de estas cláusulas estabilizadoras para dichos locales, declarándolas nulas con arreglo a la legislación de 1931 y 1936, así como bajo la vigencia de la Ley de Arrendamientos de 1946, si bien rectificando su criterio para la Ley de Arrendamientos de 1956, al considerarlas como válidas y eficaces.

Este criterio fluctuante contribuyó a desorientar a quienes se habían propuesto contratar con ciertas garantías para que el poder adquisitivo de su renta no se viese disminuido por la inflación, manteniéndolos en un estado de incertidumbre en cuanto a si podría recaer sobre dichas cláusulas estabilizadoras una decisión judicial de nulidad o que, al fin, se reconociesen, según la suerte interpretativa de turno.

En estos últimos años, el criterio jurisprudencial dominante se ha inclinado por la admisión de las cláusulas de estabilización, concretamente para los contratos acogidos a la L. A. U. de 1956. Esta sentencia de 8 de febrero de 1967 viene a confirmarlo por la remisión que hace al criterio anterior,

ahora bien, sin dar más razones. Nos hallamos, pues, ante una sentencia en la que al declarar la validez de la cláusula de estabilización lo hace de una manera escueta y remisiva, por lo que se hace necesario, una vez más, referirse al fundamento interpretativo ya expuesto por el Tribunal Supremo en casos antecedentes.

Es útil recordar que una cláusula de estabilización puede ser convenida de diferente modo (cláusulas oro, valor oro o plata, moneda extranjera o valor moneda extranjera y las de escala móvil, fundamentalmente), en todas ellas es común que el precio o renta del negocio o contrato en que se inserta varía en proporción cuantitativa del precio del índice monetario o económico elegido dentro del período de tiempo que las partes señalan, por lo que, partiendo de una cantidad fija de la renta, su cuantía ascenderá o disminuirá en función de las variaciones que sufra el precio de dicho índice.

Veamos en qué términos se expresaron las partes y qué modalidad adoptaron para el contrato de un arrendamiento de local de negocio que fue objeto de su pacto. El 30 de septiembre de 1961 se conviene el arrendamiento de un local de negocio que se destina a clínica médica y en el que los contratantes, entre otras concreciones, puntualizan las siguientes:

«Segunda: El precio nominal e inicial del arrendamiento es de ciento setenta y ocho mil pesetas anuales, que el arrendatario se obliga a satisfacer a la sociedad arrendadora o a quien su derecho represente en moneda de curso legal, por meses adelantados, dentro de los primeros cinco días de cada mes»... «Mientras se mantenga la vigencia del presente contrato, sea por aplicación de su cláusula primera o por aplicación de la prórroga legal, la renta inicial antes expresada será revisada a partir de primero de octubre de mil novecientos sesenta y tres y sucesivos, en función de la diferencia que exista entre los índices de vida generales para Madrid, publicados por el Instituto Nacional de Estadística para el año mil novecientos sesenta y uno y los publicados por dicho Instituto u Organismo encargado de establecer dicho índice para el año inmediatamente anterior a aquel en que se practique la revisión. La renta así revisada, será girada de modo automático por la sociedad arrendadora, sin que se precise por tanto notificación especial alguna, siendo su pago obligatorio para el arrendatario».

«Tercera: El arrendatario, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo sexto número dos de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos del trece de abril de mil novecientos cincuenta y seis, renuncia expresa y formalmente a todo derecho o beneficio que le concediera o pudiera conceder dicha Ley, con la sola excepción del de prórroga del contrato, para que el contenido de la obligación pecuniaria de la cláusula segunda conserve, a través de los acontecimientos que en el futuro pudieran surgir, y en especial la depreciación monetaria, el mismo valor estimativo que tuvo para las partes al contratar, logrando así el cumplimiento del principio de justicia conmutativa que demanda la equivalencia de las prestaciones de las partes en los contratos onerosos».

Transcurrido el tiempo previsto, el arrendador exigió del arrendatario la revisión de la renta conforme a la modalidad pactada; sin embargo, el arrendatario contestó que no reconocía eficacia alguna a la cláusula revisoria por no ser aplicable y que, además, las fechas y tipos recogidos para la

revisión no eran los adecuados. Dado que no se pudo llegar a un acuerdo definitivo entre ambas partes, se entabló juicio ante el Juzgado de Primera Instancia, quien dictó sentencia, el 20 de septiembre de 1965, declarando haber lugar a la revisión de la renta contractual del local, en el sentido de aumentarla en cuatro mil doscientas pesetas mensuales, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula segunda del contrato de arrendamiento. No satisfecho el arrendatario de este fallo interpuso apelación ante la Audiencia Territorial, la cual, a su vez, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada. Todavía en desacuerdo el arrendatario eleva un recurso de injusticia notoria ante el Tribunal Supremo, quien, por sentencia del 8 de febrero de 1967, decide lo siguiente:

«Considerando: Que sobre la base que por carta de dieciocho de febrero del año mil novecientos sesenta y cuatro el arrendador participa al arrendatario la revisión de renta conforme a pacto contractual, incrementándose la estipulada en el ocho tres por ciento como aumento de índice de vida según el informe del Instituto Nacional de Estadística...»

«Considerando: Que allana la resolución del problema de interpretación que plantea el motivo segundo del recurso el reconocimiento que se hace en el mismo por el recurrente, que la estipulación segunda del contrato donde se dice: «la renta» será revisada a partir del primero de octubre de mil novecientos sesenta y tres y sucesivos, en función de la diferencia que exista entre los índices de mil novecientos sesenta y uno y los publicados por dicho Instituto u Organismo encargado de establecer dicho índice para el año inmediatamente anterior a aquel en que se practique la revisión, encarna un pacto de estabilización autorizado por la Ley de Arrendamientos y doctrina jurisprudencial...», y «existe un interregno de tiempo con indudable diferencia entre los términos comparativos que se pretenden poner a igual altura o nivel para mantener el equilibrio de valores que es a lo que tiende la tan repetida cláusula compensatoria...», y que «el contrato... no es ilógico ni absurdo, ni representa un enriquecimiento abusivo del acreedor, sino, por el contrario, de equidad, se ha de ratificar el criterio de la sentencia recurrida».

En el presente caso llama la atención que, por un lado, la previsión contractual de las partes haya sido tan precisa y matizada como no se había visto hasta ahora en ningún contrato del género planteado ante el Tribunal Supremo, mientras que, por otra parte, no se conoce un fallo tan generalizado e impreciso de este alto Tribunal como el presente, al remitirse de un modo simplista al fundamento legal y jurisprudencial en que se basa, calificando de una manera poco usual el supuesto, si bien se reconozca por primera vez que no hay abuso de derecho en dichas cláusulas.

En cambio, los contratantes matizan con rigor y detalle una serie de términos al pactar «el precio nominal e inicial del arrendamiento», su pago «en moneda de curso legal»; al considerar que su vigencia lo fuese por el tiempo pactado o «por aplicación de la prórroga legal»; que la «renta inicial» fuese revisable en años «sucesivos» según los «índices de vida generales para Madrid, publicados por el Instituto Nacional de Estadística»; que la renta se girase de «modo automático»; que se «renuncia expresa y formalmente a todo derecho o beneficio», «con la sola excepción del de prórroga del contrato» y, que, por tratarse de una «obligación pecuniaria», su finalidad es

preservarse de una «depreciación monetaria» con objeto de conservar «el mismo valor estimativo que tuvo para las partes al contratar, logrando así el cumplimiento del principio de justicia conmutativa que demanda la equivalencia de las prestaciones de las partes en los contratos onerosos».

En la presente sentencia el Tribunal Supremo se limita a una remisión a las disposiciones del ordenamiento legal sin mencionar los preceptos específicos dispositivos que hacen válidas dichas cláusulas de estabilización; también se remite a la propia autoridad, pero sin más precisión que la mención genérica de las sentencias antecedentes, sin concretarlas individualmente, como si su postura obedeciese a una constante y unívoca doctrina.

Sin embargo, la posición interpretativa jurisprudencial ante las cláusulas de estabilización pactadas en arrendamientos de locales de negocio ha sido cambiante y contradictoria. En un principio, bajo la vigencia de los Decretos de inquilinato de 1931 y 1936, las cláusulas de estabilización fueron declaradas nulas por las sentencias de 13 de noviembre de 1952 y 25 de enero de 1955, mientras que fueron consideradas como válidas, en base a esta misma legislación, por la sentencia del 28 de noviembre de 1957.

Puesta en vigor la L. A. U. de 1946, vuelven a sancionarse como nulas todas aquellas cláusulas que pretendan estabilizar la renta, tal como ocurre con la sentencia de 3 de marzo de 1962.

Habrà que esperar a la nueva legislación arrendaticia, con la L. A. U. de 1956, para que aparezca una posición interpretativa favorable a la admisión de las cláusulas estabilizadoras de la renta en los locales de negocio, como sucede con las sentencias de 23 de febrero de 1963, 1 de abril de 1965 y 2 de febrero de 1966, si bien para distinguir las cláusulas de estabilización de las de mera elevación de renta, estas últimas declaradas nulas por carecer de los requisitos de bilateralidad y equivalencia de las prestaciones. Una franca admisión de las cláusulas de estabilización para los arrendamientos de local de negocio, conforme a los preceptos potestativos de la legislación locaticia de 1956, se confirma por las sentencias de 17 de junio y 30 de octubre de 1964 y 19 de diciembre de 1966.

De este panorama se concluye que el Tribunal Supremo, al referirse ahora a la doctrina jurisprudencial que autoriza las cláusulas de estabilización, lo ha hecho exclusivamente pensando en la línea de conducta de estas últimas sentencias, puesto que de las anteriores no puede deducirse una doctrina unívoca.

En cuanto a la afirmación genérica que sienta esta sentencia, en la que se considera que este pacto contractual está «autorizado por la Ley de arrendamientos», también debe deducirse que, por tratarse de un contrato concertado en el año 1961, se regía por la L. A. U. de 1956. Ahora bien, al no mencionarse cuáles preceptos son los que autorizan tales pactos, se hace necesario examinar su concreta normación. De aquí que el comentario a esta sentencia se haga más necesario y deje de ser superfluo.

2. *Los fundamentos positivos invocados por la jurisprudencia para la admisión de las cláusulas de estabilización en la L. A. U. de 1956.*

La Ley de Arrendamientos Urbanos de 13 de abril de 1956, representaba un paso muy importante del legislador en la tendencia hacia un restablecimiento igualitario en las relaciones entre arrendador y arrendatario, amonorando el proteccionismo que hasta entonces se había concedido a los arrendatarios, en cuanto correctivo de la excepcional situación que había planteado la postguerra, la escasez de locales y la situación económica deficitaria en el mercado de capitales y materiales de construcción.

Una vez superadas estas circunstancias, el legislador no podía permanecer impasible ante las graves diferencias que con el tiempo se iban acentuando respecto de las rentas bloqueadas y las de nuevo establecimiento, máxime cuando la inflación repercutía de una manera más directa. De aquí que junto a la «renta contractual» o pactada y la «renta legal», que se disponían en la legislación anterior de 1946, aparezca ya en la de 1956 la «renta revisable» (art. 100).

La «renta legal» de las viviendas y locales de negocio es la que cobraba el arrendador el día que comenzó a regir la Ley de 1956, con todos los incrementos que viniera percibiendo, a excepción de los correspondientes al coste de los servicios y suministros (art. 95, L. A. U. 1956), la «renta contractual» se convierte en «renta legal» para las viviendas que se arrienden después de la entrada en vigor de esta Ley, ya que es la que «se estipula para el momento en que empiece a regir el contrato» (art. 96, L. A. U. 1956).

Según esta última norma, y su interpretación restrictiva, no daría cabida a las cláusulas de estabilización en los arrendamientos de viviendas, pues aunque el índice elegido y la variación de su cuantía se estipula al iniciarse el contrato, no coincide con la precisión textual de la norma, que fija como renta legal «la que se estipule para el momento en que empiece a regir el contrato», por lo que el bloqueo de la renta se inicia a partir de ese momento (1). En compensación, y con objeto de corregir los efectos inflacionistas, el propio legislador abre el cauce de la «renta revisable» a partir del período contractual en situación de prórroga forzosa por períodos de cinco años, teniendo en cuenta la variación de los índices ponderados de vida que publique el Instituto Nacional de Estadística (art. 100).

En cambio, para los arrendamientos de locales de negocio se mantiene la posibilidad de una renuncia al beneficio de la renta legal, tal como ya lo había permitido la legislación anterior, por lo que las partes podrán pactar válidamente una cláusula estabilizadora de la renta, según reconocen las sentencias de 17 de junio y 30 de octubre de 1964 y 19 de diciembre de 1966. La sentencia de 17 de junio de 1964, refiriéndose a un caso de revisión de

(1) Un relevante vocal de la Comisión de Codificación, CALVILLO: *Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955*, Madrid, 1956, pág. 48, ya advertía que dicho límite referente a la renta acarrearía la ineficacia de aquellos pactos por los que se establezcan rentas múltiples para las diversas fases temporales de la relación arrendaticia y quedan proscritas, por consiguiente, las cláusulas de estabilización (las cláusulas de escala móvil, entre otras), en los contratos de inquilinato.

renta de un local de negocio hasta un 30 por 100 cada cinco años, la declara válida fundándose en la renuncia expresa al beneficio de la renta legal que potestativamente permite el artículo 6 de la L. A. U. (1956). La sentencia de 30 de octubre de 1964 apoya la validez de una renta de un local de negocio revisable cada cinco años, según el jornal de un operario de la construcción, en base al artículo 97 de la L. A. U. (1956), que autoriza el libre pacto de la renta aun cuando dichos locales hubieran estado ocupados con anterioridad a la vigencia de este texto legal. La sentencia de 19 de diciembre de 1966 también se pronunció por la validez de la renta de otro local de negocio en cuyo contrato se había pactado su revisión cada cinco años en relación con el precio del carbón en Madrid, igualmente en base al artículo 97 de la L. A. U. (1956). Ambas sentencias en su interpretación hacen ver que dicha revisión de renta era distinta a la del artículo 100, además de haberlo permitido el artículo 5 del Decreto de 6 de septiembre de 1961.

Con arreglo a los citados fundamentos legales debe entenderse, pues, que la sentencia de 8 de febrero de 1967 también reconoce la validez de la renta de un local de negocio, dedicado a clínica médica, revisable a partir del año 1963, y sucesivos, en función de «los índices de vida generales para Madrid» publicados por el Instituto Nacional de Estadística.

3. *La equidad de una cláusula de escala móvil y la ausencia de un enriquecimiento abusivo para el arrendador.*

En la presente sentencia que comentamos, el arrendatario alegó en casación que no reconocía eficacia alguna a la cláusula, que no era aplicable y que, además, las fechas y tipos recogidos para la revisión de la renta no eran los adecuados. A pesar de ello, no deja de reconocer, en otro lugar, que «es indiscutible que la cláusula es válida: nadie lo dudó jamás y nadie alegó lo contrario». Por lo tanto, se advierte una defensa mal planteada. Pero, donde los razonamientos del arrendatario se hacen más contradictorios y confusos son al alegar que este tipo de cláusulas, que vienen introduciéndose en los contratos de arrendamiento para revisar las rentas, se hacen al margen de la Ley, por lo que han de ser analizadas en forma restrictiva; también se alega de manera contradictoria que su finalidad es evitar la depreciación de la moneda, deduciendo inconsecuentemente que van contra lo que el legislador determina en la Ley de Arrendamientos vigente, de tal manera que para poder dar validez a dichas estipulaciones es necesario previamente una renuncia a los beneficios de la Ley.

El arrendatario alega además que este tipo de estipulaciones son características de épocas en las cuales las dificultades de arrendamiento obligan a pasar por fórmulas que en otras ocasiones no hubieran sido aceptadas jamás, concibiéndose en contratos de arrendamiento en que la renta inicial resulta reducida, pero no en aquellos que se pactan rentas altas, por lo que las cifras de aumento en la renta pueden llegar a cantidades anómalas, ya que la revisión con arreglo al índice, interpretada de esta manera, no cubre la estabilización de la moneda, sino parte de unos porcentajes totalmente anor-

males, por lo que tal sistema es contrario a la ley, resultando más oneroso de lo que realmente se pactó.

Respecto a todas estas consideraciones que hace el arrendatario, el Tribunal Supremo responde que se trata de una mera opinión subjetiva, añadiendo que el contrato interpretado por el Juzgador de instancia «no es ilógico ni absurdo ni representa un enriquecimiento abusivo del acreedor, sino, por el contrario, de equidad, por lo que concluye que se debe ratificar el criterio de la sentencia recurrida.

Efectivamente, el pacto de una cláusula de escala móvil de la renta en un local de negocio, con base a los índices ponderados de vida, es válido y eficaz, fundamentalmente por la libertad de estipulación de la renta que se reconoce a arrendador y arrendatario (art. 97, L. A. U. 1956), así como por la renuncia a los beneficios que facultativamente reconoce el artículo 6: y que, previamente, pactaron las partes, aunque con posterioridad el arrendatario vaya contra sus propios actos.

Tampoco las cláusulas de estabilización, y en concreto una cláusula de escala móvil como la pactada por las partes, resulta al margen de la Ley, como se pretende por el arrendatario del local de negocio, desde el momento que el propio legislador toma en cuenta los índices de depreciación del coste de vida (art. 100), y permite una libertad de contratación inicial con la renuncia a los beneficios legales, excepto el de prórroga. Y ya fuera de la legislación locatícia, el reconocimiento legal de las cláusulas de estabilización también se advierte en el Reglamento Hipotecario (art. 219).

Las cláusulas de escala móvil de la renta no son condiciones negociales. ilícitas, abusivas, ni comportan un enriquecimiento para el acreedor. Si en un principio el legislador bloqueó las rentas de las viviendas, lo fue por razones de política social, de carestía de habitaciones y escasez de medios de construcción; además contribuía a paliar el estacionamiento de sueldos y clases pasivas en desproporción con la inflación creciente e inatajable que se presentaba en nuestro panorama económico. En cambio, para los locales de negocio la situación era diversa, debido a la propia actividad de lucro del arrendatario en que el ejercicio de su industria o comercio, así como el ejercicio de una profesión liberal, sus ganancias se iban ajustando al ritmo del nivel de vida que las alteraciones monetarias provocan, por lo que la cláusula de estabilización no hace más que conseguir la equivalencia de las prestaciones para quienes con diligencia prevean las posibles alteraciones del valor monetario.

La equidad de una cláusula estabilizadora está en que el evento de revalorización o depreciación puede ser para compensar o nivelar el contenido económico de la prestación dineraria para ambas partes; que su repercusión no sea exclusivamente unilateral, sino bilateral es su base más firme para que pueda calificarse de justa y equitativa, puesto que no se produce enriquecimiento para ninguna de las partes, ya que el arrendador percibirá más renta sólo en caso de inflación, así como recibirá menos en caso de deflación. Lo que ocurre es que, al soplar continua y galopantemente los vientos de la inflación en lo que va de siglo, da la sensación de que dichas cláusulas sólo

favorecen a los acreedores, cuando su duplicidad de efectos siempre es posible, en caso de que los acontecimientos económicos sean de signo contrario. Quizá este viso tecnológico que implican las cláusulas estabilizadoras tuvo en el Juzgador una asimilación más lenta, pero que una vez puesto en evidencia no ha dudado de considerar sus efectos y repercusiones en la justicia conmutativa de las relaciones y contratos onerosos.

JOSÉ BONET CORREA

2. El Derecho foral como supletorio del Derecho mercantil (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968).

SUMARIO: 1. El supuesto de hecho. 2. Doctrina de la Sentencia. 3. La cuestión básica planteada. 4. Soluciones en la doctrina mercantil. 5. La jurisprudencia anterior a la Sentencia. 6. Nuestra opinión: a) consideraciones históricas, b) interpretación lógica. 7. Conclusión.

1. Un matrimonio sujeto a la vecindad civil catalana tiene abierto al público en Barcelona un establecimiento mercantil dedicado a la venta de aparatos electrodomésticos. La titularidad del establecimiento corresponde exclusivamente al marido, quien ejerce habitualmente el comercio y goza, por tanto, de la cualidad de comerciante. La mujer, en cambio, no ostenta tal condición (1).

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Compilación de Cataluña, el marido compra a la Sociedad Anónima Tarragona una serie de aparatos de aquella clase para revenderlos en su establecimiento. Para pago del precio la Sociedad gira unas letras de cambio a cargo del comprador, quien las acepta, y cuya firma avala su mujer. Por falta de pago se protestan en su momento tales letras y la Sociedad Anónima Tarragona entabla contra aceptante y avalista los oportunos juicios ejecutivos, que prosperan y en los que se embarga una finca propiedad de la mujer, practicándose las correspondientes anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad.

Ante esta situación, otra Compañía anónima, Internacional Radio Televisión, S. A. (IRATESA)—que era acreedora de la propia mujer como consecuencia de una venta de otro lote de aparatos electrodomésticos que habla comprado aquélla por sí misma, aceptando una letra de cambio girada por la Sociedad vendedora (2)—, se estima perjudicada en su derecho de crédito y presenta demanda contra el matrimonio y contra Tarragona, S. A., pidiendo, en síntesis, la nulidad de los avales constituidos por la mujer y, consiguientemente, de los juicios ejecutivos y sentencias de remate en cuanto afecten a ésta, así como de los embargos y anotaciones practicadas. Como fundamento de derecho básico invoca la antigua prohibición de la *Autentica Si qua mulier*, recogida hoy en el artículo 322 de la Compilación de Cataluña, cuyo primer párrafo declara: "Será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada a favor de su marido, salvo el caso de que el importe del

(1) Esta afirmación es realmente muy discutible, dado el conjunto de antecedentes que concurren en el caso. Sin embargo, el carácter de no comerciante de la mujer se califica en el primer considerando de "hecho incontrovertido" y a este planteamiento fáctico se contrae la doctrina de la Sentencia lo mismo que estas notas. Baste aquí indicar que, siendo la mujer comerciante, su amplia capacidad con arreglo a los artículos 10 y 12 del C. de c., hubiera motivado seguramente solución contraria a la sustentada.

(2) No se especifica en la Sentencia, ni la fecha de esta operación con relación a la venta de la Sociedad Anónima Tarragona, ni si la letra aceptada por la mujer, estaba o no vencida.

crédito se hubiere convertido en utilidad de ella misma y sin que su confesión o reconocimiento constituya prueba de tal inversión”.

A la demanda no contesta el matrimonio, que es declarado en rebeldía, pero sí Tarragona, S. A., quien opone, en resumen, no constar como cierto, mientras no se demuestre debidamente, que el matrimonio ostente la regionalidad civil catalana y no poder admitirse que la mujer sea persona no comerciante, “pues la misma actora basa su legitimación para promover este proceso en la aceptación por dicha señora de una de las letras de cambio, que por su cuantía es lógico responda a una operación comercial, de compra de aparatos a Internacional Radio Televisión para su reventa en el establecimiento de los señores C.”.

El juez desestima la demanda y su sentencia la confirma íntegramente la Audiencia.

Interpone IRATESA recurso de casación alegando diversos motivos. Fundamental es el primero, en el que se denuncia la infracción por violación—no aplicación—del artículo 322, párrafo primero, de la Compilación Catalana; infracción por interpretación errónea de los artículos 2, párrafo primero, y 50 del Código de comercio, e infracción por aplicación indebida de la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1898, 29 de abril de 1899, 22 de abril de 1915 y 28 de mayo de 1956, y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de mayo de 1895 y 20 de junio de 1952.

2. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso en méritos de la argumentación que transcribimos:

“CONSIDERANDO que son hechos incontrovertidos en los presentes autos: Primero: Que los cónyuges, señoras C., son de regionalidad catalana; Segundo: Que la esposa, doña M. J. C., no es comerciante, y Tercero: Que todas las operaciones concertadas entre don L. C. y la Sociedad Anónima Tarragona, y por consiguiente las letras giradas para pago del precio y avaladas por la esposa, son posteriores al momento de la entrada en vigor de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña de 21 de julio de 1960.

CONSIDERANDO que asimismo incontrovertida la naturaleza mercantil del aval cambiario, la discrepancia fundamental (3) en cuanto a la determinación del concepto de “Derecho común” a que se remite para regular la capacidad de los contratantes el artículo 50 del Código de comercio, que mientras la sentencia recurrida interpreta como referida al “Código civil”, con exclusión del “Derecho civil foral o especial”, la parte recurrente estima que alcanza tanto al Código civil como al Derecho particular de las regiones, según sea el Ordenamiento civil aplicable en el caso concreto, en el actual la Compilación catalana, atendida la regionalidad de los cónyuges contratantes, reconocida expresamente en el Considerando segundo de la Sentencia.

(3) Aquí en el original de la Sentencia falta, evidentemente, el verbo de la oración que podría ser “se plantea” u otro semejante.

cia de la Audiencia, y específicamente el artículo trescientos veintidós-1, violado en consecuencia al no ser aplicado.

CONSIDERANDO que, con arreglo al artículo 12 del Código civil, éste rige sólo como Derecho supletorio de las regiones forales para el único efecto de suplir deficiencias y vacíos de su legislación, sin que este carácter autorice para corregir o enmendar lo que se encuentre previsto (Sentencia de 8 de junio de 1904, 9 de julio de 1917 y 16 de mayo de 1918) y, desenvolviendo este precepto, dispone el artículo primero de la *Compilación Catalana* que sus disposiciones rigen con preferencia al Código y sólo en lo no previsto en aquélla se aplicará dicho Código en lo que no se oponga a la citada *Compilación* (Disposición final segunda), de donde resulta que la prelación de fuentes legales en la región catalana atribuye lá primacía a su Derecho civil especial contenido en su *Compilación*, el que es de aplicación primordial y preferente en todas las materias reguladas por la misma.

CONSIDERANDO que al referirse el artículo 50 del Código de comercio a "las reglas generales del Derecho común" para regular la capacidad de los contratantes, es indudable que esas reglas son las constituidas por las del Código civil, que contiene los principios fundamentales de la contratación, pero al aplicarse en este caso el Derecho civil especial de Cataluña con preferencia, hay que entender que el concepto de "Derecho común" se refiere a la legislación que contiene dichos principios fundamentales, tanto si está en el Código civil como en el Derecho regional, y como éste es el aplicable en el presente recurso, no cabe duda que ese Derecho común para los catalanes está integrado por su *Compilación*, y como el artículo 322-1 de la misma decreta la nulidad de pleno derecho de la fianza prestada por la mujer casada a favor de su marido, precepto que es de rigurosa observancia, ello implica la estimación de los dos primeros motivos del recurso.

CONSIDERANDO que asimismo es estimable el motivo tercero, ya que declarado por la Audiencia que la avalista, señora C., es catalana y no es comerciante, a tenor del apartado primero del artículo tercero de la *Compilación*, "los efectos de los estatutos personal, real y formal en Cataluña y para los catalanes, así como la condición de tales en relación con los demás territorios y personas de diferente legislación civil, se regirán por las normas establecidas en el Título preliminar del Código civil y Disposiciones concordantes", con lo que la capacidad contractual de los cónyuges recurridos debe regirse por su ley personal (artículo 14 en relación con el 9), que es la *Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña* (artículo 15, apartado último), y aun cuando se interpretase como una prohibición la norma del apartado primero del artículo 322 de dicha *Compilación*, se llegaría al mismo resultado, relacionando el artículo 14 del Código civil con el apartado tercero del artículo 11 del propio *Cuerpo legal*, coincidente en este caso con la *Ley Territorial*.

CONSIDERANDO que la aplicabilidad al caso de autos del apartado primero del artículo 322 de la *Compilación* hace estimables los restantes motivos del recurso, ya que de modo terminante establece dicho precepto legal que "será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer ca-

...sada a favor de su marido...”, con lo que está proclamando como su precedente histórico la *Autentica Si qua mulier*, la nulidad radical por ministerio de la Ley de los avales controvertidos, para cuyo ejercicio se encuentra plenamente legitimado el acreedor perjudicado, procediendo por todo lo expuesto la estimación del recurso”.

3. Desde muchos y muy diversos puntos de vista podría examinarse y comentarse esta Sentencia. A primera vista llama ya la atención la seguridad con que se estima probado el carácter de no comerciante de la mujer, cuando consta que la misma ha realizado varios actos de comercio y no sería aventurado suponer que, por ellos, de simple *uxor mercatoris* haya pasado a ser verdadera *uxor mercatrix*. Desde un punto de vista procesal choca también la facilidad con que se estima la legitimación activa de IRATESA, problema que se resuelve de pasada en el último considerando. Porque, aparte de otras razones, si la mujer no es comerciante, la operación de compra que ha realizado para el establecimiento de su esposo, parece que debe calificarse de *intercesión* a favor de éste, con la interesante consecuencia lógica de deber estimarse entonces aplicable igualmente la prohibición del artículo 322, 1, de la Compilación a la compraventa efectuada entre IRATESA y la mujer, con lo que la legitimación activa de la primera se diluiría en el aire... (4).

Aunque desenvolver estos puntos sería interesante, nos vamos a limitar aquí a estudiar el problema fundamental, tanto teórica como prácticamente, que aborda la Sentencia, y que podemos formular así: ¿Es nulo, por aplicación de la prohibición legal del artículo 322, 1, de la Compilación de Cataluña, el aval cambiario prestado por mujer casada no comerciante a favor de su marido, cuando ambos tienen la vecindad civil catalana?, o bien ¿será válido aquel aval, ya que, como figura específicamente mercantil, debe regirse por el Código de comercio y supletoriamente sólo por el Código civil, y en ellos no existe tal prohibición?

Así planteado el problema, se reconduce a otro más amplio: interpretar la expresión “Derecho común” que utilizan los artículos 2 y 50 del Código de comercio (5). Si por Derecho común entendemos Derecho civil, se aplicará supletoriamente el Derecho foral. Si por Derecho común entendemos Derecho civil castellano, se aplicará exclusivamente como supletorio el Código civil que ha venido a sustituir a aquél conforme a su artículo 1.976.

(4) El estrecho campo en que se mueve la casación motiva, muchas veces, estos resultados extraños de que la solución del caso, por circunscribirse a lo pedido por las partes, resulte forzosamente incompleta y, por ello, poco convincente.

(5) El artículo 2.º, en su primer párrafo, dice así: “Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que ejecuten y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común”. Según el artículo 50: “Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común.”

Es decir, en el primer caso tomamos la frase "Derecho común" en su acepción de Derecho opuesto a Derecho especial, atendiendo a la distinta amplitud de la materia regulada: es el sentido de la contraposición entre Derecho civil y Derecho mercantil. En el segundo caso tomamos aquella expresión en su acepción de Derecho general opuesto a Derecho particular, atendiendo al alcance territorial de sus normas: es el sentido de la distinción entre el Derecho castellano y los llamados Derechos forales (6).

Veamos, ante todo, qué nos dice la doctrina mercantilista y la jurisprudencia sobre esta cuestión.

4. La doctrina, casi sin excepción, entiende que Derecho común equivale, en los artículos indicados del Código de comercio, a Derecho civil castellano, con exclusión del foral.

Hay que reconocer, sin embargo, que no se dan muchos argumentos en favor de esta tesis. Es indudable que el hecho de que la jurisprudencia, como luego veremos, haya seguido ya desde antiguo la misma dirección, explica el desinterés doctrinal en replantearse una cuestión ya pacífica y que se estimaba resuelta definitivamente en la práctica. Hasta tal punto esto es así que autores tan prestigiosos como Garrigues, Uria y Polo no llegan a examinar el problema o se limitan a indicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

De los tratadistas modernos es Langle (7) quien lo estudia con mayor extensión. Advierte, en primer lugar, que el Derecho común (civil) se aplica, en materia mercantil, no sólo a falta de reglas especiales (art. 2 del C. de c.), sino en primer término como ley que contiene los principios fundamentales del Derecho privado. Esto es evidente: hay una serie de conceptos, instituciones y nociones básicas que el Derecho mercantil, como rama desgajada del tronco del Derecho privado, ha de tomar del actual Derecho civil. E igualmente no ofrece dudas que la prohibición de la *Autentica Si qua mulier* no puede considerarse como principio fundamental directamente aplicable en el ámbito mercantil. Pero además de esta primera labor informadora—continúa Langle— el Derecho civil se aplica como supletorio del mercantil por obra de la remisión al Derecho común que contienen los artículos 2 y 50 del Código de comercio. Expone a continuación las dos posiciones fundamentales en orden a la interpretación de estos artículos y que hemos ya mencionado (la que entiende que Derecho común es Derecho civil castellano y la que estima se refiere al Derecho civil y, por tanto, en las regiones forales, a su Derecho propio) y recuerda la curiosa opinión aislada de Vicente y Gella (8). Para este autor, así como el artículo 2 se refiere exclusivamente al Derecho contenido en el Código civil, el artículo 50, en cambio, debe también incluir, en su caso, el Derecho foral, pues de no ser así se llegaría a resultados contradictorios y extraños.

(6) Sobre estas distinciones y la imprecisión terminológica de que aparecen rodeadas, vid. De Castro. Derecho Civil de España, T. I. Madrid, 1955, páginas 110 y ss.

(7) Manual de Derecho mercantil español. Bosch, 1950. T. I, pág. 224.

(8) Curso de Derecho mercantil comparado. 2.^a edición. Zaragoza, 1948. T. I, págs. 82 y 83.

Ponia Vicente y Gella el ejemplo del aragonés de veinte años que tendría plena capacidad para comprar una casa y, sin embargo, no podría contratar el seguro de incendios sobre la misma casa (9).

Como indica Langle, esta postura no puede admitirse: no hay razón para interpretar como distintos los artículos 2 y 50 del Código de comercio y ello llevaría a conclusiones aún más extrañas y contradictorias. Sin embargo, para nosotros la observación de Vicente y Gella no deja de tener interés como argumento a favor de la posición que llamaremos foralista.

Langle se decide rotundamente por la tesis contraria (que, para abreviar, denominaremos en adelante centralista), observando que es la seguida por la mayoría de la doctrina y por la jurisprudencia, y dando en su apoyo las tres razones fundamentales siguientes:

1.^a Que común quiere decir aplicable a todos los españoles. *Para los civilistas* (10) cuando se habla de Derecho común se entiende como contrapuesto a Derecho foral.

2.^a Que en la esfera mercantil se ha operado la unidad legislativa nacional, que no debe quebrantarse por la doctrina relativa al Derecho supletorio (11).

3.^a El artículo 16 del Código civil: "En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código".

5. Hasta la Sentencia que comentamos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se había decidido, sin excepción y muy reiteradamente, por la posición centralista. No sólo las sentencias cuya doctrina se afirma aplicada indebidamente en el motivo primero del recurso, sino muchas otras se alinean en la misma dirección.

Fundamental, por ser la primera y origen de las posteriores, es una antigua Sentencia de 26 de mayo de 1866 (12), que, interpretando el artícu-

(9) Naturalmente que, después de la Ley de 13 de diciembre de 1943 sobre mayoría de edad, este ejemplo no es ya aprovechable, pues para ambos actos sería necesaria la edad de veintiún años. Pero podrían indicarse otros supuestos similares. Así, actualmente, el aragonés menor de edad y casado que tomase dinero a préstamo, cuando este contrato fuere de naturaleza mercantil: si aplicamos como supletorio el Código civil, necesitaría el consentimiento de su padre, madre o tutor (art. 59 C. c.); si aplicamos el Derecho foral, como mayor de edad (art. 4 de la Compilación), podría por sí sólo realizar el contrato.

(10) El subrayado es nuestro.

(11) Es importante indicar que estos dos argumentos aparecen por primera vez en la 4.^a edición adicionada y puesta al día por Durán y Bas, de las Instituciones del Derecho mercantil de España de Martí de Eixalá, en la que seguramente se inspiró la S. T. S. de 26 de mayo de 1866. Así parece confirmarlo la 5.^a edición de aquella obra, Barcelona, 1870, pág. 110.

El mismo razonamiento se repite en las obras de Blanco Constans, "Estudios elementales de Derecho mercantil". Madrid, 1901. T. I, pág. 321; Benito Endara, "Manual de Derecho mercantil. Valencia, 1904. Vol. I, pág. 31, y Alvarez del Manzano-Bonilla-Miñana, "Códigos de Comercio españoles y extranjeros...". Madrid, 1909. T. I, pág. 241.

(12) La cuestión fáctica —interpretación de las cláusulas de un contrato, discutiéndose la posible aplicación de ciertas reglas hermenéuticas del Digesto— no requería forzosamente examinar el problema del alcance de la remisión al

lo 234 del Código de comercio de 1829 (antecedente directo del artículo 50 del Código vigente), da en apoyo de la exclusión del Derecho particular de las regiones forales los dos argumentos antes indicados. Dice, en efecto, uno de sus considerandos: "Declarándose en el artículo 234 del Código (de 1829) que los contratos ordinarios de comercio están sujetos a todas las reglas generales que prescribe el Derecho común, sin otra modificación ni restricciones que las consignadas en aquél, se evidencia que son inaplicables las leyes romanas que, si bien forman el Derecho supletorio de la legislación foral de Cataluña, no están admitidas ni constituyen el general o común de España, y de otro modo vendría a destruirse la uniformidad ya establecida en el mencionado Código".

Con relación a esta Sentencia es oportuno hacer algunas observaciones: 1.ª) Que se rechaza no el derecho foral propio, sino el Derecho supletorio romano. 2.ª) Que afirma que "Derecho común" es el Derecho de aplicación general en España y por éste parece entender el Derecho castellano. La Sentencia, pues, está en la línea de una serie muy numerosa de sentencias del siglo pasado que aplicaron disposiciones castellanas (Partidas, Novísima Recopilación) a los territorios forales: postura que, aunque no se razonaba, tenía su fundamento, según ha puesto de relieve De Castro, en los Decretos de Nueva Planta de Felipe V (13). 3.ª) Que si el caso resuelto en 1866 hubiera sido el que hoy nos ocupa: la aplicación de la *Autentica Si qua mulier*, la solución, por caminos distintos, sería la misma a que llega la Sentencia de 1968, puesto que aquella prohibición estaba recogida en la Ley 61 de Toro.

Todas las sentencias posteriores se limitan a reproducir esos argumentos, a excluir unas u otras normas forales y, muy pronto, a afirmar que se trata de jurisprudencia establecida. La Sentencia de 27 de diciembre de 1888, coincidente con la de 1866, afirma: "las leyes romanas, aunque rijan como supletorias en Cataluña, no constituyen el Derecho común a cuyas reglas generales están sujetos los contratos ordinarios de comercio". La Sentencia de 8 de julio de 1892 es la primera que rechaza una norma foral propia: "el *Usatge Omnes causae* nunca tendría carácter de supletorio de la legislación mercantil". La de 14 de abril de 1893 cita por primera vez al Código civil como supletorio del mercantil. Pero la declaración es un mero *obiter dictum*, pues el caso —la validez de un endoso— no se resuelve por aplicación de un precepto del Código civil, sino por los del Código de comercio. La de 5 de octubre de 1894 señala que "no pueden invocarse disposiciones de Derecho romano, sino las del Código de comercio y de la legislación civil común, que es la supletoria para los contratos de esta clase". La Sentencia de 29 de diciembre de 1898, relativa a la posible aplicación en Cataluña del Senadoconsulto Velejano (hoy recogido en el artículo 321 de la Compilación), dice textualmente que "la fianza, por referirse a un contrato mercantil, está sujeta al Código de comercio, cuyo derecho supletorio, conforme a su artículo 50 y a la *jurisprudencia establecida*, es la legislación común, contenida actualmente en el Código civil". La de 18 de marzo de 1911

Derecho común. Da la impresión de que el T. S. quiso aprovechar la ocasión para resolver la duda planteada por Durán y Bas (vid. nota 11).

(13) Sobre toda esta cuestión, vid. su ob. cit., págs. 249 y ss.

rechaza, al igual que la de 1892, la aplicación supletoria de la prescripción regulada por el *Usatge Omnes causae*. Y en el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 22 de abril de 1915, que alude, además, a las *repetidas sentencias* por las que el Derecho supletorio, en todas las regiones del reino, es el contenido en el Código civil.

Por último, la Sentencia, citada en el recurso, de 28 de mayo de 1956 no se refiere en realidad a la misma cuestión. Pues si bien rechazo, en un juicio en que se pretendía la nulidad de una venta por efecto de la retroacción de la quiebra, la aplicación de una Pragmática dada en Gerona en 1384 y recogida en las Constituciones de Cataluña, no fue por aplicación del Código civil como supletorio, sino de los propios artículos del Código de Comercio que, en este punto y por su regulación total, se estimaron con eficacia derogatoria del antiguo Derecho catalán.

En cuanto a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros que se citan en el primer motivo del recurso, la de 31 de mayo de 1895 tampoco se refiere propiamente al problema, pues lo que en ella se discutía es si después de publicado el Código civil podría estimarse vigente, en territorio de Derecho común, la prohibición de la *Autentica Si qua mulier* recogida, como dijimos, en la Ley 61 de Toro. Y la Resolución de 20 de junio de 1952, al tratar de la hipoteca constituida por mujer catalana en garantía de una deuda cambiaria de su esposo, estimando que la hipoteca es acto civil y no de comercio, aplicó la capacidad civil y, por tanto, la *Autentica*. En ella, aunque confusamente, parece apuntarse que la fianza mercantil constituida por mujer casada catalana en favor de su esposo podría ser válida por la aplicación supletoria del Código civil.

6. Vemos, pues, que la Sentencia que comentamos se enfrenta con un número considerable de fallos anteriores que habían optado por excluir el Derecho foral y, asimismo, con la opinión mayoritaria de los autores. El cambio de dirección es tan radical que indudablemente causa extrañeza y obliga a examinar con especial cuidado si es o no fundada la perturbación que supone para la seguridad jurídica.

Por de pronto hay que reconocer que la argumentación de la Sentencia es escueta y pobre (véanse sus Considerandos tercero y cuarto). Viene a limitarse a indicar que el artículo 50 del Código de comercio se refiere a las reglas generales del Derecho común contenidas en el Código civil, pero como en éste se encuentra el artículo 12 (y hoy el artículo 1.º de la Compilación), que señala el orden de prelación de fuentes en Cataluña, tiene que aplicarse la Compilación con preferencia al Código civil. El argumento es poco franco, retorcido. Parece como si la Sentencia, teniendo a la vista la jurisprudencia anterior en que tantas veces se había declarado que el Código civil es el único Derecho supletorio del mercantil, no se haya atrevido a negar abiertamente esta afirmación y haya preferido admitir una extraña doble remisión (del Código de comercio al Código civil y de éste a la Compilación), en lugar del camino más directo y sencillo de entender que el Código de Comercio se remite en las regiones forales a su Derecho civil propio. Otra incorrección de la Sentencia (véase, sobre

todo, su segundo Considerando) es parecer dar por sentado que el Código de comercio pueda remitirse directamente al Código civil, cuando, siendo el primero anterior al segundo, la exactitud del lenguaje requería señalar que aquél se refería al Derecho civil castellano, al cual ha sustituido el Código civil (art. 1.976).

Sin embargo, enfrentados ya directamente con el problema, nos parece que en el plano *estrictamente jurídico* hay razones de peso, de orden histórico y lógico, en favor de la postura foralista. Antes de examinarlas conviene, además, tener siempre presente la siguiente observación: el supuesto de hecho está expresamente recogido en la Compilación de Cataluña (art. 322, 1), y lo mismo su sanción. Para poder excluir la aplicación de esta norma, tendría que ser absolutamente claro que el Código de comercio rechaza el Derecho foral. Bastará que exista duda sobre este extremo para que sea preferible aplicar la Compilación de Cataluña que no excluirla en favor de una norma del Código civil o, como en este caso, a causa del simple silencio de la legislación común. Consideración frente a la cual no puede esgrimirse el principio general de que todas las prohibiciones deben interpretarse restrictivamente, pues tal principio sólo significa que la prohibición no puede extenderse a otros actos de los previstos, pero no que sea lícito cercenar su ámbito propio (y ello independientemente de que razones de política jurídica hubieran hecho aconsejable seguramente suprimir en la Compilación una prohibición legal tan arcaica y desfasada).

a) *Históricamente* hay base para entender que Derecho común en los artículos 2 y 50 del Código de comercio equivale, sin más, a Derecho civil.

El artículo 2.º no tiene antecedente correlativo en el Código de 1829. Lo que es muy natural, ya que, como es sabido, su introducción en el Código vigente supuso un cambio total de criterio con respecto a la concepción subjetiva del Código anterior. La caracterización del Derecho mercantil como Derecho de los comerciantes cede el paso a su configuración objetiva como Derecho de los actos de comercio.

Por el contrario, el artículo 50 tiene su antecedente directo en el artículo 234 del Código de comercio de 1829, que se expresaba así: "Los contratos ordinarios del comercio estarán sujetos a todas las reglas generales que prescribe el derecho común sobre la capacidad de los contrayentes y demás requisitos que deben intervenir en la formación de los contratos en general, así como sobre las excepciones que impiden su ejecución, y las causas que los rescinden e invalidan, bajo la modificación y restricciones que establecen las leyes especiales del Comercio". Si comparamos estos dos artículos observaremos que, aparte de un cierto cambio de enfoque en la construcción gramatical, debido a la pretensión de dar la mayor sustantividad posible al Derecho mercantil y de que el Derecho común se aplique únicamente como supletorio (14), en lo demás persisten las dudas sobre la interpretación que deba darse a la expresión "Derecho común", inalterada en ambos textos.

(14) La Exposición de Motivos del Código vigente recalca la importancia de este cambio: "Hoy, que el espíritu mercantil extiende su dominio sobre toda la vida social de los pueblos civilizados y que penetra lo mismo en las relaciones privadas que en las internacionales, es innegable que (el Derecho mercantil)

Sin embargo, teniendo en cuenta la fecha en que se dictó nuestro primer Código de comercio, parece claro que en el pensamiento de sus redactores latría la idea de excluir el Derecho foral, como tal, del ámbito mercantil. Mantenía su vigor la declaración programática de la Constitución de 1812, cuyo artículo 258 rezaba así: "El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes". El proyecto de Código civil de 1821 respondía al mismo propósito unificador, que se mantiene en el de 1851. En fin, la Real Cédula que encabeza la publicación del Código de comercio de 1829 se expresa en términos significativos: "Queriendo Yo poner término a males de tanta gravedad e interés, y dar al comercio un sistema de legislación *uniforme, completo*, y fundado sobre los principios inalterables de la justicia y las reglas seguras de la conveniencia del mismo comercio, ... he venido en decretar y decreto como *ley universal para todos mis Reinos* y Señoríos en materias y asuntos mercantiles...".

Seguramente, pues, por "reglas generales que prescribe el Derecho común" había que entender, en aquel momento, las del Derecho civil castellano; o incluso las del Derecho romano (15) o del Derecho foral propio, pero sólo en cuanto fueran coincidentes en su contenido con el primero.

Forzoso es reconocer, no obstante, que aunque la *mens legislatoris* indicase esta dirección, no había plasmado en el articulado en una fórmula suficientemente expresiva, dando lugar a ciertas dudas que la doctrina y la jurisprudencia hubo, como hemos visto, de resolver.

Ahora bien, que lleguemos a esta conclusión y que el artículo 50 del Código vigente haya copiado la dicción del anterior, no quiere decir, sin embargo, que aquella interpretación deba perdurar para el Código actual. Las circunstancias históricas han cambiado profundamente en 1885. Con el fracaso del Proyecto de Código civil de 1851 fracasó también el intento de unificación civil. El R. D. de 2 de febrero de 1880 introduce en la Comisión General de Codificación representantes de las regiones forales. Y ya en el momento de publicarse el Código de comercio había fracasado, fundamentalmente por oposición de los foralistas, el proyecto de 1882, de Alonso Martínez, de los libros I y II del Código civil, y había presentado Silvela, en 7 de enero de 1885, su proyecto de Ley de Bases, con amplísimas concesiones a los Derechos forales (16).

Sería imposible que todas estas circunstancias no hubieran influido en el ánimo de los redactores del Código de comercio. Lo que en 1829 parecía evidente o, al menos, fácil de lograr, no lo podía ser ya en 1885. La expresión

no puede quedar reducido al estrecho círculo en que antes se movía, sino que, por el contrario, tiene que agrandarse cada día más, convirtiéndose de derecho excepcional o particular y como una rama del civil, en que hasta hace poco era tenido, en un derecho propio e independiente...".

(15) En una serie de Sentencias del siglo pasado al aplicar en Navarra, como supletorio, el Derecho romano, se califica al mismo de Derecho común. Así, en las Ss. de 4 de mayo de 1863, 17 de junio de 1865, 21 de marzo de 1867 y 17 de abril de 1873. Vid. Salinas Quijada, "Las fuentes del Derecho civil navarro". Tudela, 1946, págs. 156 y ss.

(16) Vid. De Castro, ob. cit., págs. 213 y ss.

"Derecho común", si bien pervive en el articulado, ha cambiado de significado en la *mens legislatoris*. La Exposición de Motivos constituye prueba decisiva de esta afirmación. En efecto, al comentar el artículo 2.º textualmente: "El Código actual (de 1829) considera las leyes de comercio como excepciones del *Derecho civil o común* y, por consiguiente, al Derecho mercantil como un Derecho excepcional. El proyecto, al contrario, proclama como Derecho propio el mercantil; mas reconociendo al mismo tiempo que el *Derecho privado* común es la base o la parte general de los derechos privados especiales... atribuye al primero el carácter de supletorio...". Y más adelante, al ocuparse de los contratos mercantiles, se expresa así: "El proyecto declara que los contratos mercantiles se regirán... por lo dispuesto en el Código o en leyes especiales, aplicándose en todo lo que no se halle expresamente estatuido en éstos o en aquél las reglas del *Derecho civil o común*".

Las frases subrayadas demuestran bien a las claras que "Derecho común" significa en el Código de comercio "Derecho civil", sin más (17). No hay indicio alguno de que se haya querido eliminar el Derecho foral. Y es que no hubiera sido natural que el Código de comercio hubiera querido precipitar la solución de un problema civil, que se adivinaba próxima y, desde luego, de signo favorable a los foralistas.

b) La conclusión a que nos lleva la interpretación histórica se ve refrendada igualmente por la lógica. Los artículos 2 y 50 tratan de marcar la diferencia de ámbito entre el Derecho mercantil y el Derecho civil, como reconoce también la misma Exposición de Motivos. Por tanto, la frase Derecho común debe entenderse en sentido acorde con esta finalidad: Derecho común se contrapone a Derecho especial, Derecho civil a Derecho mercantil.

Si recordamos ahora el primer argumento que recogía Langle, esto es, que *para los civilistas* Derecho común es el contrapuesto a Derecho foral, podremos argüir que *para los mercantilistas*—y estamos interpretando el Código de comercio—Derecho común es el Derecho civil, todo el Derecho civil.

Y aún hay más: si se trata de la aplicación de normas civiles, ello ha de hacerse con criterios civiles. Las normas civiles, como se ha señalado insistentemente por la doctrina, no pierden su naturaleza por el hecho de aplicarse en el ámbito del comercio. El Código mercantil no es el lugar adecuado para sentar un criterio en materia que afecta exclusivamente al Derecho civil. Y comprendiéndolo así, se cuidaron mucho sus redactores de extralimitarse en estas normas de remisión.

Rebatido así el primer argumento centralista, los otros dos apuntados por la doctrina y la jurisprudencia carecen ya de valor.

En efecto, en contra de la consideración de que la aplicación del Derecho foral vendría a romper la uniformidad legislativa alcanzada por el Derecho

(17) La expresión "derecho común" o "legislación común" se repite en los artículos 12, 48, 51, 74, 89, 95, 310, 532, 573 y 943 del C. de c. y en todos ellos en su acepción de Derecho civil. La única excepción, relativa, la constituye el artículo 579 que al sujetar la venta forzosa del buque a "las formalidades prescritas en el Derecho común para las ventas judiciales", se está refiriendo al Derecho procesal.

mercantil, basta indicar que, en rigor, no desaparece la unificación mercantil, porque no se trata de que en unas regiones españolas se apliquen unas normas mercantiles y en otras regiones otras distintas, sino simplemente que la diversidad existente en el Derecho civil español ha de tener su reflejo, como no podría ser de otro modo, en el campo mercantil. Y si seguimos la opinión contraria, si quedaría rota, por el contrario, la uniformidad del Derecho foral: sería perturbador que los naturales de regiones forales que no fuesen comerciantes se rigieran en cuanto a su capacidad, por ejemplo, por normas distintas según la naturaleza civil o mercantil del acto.

En fin, está claro que el argumento que combatimos no tiene real valor jurídico: no viene a reforzar la interpretación, sino solamente a indicar las posibles consecuencias, que se estiman peligrosas, de la adopción de la postura contraria. En rigor, pues, se trata de una cuestión de política jurídica, respecto de la cual puede haber muy contrapuestas opiniones subjetivas, pero objetivamente no añade fuerza a la conclusión a que conduzca la labor interpretativa, máxime en este momento en el que el tremendo impulso renovador que ha cobrado el Derecho foral por obra de las Compilaciones constituye un dato a tener en cuenta para la interpretación *sociológica* de las normas.

Por último, frente al argumento que pueda extraerse del artículo 16 del Código civil (como quizá del art. 1.976), en el sentido de estimar que el Código civil viene a rechazar, por vía de silencio, al Derecho foral en su función supletoria del Derecho mercantil, es suficiente considerar que esta conclusión no está de acuerdo con el criterio general de total respeto a los Derechos forales que marcan los artículos 12 y 13, y que el citado artículo 16 se limita a proclamar el carácter supletorio del Código civil respecto del de comercio: lo que no excluye que existan otros derechos supletorios: también lo serán los forales conforme a la interpretación histórica y lógica de los artículos 2 y 50 del Código de comercio.

7. En conclusión, la doctrina fundamental de la Sentencia, sobre la aplicación del Derecho foral, parece correcta, en cuanto tal; no, en cambio, como solución del caso práctico, muy dudoso, ni tampoco por los argumentos esgrimidos.

Pero en todo caso hay que reconocer:

— el cúmulo de sentencias contrarias que, por tanto, constituyen doctrina legal a efectos de la casación, mientras que hoy por hoy la que hemos comentado es única,

— que el caso viene singularizado por la existencia de razones políticas y prácticas que, en ciertos momentos históricos, puede inducir a la solución contraria.

JESÚS DíEZ DEL CORRAL RIVAS,

Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

II. SENTENCIAS

I. Colaboración a cargo de Rodrigo BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO

1. INTERESES DEBIDOS: CANTIDAD ILÍCITA: EXISTENCIA DE MORA: *Sólo se deben intereses por mora cuando la cantidad reclamada sea líquida, cierta y exigible.* [S. de 3 de mayo de 1968; ha lugar.]

“Considerando: Que el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la LEC, denuncia la violación en la sentencia recurrida de los artículos 1.100 y 1.108 del C. c., impugnando con ello el pronunciamiento..., en el que se le condena al pago de los intereses legales desde la interpelación judicial, basado en que no se liquidó la cantidad que se le reclama y se deja su determinación al periodo de ejecución de sentencia, y siendo ello cierto y teniendo declarado la jurisprudencia de esta Sala que sólo se deberán intereses cuando la cantidad reclamada sea líquida, cierta y exigible, procede casar y anular la resolución impugnada.”

Frente a esta jurisprudencia cabe repetir los argumentos expuestos por el profesor Díez-Picazo en sus “Estudios sobre la jurisprudencia civil”, Madrid, 1966, págs. 430-432. Señala este autor acertadamente cómo los supuestos de mora coinciden frecuentemente con un desacuerdo entre deudor y acreedor sobre la cuantía de lo debido. Al exigir el T. S. para la existencia de mora que la cantidad debida sea líquida, impide la apreciación de la misma en todos estos casos. Lo que resulta injusto porque “La deuda puede ser determinada, pero la deuda existe. El que debe *algo* y no paga *nada* no obra bien ni su conducta es ajustada a Derecho. Una impugnación por excesiva de la pretensión del acreedor supone, por hipótesis, un allanamiento a parte de la misma. Por lo menos, en esta parte el deudor está en mora”. Por lo que, esa medida, al menos procederá la indemnización de daños y perjuicios (intereses).

Cierto que en este caso, el litigio afectaba a la existencia misma de la deuda y no a su cuantía, ya que el demandado se consideraba, en sus alegaciones, acreedor del demandante, haciendo “expresa y formal reserva de formular dicha reclamación (correspondiente) en pleito aparte”.

Pero aún entonces, cuando la prestación debida depende del resultado (saldo) de una serie de operaciones, observa el profesor Díez-Picazo que “el acreedor no puede exigir responsabilidad por la demora en el pago, pero sí por la demora en el cumplimiento de la prestación de hacer, que se concreta en una diligente rendición de cuentas”.

2. ARTÍCULO 4.º C. C.: NORMAS PARA SU RECTA APLICACIÓN: *Según reiterada doctrina de esta Sala, el párrafo primero del artículo cuarto del Código civil se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de*

ser interpretado con criterio rígido, sino, como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la Ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una Ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales que puedan ser meramente accidentales con relación al acto de que se trate, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad, máxime en aquellos casos en que existe una legislación especial que regula la materia, o el problema que se suscite recaiga en realidad sobre una materia que reviste gran complejidad, y no puede quedar resuelta por la nuda y aislada aplicación de dicho artículo, como sucede en el caso de autos.

Parece que ello se refiere a la nulidad solicitada por una de las partes, de uno de los juicios de desahucio seguidos ante Juzgado Comarcal y Juzgado de Primera Instancia, así como de las sentencias correspondientes, por tratarse de un contrato de arrendamiento sometido a la legislación común. El T. S. no sólo no aprecia la nulidad, en base a lo dicho (primer considerando), sino que tampoco deduce ninguna consecuencia de dicha infracción legal.

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: *Es función propia del juzgador de instancia fijar el sentido y alcance de las cláusulas contractuales, a fin de declarar cuál es la voluntad de los que intervienen en el negocio jurídico pudiendo sólo ser esta interpretación combatida, cuando de un modo notorio ha sido infringida alguna de las reglas establecidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil. [S. de 31 de mayo de 1968; no ha lugar.]*

3. CASACIÓN: ERROR DE HECHO Y LEY DE USURA: *En materia como la que aquí se trata, cual es la relativa a los préstamos usurarios expresamente sancionados por la Ley llamada de Azcárate...*, pero, eso sí, esta doctrina invocada está evidenciando, partiendo de la base de la aceptación de los hechos en que fundamentan su fallo las sentencias de instancia..., mientras no se demuestre que en ellos se incurrió en algún error que excluya la íntima convicción adquirida por el Tribunal sentenciador, demostración que sólo es posible llevar a cabo por el cauce pertinente del número séptimo del artículo 1.962 de la Ley procesal. [S. de 27 de junio de 1968; no ha lugar.]*

4. PRESUNCIÓN: SU INCORRECCIÓN DERIVA DE LO ABSOLUTO DEL JUICIO: *Siendo la presunción un pensamiento lógico-jurídico subjetivo, su incorrección ha de derivarse de lo absurdo del juicio, y ciertamente no es contrario al buen sentido lógico deducir la conclusión a que llega la sentencia (inexistencia del contrato de compraventa) de la diferencia existente entre el precio asignado como valor del objeto vendido de treinta y cinco mil pesetas con el de sete-*

* Este Tribunal Supremo está facultado para entrar en el estudio y análisis de la prueba practicada....

cientas mil pesetas que determinan los peritos, de la tenencia de la cosa por el supuesto vendedor en concepto de dueño después de la transmisión, efectuando seguros sobre el inmueble y de no pagar renta, por lo que por razonables se han de mantener las presunciones refutadas. [S. de 30 de septiembre de 1968; no ha lugar.]

5. DOBLE VENTA: APLICACIÓN DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1.473 DEL C. C.: *En este caso de doble venta de inmueble en la que aparece probado que el segundo comprador conocía la primera venta, la segunda venta se realiza con documento público. Tanto el Juez de primera instancia como la Audiencia fallan a favor del primer comprador. El T. S. mantiene la sentencia, dado que los motivos del recurso pretenden rebatir la existencia de la primera compraventa, lo que estima debidamente valorado por la Audiencia.* [S. de 9 de octubre de 1968; no ha lugar.]

Es importante indicar que las dos sentencias anteriores declaran "Que es ineficaz, en cuanto título traslativo de propiedad, el contrato de compraventa otorgado ante notario..., ordenando la cancelación del asiento registral que haya podido causar". Con lo que no se tiene debidamente en cuenta el párrafo 2.º del artículo 1.473.

Sin embargo, no parece que ello haya repercutido en la justicia de la sentencia definitiva, ya que cabe suponer que los interesados habían alegado en su recurso la inscripción en el Registro, de haber existido.

6. NOVACIÓN: EXISTENCIA EN LA MODIFICACIÓN DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA: *No se encuentra... base para alegar que existió una novación del primitivo y único contrato de compraventa en "las conversaciones posteriores", que "sólo tuvieron el efecto de dar facilidades de pago la parte vendedora". Conversaciones calificadas en la sentencia de la Audiencia como "acuerdo por virtud del cual el actor—modificando los iniciales términos del contrato—concedió al demandado la posibilidad de realizar la mercancía vendida, subordinando—es de suponer—el pago del precio al resultado de tal venta—hipótesis ésta la más verosímil y, sin duda alguna, la más ventajosa para el demandado—".* [S. de 21 de noviembre de 1968; no ha lugar.]

Cierto que no se produce una novación propia o extintiva, tal como pretendía el comprador recurrente, aduciendo los artículos 1.203, 1.º, y 1.207, ya que no se cumplen ninguno de los requisitos fijados en el artículo 1.204. Pero sí que se puede hablar de una novación impropia o modificativa (art. 1.203, 1.º), ya que, en definitiva, parece que en el caso se ofreció al comprador una alternativa para facilitar el pago del precio: subordinar éste a lo realmente obtenido por la mercancía. De manera que el comprador podía optar entre pagar el precio inicialmente fijado o el realmente conseguido con la reventa de la mercancía. La modificación consiste en que de una obligación simple se ha pasado a una obligación alternativa, en la que evidentemente la nueva obligación no es incompatible con la antigua.

No se puede, pues, hablar de novación propia, pero sí de modificación de la obligación (novación impropia). En el supuesto esta puntualización no

tiene consecuencias prácticas, ya que lo que el recurrente pretendía era mantener la extinción de la obligación anterior (novación extintiva) para que la carga de la prueba del nuevo precio recayese sobre el vendedor demandante. Sin embargo, el T. S. considera acertadamente que subsiste plenamente el contrato primitivo, por lo que es el comprador quien debe demostrar la extinción de la obligación de pagar el precio inicialmente convenido.

A la misma conclusión se puede llegar y, a mi modo de ver, con una construcción más correcta, si se aprecia la existencia de una obligación alternativa, fruto de la novación modificativa. En efecto, si el comprador quiere hacer uso de la segunda alternativa, deberá probar (la carga de la prueba sigue recayendo sobre él) las circunstancias que determinaron una reventa a un precio inferior. No haciéndolo (como es el caso), queda vinculado al precio primitivo, ya que, de lo contrario, el cumplimiento del contrato quedaría a su arbitrio (art. 1.256) y no se podría hablar de un precio cierto de la compraventa (art. 1.445).

7. COMPETENCIA: LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN: *Conforme a la regla primera del artículo 62 de la LEC y jurisprudencia de esta Sala, es Juez competente para conocer del litigio aquel en que comenzó a cumplirse la obligación a hacerse el pago, que es Burgos en el presente caso; sin que sea obstáculo para ello el hecho cierto de que la mercancía cuando se sirvió viajó a "porte pagado", que demuestra que la entrega se hizo en Castellfullit de la Roca, domicilio del demandado, puesto que con posterioridad se modificó la obligación en cuanto a la forma de pago, privando de eficacia a aquella entrega como regla de competencia y determinando el lugar del cumplimiento del pago pendiente. [S. de 22 de noviembre de 1968.]*

La acción personal va dirigida a obtener el pago del resto del precio de una compraventa. El lugar del pago, de acuerdo con el artículo 1.500 del C. c., es aquel en que se entrega la cosa vendida, es decir, Castellfullit de la Roca en este caso. Ahora bien, el interés de esta sentencia radica en que el T. S. considera que se produce una modificación de este lugar de pago cuando "habiendo surgido algunas dudas sobre la liquidación definitiva, dicho comprador se trasladó a Burgos, donde se suscribió un estado de cuentas, aceptando letras para el pago del resto e incluso abonando en el acto alguna de ellas". Que la simple suscripción de un estado de cuentas (negocio de fijación) determine un cambio de lugar de la prestación es algo sumamente problemático. Naturalmente, habría que atender a la forma en que se hubiese redactado dicho estado de cuentas, así como al lugar en que se hubiesen domiciliado las nuevas letras, en el supuesto de que fuesen domiciliadas. Pero el T. S. no alude a ninguno de estos datos, lo que permite deducir que no ofrecen una base para la solución adoptada.

En esta situación de duda (yo me inclino por negar tal virtud modificadora al negocio de fijación realizada por las partes, siempre que no conste claramente una voluntad contraria), parece prudente optar por el domicilio del deudor (acorde con el principio del "favor debitoris"), lugar señalado para el pago "en cualquier otro caso" por el artículo 1.171, párrafo 3.º, que en

este supuesto coincide con uno de los fueros subsidiarios (el domicilio del demandado) de la regla primera del artículo 62.

II. Colaboración a cargo de Juan José BERNAL-QUIROS

1. ARRENDAMIENTO URBANO (LOCAL DE NEGOCIO): OBRAS INCONSENTIDAS: PRUEBA PERICIAL: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Para impugnar la valoración de la prueba pericial hecha por el Tribunal "a quo" hay que citar la norma sustantiva de valoración que haya sido infringida, amparando el recurso en la causa 3.ª y no en la 4.ª del artículo 136 LAU. [S. de 9 de abril de 1969; desestimatoria.]*

2. ARRENDAMIENTO URBANO (LOCAL DE NEGOCIO): OBRAS INCONSENTIDAS: CONFIGURACIÓN: *Constituye modificación de la configuración del local arrendado la construcción de un mostrador de ladrillo adosado a una pared, aunque sea en sustitución del anterior mostrador de madera, que, por ser movable, no afectaba a la configuración del local. [S. de 28 de febrero de 1969; desestimatoria.]*

3. ARRENDAMIENTO URBANO (LOCAL DE NEGOCIO): OBRAS INCONSENTIDAS: CONFIGURACIÓN: *Altera de manera esencial la configuración del local arrendado el ampliarlo mediante derribar la pared que lo separa de la finca colindante, instalando en esta última los servicios de lavabos. También alteran la configuración las obras consistentes en reconstruir la primitiva pared separatoria poniendo en ella una puerta para que los clientes del local arrendado puedan utilizar los indicados servicios instalados en la finca colindante.*

CONSENTIMIENTO IMPLÍCITO PARA OBRAS DE ADAPTACIÓN DEL LOCAL ARRENDADO AL DESTINO PACTADO: *Para que las obras puedan ser estimadas de adaptación del local arrendado al destino pactado es preciso que se realicen al tiempo de la instalación o puesta en marcha del negocio. [S. de 17 de enero de 1969; desestimatoria.]*

NOTA.—Se trataba de un local arrendado para el negocio de bar que carecía de los precisos servicios higiénicos, y el arrendatario, sin consentimiento del arrendador, los estableció (bajo diversas fórmulas sucesiva) en una finca contigua, de su propiedad.

4. ARRENDAMIENTO URBANO (LOCAL DE NEGOCIO): OBRAS INCONSENTIDAS: CONFIGURACIÓN: *Constituye modificación de la configuración del edificio el construir una nave en el patio arrendado, pues se cambia su aspecto físico y se reduce la superficie descubierta.*

CONSENTIMIENTO IMPLÍCITO PARA OBRAS DE ADAPTACIÓN DEL LOCAL ARRENDADO AL DESTINO PACTADO: *Este consentimiento ha de entenderse referido al tiempo de puesta en marcha del negocio para cuyo destino se pactó el arrendamiento, pero no a obras realizadas veintidós años después.*

DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *Lo es denunciar en un solo motivo, sin especificar y sin la debida separación, violación de seis artículos del C. c. y de la doctrina de los actos propios. [S. de 20 de marzo de 1969; desestimatoria.]*

III. Colaboración a cargo de Jesús DIEZ DEL CORRAL RIVAS

1. **CUESTIÓN DE HECHO: EXPULSIÓN DEL SOCIO DE UNA ASOCIACIÓN:** *Justificado por la confesión judicial de aquél y por el conjunto de las pruebas que el socio incurrió en una de las causas de expulsión contenidas en los Estatutos, es forzoso mantener el acuerdo de la Junta que decretó la expulsión.*

OBLIGATORIEDAD DE LOS ESTATUTOS: *Con arreglo a los artículos 37 del C. c. y 6 de la Ley de Asociaciones, los Estatutos son obligatorios para los miembros de la asociación y válido el acuerdo que se ajusta a ellos, cuando no existe norma alguna de carácter objetivo, sustantivo o procedimental, vulnerada para su obtención. [S. de 9 de abril de 1969; ha lugar.]*

2. **BUENA FE: SU APRECIACIÓN POR EL JUZGADOR:** *Las manifestaciones del causante del recurrente en un sumario anterior, aunque no constituyan confesión judicial con arreglo al artículo 1.235 del C. c., son elemento suficiente a los fines de que el Juzgador forme su propia convicción contraria a la presunción genérica de buena fe.*

DOBLE VENTA: BUENA FE DEL COMPRADOR INSCRITO: *Aunque el artículo 1.473 del C. c. no menciona expresamente la buena fe como requisito de protección al adquirente inscrito, ha de entenderse incluido por imperativo de una interpretación racional y sistemática del precepto, en armonía con los principios de fe pública y legitimación registral, a la manera que declaró siempre la doctrina, tanto científica como jurisprudencial. [S. de 24 de enero de 1969; no ha lugar.]*

3. **DOBLE INMATRICULACIÓN:** *Como los dos asientos registrales en pugna conceden a sus titulares la condición de terceros protegidos, los efectos especiales de tal protección han de quedar anulados y la cuestión resolverse por las normas estrictamente civiles, como, en base del artículo 313 del R. H., han declarado las Sentencias de 20 de abril de 1950, 18 de mayo de 1953 y 10 de enero de 1962.*

REINSCRIPCIÓN: CUESTIÓN NUEVA: *La cuestión sobre si la reinscripción fuera del plazo señalado en el artículo 13 de la Ley de 15 de agosto de 1873 no debe atribuir al inmatriculante la condición de tercero protegido, es cuestión nueva que por exigencias del principio de preclusión no puede ser decidida en casación.*

TERCERO HIPOTECARIO: *No puede ser alegada la infracción del artículo 34 de la L. H. cuando la Sala no ha negado al ahora recurrente su condición*

de tercero, sino que tal condición se reconoce a las dos Entidades litigantes, negándoles la protección registral a ambas por ser sus inscripciones contrarias. [S. de 5 de marzo de 1969; no ha lugar.]

4. **PRESTACIÓN IMPOSIBLE:** *La prohibición contenida en los Estatutos de la Sociedad limitada impidiendo al socio el ejercicio, por sí o por persona interpuesta, de la industria de panadería en la localidad de su residencia, no constituye un pacto cuya prestación u objeto resulte legal o físicamente imposible, sobre todo cuando esa imposibilidad, cuya apreciación corresponde al Juzgador de instancia, no fue declarada por éste.*

PRESUNCIÓN POSESORIA DEL ARTÍCULO 38 L. H.: *La circunstancia de que el hijo del socio sea titular inscrito del inmueble donde está enclavada la industria, podrá implicar en su favor el goce de las presunciones que contiene el artículo 38 de la L. H., pero no es suficiente para privar a la Entidad de la posesio de facto que adquirió a través del contrato social y que puede subsistir con el ius possidendi del propietario.*

DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *Lo es acusar conjuntamente la violación y aplicación indebida de varios artículos del C. c., en mengua de la precisión y claridad exigidas por el artículo 1.720 de la LEC.*

CUESTIONES NUEVAS: *No pueden ser examinadas en casación. [S. de 8 de abril de 1969; no ha lugar.]*

5. **LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS HEREDEROS:** *Es doctrina inconcusa que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos y ejercitar en beneficio de la masa común las acciones que correspondían al difunto.*

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *No es necesario demandar a todos los herederos del causante, por razón de que el litigio verse sobre la compra de una casa de éste, cuando consta que la finca perteneció al finado y ya la tenía vendida e, incluso, en la partición se adjudicó la casa en hijuela particular al heredero demandado con el único fin de que otorgara la escritura de venta.*

NOVACIÓN SUBJETIVA POR CAMBIO DE ACREEDOR: *La autorización concedida por la compradora y madre de las demandantes, en carta cuya autenticidad no se discute, para que el heredero adjudicatario pudiera otorgar escritura de venta a favor de alguno de los hijos de aquélla, constituye una novación subjetiva por cambio de acreedor con la obligada aplicación de las normas del C. c.*

ACTOS PROPIOS: *Esa misma autorización supone una actuación lícita de la madre, que debe ser respetada por sus herederos de acuerdo con la doctrina de los actos propios.*

MANDATO: *Aun cuando se estimara que la adjudicación de la casa litigiosa al heredero supusiera un mandato conferido por sus coherederos, los demandantes estarían desprovistos de acción para exigir a aquél responsabilidad por el incumplimiento o extralimitación en ese mandato, de acuerdo con los artículos 1.714 y 1.719 del C. c. [S. de 17 de marzo de 1969; ha lugar.]*

6. DEFENSOR JUDICIAL: *Era necesaria su intervención, con arreglo al artículo 165 del C. c., en la escritura particional de herencia en la que eran herederos por partes alicuotas padre e hijos con la consiguiente pugna de intereses, puesta de relieve al adjudicar a los menores muebles y ajuar y al padre y a los demás herederos el único inmueble existente en el caudal relicto [S. de 18 de febrero de 1969; ha lugar.]*

7. PROTUTOR: CONDICIONES DE SU NOMBRAMIENTO: *El C. c., que regula con gran escrupulosidad y detalle la organización tutelar, se limita respecto del protutor, en su artículo 233, a facultar al Consejo de Familia para su designación, sin tacha ni exigencia alguna de parentesco, como consecuencia lógica de su función de vigilar y fiscalizar al tutor como delegado del Consejo, como persona de su absoluta confianza y que reúna condiciones de actividad y capacidad suficiente.*

PROTUTOR: NO ES IMPRESCINDIBLE SEA PARIENTE DEL PUPILO: *Si bien el artículo 235 del C. c. establece que el cargo de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor, ello no es más que una incompatibilidad para el supuesto admitido de que el protutor sea pariente; y tampoco es óbice el artículo 295, que señala una prelación para formar el Consejo de Familia, en el que no está incluido el protutor. [S. de 9 de abril de 1969; no ha lugar.]*

8. APRECIACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL TESTADOR: *Es doctrina constante de esta Sala, que es mera cuestión de hecho, sometida por modo exclusivo a la competencia del Tribunal de instancia, sin que quepa otra impugnación que la amparada en el núm. 7.º del artículo 1.692 de la LEC.*

INCONGRUENCIA: *Hay que deducirla no de la simple y escueta comparación de la parte dispositiva de la sentencia con la pretensión del actor, sino con esta pretensión tal y como quede modelada y delimitada por la posición que sobre ella adopte el demandado. [S. de 24 de febrero de 1969; no ha lugar.]*

9. PARTICIÓN DE HERENCIA: PRINCIPIO DE CONSERVACION: *Es tónica legal acusada en el propio articulado de nuestro C. c. el evitar, en cuanto ello sea posible, que las particiones se anulen o rescindan, y en el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala.*

NULIDAD DE PARTICIÓN: *No es vicio esencial que determine su nulidad de pleno derecho con arreglo al artículo 4 del C. c., deducir de los bienes pri-*

vativos del causante el importe de determinados bienes parafernales vendidos durante el matrimonio, como si tales bienes hubieran sido entregados formalmente a dicho causante, pues el principio del artículo 4 no debe ser interpretado con un criterio rígido, sino con flexibilidad, reservando la aplicación de su sanción a la infracción o contradicción de normas fundamentales prohibitivas.

DEFECTO DEL RECURSO: *La cuestión que se plantea sobre bienes gananciales para nada es recogida en la sentencia que se impugna, por lo que si la resolución atacada adoleciera de incongruencia, debiera haber sido combatida por cauce procesal adecuado y nunca a través de un motivo acogido al ordinal 1.º del artículo 1.692 de la LEC con exposición y apreciación de hechos y pruebas.*

RESCISIÓN DE PARTICIONES: PRUEBA CONJUNTA: *La demostración de la realidad de la lesión, y que ésta haya sido en más de la cuarta parte, es cuestión de hecho que corresponde a los Tribunales de instancia; y cuando la prueba se ha apreciado en conjunto, no es lícito en casación separar alguna de las probanzas o elementos de ella, para, con apoyo en esos medios aislados, acusar al Juzgador de haber incidido en equivocación. [S. de 25 de febrero de 1969; no ha lugar.]*

10. **TESTAMENTO MANCOMUNADO OLÓGRAFO EN ARAGÓN:** *Sin desconocer las teorías doctrinales que lo niegan, por la dificultad de cumplir en él los requisitos exigidos para el ológrafo por el C. c. y por su falta de arraigo en la religión, lo cierto es que el artículo 17 del Apéndice no limita en modo alguno la forma de otorgamiento del testamento mancomunado, que podrá ser olografo por imperio del principio "standum est chartae" o como hoy se deduce del artículo 94 de la Compilación.*

AUTOGRAFÍA Y CLÁUSULA DE CONFORMIDAD: *La cláusula por la que la mujer nombra heredero universal a su esposo y se limita a consignar "y doy conformidad plena y total a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento que de su puño y letra ha escrito a su presencia en este mismo pliego de papel" es válida por ser autógrafa y ajustarse a una de las formas previstas por el artículo 17 del Apéndice.*

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: *Tal cláusula no ofrece incertidumbre en la designación de herederos y debe ser interpretada con arreglo a los principios contenidos en el artículo 675 del C. c. [S. de 14 de febrero de 1969; ha lugar.]*

11. **TESTAMENTO DEL CIEGO EN CATALUÑA ANTES DE LA COMPILACIÓN:** *El cumplimiento por el Notario de todos los requisitos exigidos por el artículo 698 del C. c., con su afirmación de que el testador no puede firmar porque no es vidente, determina la validez del testamento.*

FIRMA DEL TESTADOR: *No venía exigida, en este caso, ni por las R. O. de*

29 de noviembre de 1736, que no introdujeron modificación en el régimen del testamento del ciego, sino en el nuncupativo normal; ni por la Ley del Divino Justino (Libro VI, Tit. XXII, ley 8.^a del Código), no referida al testamento del ciego, ni por el artículo 698 del C. c., que se contenta con la doble lectura.

DOMICILIO DE LOS TESTIGOS: LEY DE 1 DE ABRIL DE 1939: *Toda la doctrina y la práctica jurídica están conformes en no ser necesario tal requisito en Cataluña, por tratarse de precepto que venía a atenuar la rigidez de la legislación anterior y, por ende, no puede agravar la especial más benigna de aquella región.*

AFIRMACIONES CONTRADICTORIAS DEL FALLO: *No existen cuando sólo concurre un defecto de expresión o un error material de copia, por lo que tal defecto pudo y debió subsanarse mediante un recurso de aclaración que no se interpuso y que podrá hacerse en ejecución de sentencia. [S. de 8 de abril de 1969; no ha lugar.]*

12. **INCONGRUENCIA:** *No puede alegarse la infracción del artículo 359 de la LEC si no se expresa el concepto concreto en que se estima infringido el precepto, faltando con ello a la precisión y claridad exigidas por el artículo 1.720 y determinando la inadmisión del 1.729 de la misma LEC.*

INCONGRUENCIA: ERROR MATERIAL: *No hay incongruencia cuando se trata de un simple error material, fácilmente subsanable con la mera lectura objetiva de cuanto esa parte dispositiva del fallo dice y que no afecta en lo más mínimo a la esencia del asunto controvertido.*

CAPITULACIONES MATRIMONIALES DEL ALTO ARAGÓN: SU INTERPRETACIÓN: *Pactado que los tres fiduciarios dispondrán de la herencia "juntos o en su mayoría", no basta la concurrencia de dos de ellos, sino que es forzosa la intervención de los tres, pues no se habla en la cláusula de asistencia sino de disposición, y nunca habrían podido estar en condiciones de disponer por mayoría si son sólo dos los intervinientes.*

DELEGACIÓN DEL FIDUCIARIO: INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA: *La interpretación literal de la cláusula se ve confirmada por la teleológica, pues el carácter de fiduciarios que se les atribuye, a modo de personas de confianza, imprime al nombramiento un sello personalísimo ajeno por completo a la posibilidad de delegación o sustitución en la representación concedida.*

LLAMAMIENTO A LOS PARIENTES MÁS CERCANOS: INTERPRETACIÓN: *Pactado que sean fiduciarios los parientes consanguíneos más cercanos de cada uno de los futuros cónyuges, no puede serlo cualquiera de los más próximos indistintamente, sino sólo uno de ellos, debiendo preferirse al de más edad si existen dos o más del mismo grado, como con arreglo a antigua costumbre*

aragonesa recogió el Proyecto de Apéndice de Franco y López y hoy, para la Junta de Parientes, el artículo 20 de la Compilación.

COSTUMBRE: SU EFICACIA FRENTE A LA SUCESIÓN PACCIONADA: *En este tipo de sucesión campea la autonomía de la voluntad individual, y la costumbre, que se afirma inaplicada, de las comarcas de Benabarre, Graus y pueblos próximos, serviría únicamente para aclarar las cláusulas del contrato, si no fuesen claras y concluyentes.*

PRUEBA DE LA COSTUMBRE: *A estos efectos es una pura cuestión de hecho que es necesario probar, y cuyo examen en casación sólo es posible a través del núm. 7.º del artículo 1.692 de la LEC.*

NULIDAD ABSOLUTA: IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN: *No puede alegarse violación del artículo 1.301 del C. c., porque este precepto se refiere exclusivamente a la anulabilidad en sentido estricto y no a la nulidad absoluta, que es la que aquí concurre y cuya acción es imprescriptible como consecuencia de su propia esencia, que expresó el antiguo adagio "quod nullum est, nullum effectum producit". [S. de 20 de marzo de 1969; no ha lugar.]*

NOTA: El supuesto fáctico de esta curiosa sentencia se recoge en su primer considerando, parte del cual merece transcribirse: "Que la cuestión de fondo... arranca de las referidas capitulaciones matrimoniales hechas el 23 de marzo de 1908, a la usanza del Alto Aragón y al amparo de su Derecho privativo, las que después de determinar el regimiento jurídico del matrimonio desde el punto de vista patrimonial, preceptuaban acerca de la sucesión *mortis causa* de los contrayentes, diciéndose en el pacto cuarto que "... si alguno de dichos futuros cónyuges falleciese dejando sucesión y sin disponer de sus bienes dispondrá en nombre del que así muera el que de ambos sobreviva con un pariente consanguíneo más cercano de cada uno; y si los dos fallecieren sin disponer de sus bienes dejando sucesión, dispondrán en su nombre sus citados pariente y el señor cura que lo sea de la Puebla de Mon, juntos o en su mayoría en ambos casos, y para el objeto de nombrar herederos al hijo o hija del contrayente que considere más conveniente para la casa y familia..."; cláusula ésta cuya ejecución y cumplimiento tuvo lugar cincuenta años más tarde y exactamente con la escritura de capítulos matrimoniales de una de las hijas de los dichos otorgantes... a cuyo favor se hizo la institución de heredero al darse el segundo de los supuestos que aquella contemplaba; o sea, el de que ambos esposos falleciesen con sucesión, pero sin haber dispuesto ninguno de ellos de sus bienes, institución y consiguientes capitulaciones que fueron impugnadas a través del correspondiente juicio declarativo en razón a que en el acto de otorgamiento no intervino pariente alguno de la rama de la madre porque aquel a quien correspondía renunció a ello expresamente [más bien delegó en los demás], concurriendo tan sólo el cura párroco ya citado y un pariente de la parte del padre, que, sin embargo, tenía un hermano mayor que él en edad, argumentos impugnatorios que no triunfaron en primera instancia, pero que prosperaron completamente en la apelación..." e igualmente en la casación en méritos de la doctrina expuesta.

13. PETICIÓN ALTERNATIVA: *Cuando las peticiones se han formulado de manera alternativa, o subsidiaria, el éxito de la primera en primera instancia no excluye que, fracasada ésta en segunda instancia, deban examinarse*

entonces las restantes, porque no es posible obligar a interponer apelación a la parte que obtuvo en primera instancia un acuerdo judicial totalmente favorable, ni negar al Tribunal de segundo grado la facultad de analizar y resolver cuantas cuestiones se sometieron a debate. [S. de 8 de febrero de 1969; ha lugar.]

14. PRUEBA DE PRESUNCIONES: *Su estimación es de la incumbencia del Tribunal a quo, y no puede prevalecer el personal criterio del recurrente sobre el autorizado por la Sala, mientras no se ataque eficazmente, por ilógico o inverosímil, el juicio lógico formulado.*

PRUEBA DE CONFESIÓN: *No puede alegarse violación del artículo 1.235 del C. c. por admitirse la eficacia de una "ficta confesio", cuando no existe declaración rotunda y concreta de tener por confeso al litigante y, en todo caso, aunque existiese confesión explícita de éste, no puede admitirse que haga prueba contra los demás colitigantes.* [S. de 24 de marzo de 1969; no ha lugar.]

15. DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *Incide en la causa de inadmisión del artículo 1.729 en relación con el 1.720 de la LEC, el motivo del recurso, que mezcla distintos conceptos de infracción sin la debida separación.*

DEFECTO DEL RECURSO: *No puede atacarse la interpretación dada por la Sala al contrato base de la demanda sin citar como infringidos los artículos 1.281 y siguientes del C. c.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No puede servir de base al error de hecho el documento que ha sido tenido en cuenta e interpretado por el Tribunal, ni tampoco los que carecen del carácter de auténticos a efectos de casación.* [S. de 12 de abril de 1969; no ha lugar.]

IV. Colaboración a cargo de Gaudencio ESTEBAN VELASCO

1. PRINCIPIO DE PRUEBA: EXIGENCIA Y ALCANCE: *Es remedio procesal arbitrado para resolver una cuestión de competencia el principio de prueba por escrito, por el cual se exige al demandante corrobore la pretensión con algún documento que, sin determinar la convicción del juez, induzca a una creencia racional sobre la certeza de su pretensión, o que dicho demandante lo presente para desvirtuar la competencia territorial que invoque el demandado al plantearla.*

COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE LA ENTREGA: *Los géneros de comercio se entienden entregados en el establecimiento mercantil del vendedor.* [S. de 16 de noviembre de 1968; resuelve competencia.]

2. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE LA ENTREGA: *Si las partes no indican expresamente el lugar de entrega del género, éste ha de ser el lugar*

en que existió la cosa en el momento de constituirse la obligación, con lo que se supone también que el lugar de cumplimiento del contrato es el del domicilio mercantil del vendedor. [S. de 11 de diciembre de 1968; resuelve competencia.]

3. ERROR DE HECHO Y DE DERECHO EN LA PRUEBA: *No tienen el carácter de documentos auténticos los básicos que han sido objeto de exégesis y resolución en la instancia, sin que sea posible la prosperabilidad del error de derecho por falta de la cita del canon probatorio que hubiera sido infringido.*

EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: *Obsta la cosa juzgada cuando la cuestión es la misma, idéntica la causa de pedir, así como los fundamentos o títulos en que se apoyan las respectivas pretensiones, y la condición de las personas con relación a esos títulos. [S. de 3 de febrero de 1969; desestimatoria.]*

4. CARGA DE LA PRUEBA: *El artículo 1.214 del Código civil no es propiamente valorativo, sino preclusivo.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: *Los artículos 1.249, 1.250 y 1.251 serán aplicables cuando la instancia hubiera utilizado la presunción como medio deductivo para llegar a una conclusión de hecho, pero no cuando el juzgador parte de una situación de indudable insolvencia. [S. de 18 de marzo de 1969; desestimatoria.]*

V. Colaboración a cargo de Luis FERNANDEZ DE LA GANDARA

1. CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO A EFECTOS DE CASACIÓN: *Si la interpretación dada por el Tribunal "a quo" es racional, no procede la casación. Es, por el contrario, abordable en casación la cuestión de pura aplicación del derecho a determinados hechos concretos.*

NATURALEZA DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: *El no haberse creado un patrimonio común independiente del privativo de cada una de las partes y el que no haya revestido relieve de ninguna especie, al frente del negocio, la personalidad del partícipe no gestor, conduce a que la relación jurídica deba calificarse como cuentas en participación y no como sociedad irregular. [S. de 7 de febrero de 1969; estimatoria.]*

NOTA: El tema que se debate en esta sentencia es el relativo a la calificación que deba darse a la relación jurídica entre las partes litigantes. El Tribunal Supremo, siguiendo la orientación dada en la primera instancia, afirma la existencia de un contrato de cuentas en participación en atención a que todos los actos de gestión del negocio se han venido realizando por una de las partes en local alquilado a su nombre, cuyas cuentas, anualmente rendidas, fueron aceptadas sin discusión por el partícipe y en las cuales se le devolvía anualmente el capital aportado, incrementado con la mitad de las ganancias obtenidas en el negocio y sin que llegara a crearse

un patrimonio común ni la personalidad del partícipe no gestor apareciese, en ningún momento al frente del negocio. Sin ocuparse explícitamente del tema de cuál sea la naturaleza jurídica de las cuentas en participación —cuestión que todavía hoy se discute en nuestra doctrina sin que las soluciones ofrecidas sean enteramente satisfactorias—, el Tribunal Supremo, como ya lo hizo en la sentencia de 3 de mayo de 1960 (véase el comentario a la misma de Carlos Fernández-Novoa “Las notas distintivas de las cuentas en participación”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 84, 1962, págs. 429 y ss.) estima que este contrato es distinto del de sociedad por estar desprovisto de un patrimonio o fondo común. Incidentalmente se alude también al carácter secreto de las cuentas. (El carácter oculto de las cuentas se pone de manifiesto en diversas sentencias. Así, puede verse, entre otras, en las de 13 de enero de 1919, 15 de noviembre de 1956, 3 de mayo de 1960, 30 de septiembre de 1960. Así se dice que lo esencial de la cuenta en participación no es la accidentalidad —sentencia de 3 de mayo de 1960—, sino la existencia secreta y puramente interna de la relación o que en la sociedad de cuentas en participación, frente a lo que ocurre en la comanditaria —sentencia de 30 de septiembre de 1960—, el capitalista está oculto para los terceros y carente de responsabilidad frente a ellos, contrayendo sólo obligaciones para con el gestor). No es posible, en esta breve nota, hacer un juicio crítico de esta doctrina jurisprudencial. Baste con decir que el Tribunal Supremo no ha mantenido siempre esta misma orientación. Junto a las sentencias que, con énfasis mayor o menor, niegan el carácter societario de esta relación, porque presuponen como elementos esenciales del concepto de sociedad la existencia de personalidad jurídica con razón social determinada y *el patrimonio común* —1 abril 1909, 22 mayo 1930, 10 diciembre 1946, 10 abril 1954, 21 marzo 1956, 3 mayo 1960, 8 febrero 1963, 25 mayo 1963, 6 febrero y 30 abril 1964, etc.—, hay un buen número de fallos en los que entiende que estamos en presencia de una sociedad. En este sentido, las sentencias de 9 octubre 1890, 3 julio 1891, 21 enero 1893, 8 abril y 8 julio de 1897, 30 junio 1941, 15 noviembre 1956, 5 febrero 1957, 17 febrero 1959, 23 noviembre 1961. (A pesar de negar que la cuenta en participación sea sociedad, la sentencia de 5 febrero 1960 acepta esta calificación por vía analógica en el ámbito de las relaciones jurídico-internas, pero —añade— sin desnaturalizar la esencia del contrato. En la sentencia de 5 febrero 1957 se declara algo muy semejante, si bien se comete el error, generalizado, de ver como elementos esenciales del concepto de sociedad la personalidad jurídica propia y el patrimonio independiente: “la cuenta en participación es una sociedad, por imperfecta o irregular que resulte, muy semejante a la comanditaria tácita en su vida “ad intra” siquiera se diferencie de la sociedad perfecta en su manifestación “ad extra”, por carencia de personalidad jurídica propia y de patrimonio independiente como entidad...”.) A la vista de una jurisprudencia tan vacilante, por lo que al tema de la naturaleza jurídica de las cuentas en participación se refiere, se destaca la importancia de los esfuerzos constructivos realizados por algunos autores para esclarecer la naturaleza de esta figura en el marco de la problemática relativa al concepto y notas del contrato de sociedad en nuestro derecho positivo.

2. SOCIEDAD ANÓNIMA: REQUISITOS DE CONVOCATORIA: DEFECTOS DE LA SEGUNDA CONVOCATORIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 53 LSA: *Cumplimentados todos los requisitos legales para la celebración de la Junta general ordinaria en primera convocatoria, la determinación en el mismo anuncio de la fecha de la segunda convocatoria es potestativa y su ausencia o defectuosa formulación nada supone para el anuncio en primera citación. Sólo en el caso de haberse tenido que celebrar la Junta en segunda convocatoria se produciría una infracción legal, la cual sólo originaría la invalidez de los acuerdos adoptados.*

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 50 LSA: *Habida cuenta de que el artículo 50 LSA claramente establece, en forma literal, que "en su caso" se resolverá sobre la distribución de beneficios y demás extremos que consigna, es obvio que evita hablar de aquéllos cuando no existen, lo cual consta a los accionistas por el estado de preparación del negocio a explotar por la Sociedad. [S. de 21 de febrero de 1969; desestimatoria.]*

3. SOCIEDAD ANÓNIMA EN FORMACIÓN: RESPONSABILIDAD DE LOS GESTORES: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 7 LSA: *La expresión "en su defecto", recogida en el párrafo primero del artículo 7 LSA, se refiere al defecto o falta de los requisitos enunciados en la proposición primera de igual párrafo. Teniendo en cuenta que la falta de inscripción en el Registro Mercantil —primer requisito— acarrea necesariamente la imposibilidad jurídica de producción del segundo, es obvio que el defecto de inscripción basta para desatar la responsabilidad de los gestores, siempre que las personas con que hubieren contratado en nombre de la sociedad reclamen, antes de practicarse aquélla, el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato.*

La "ratio legis" del artículo 7 es la de proteger a las personas que contrataron con los gestores. Los terceros se verían desamparados si hubieran de esperar indefinidamente a que la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil tuviera lugar y a que ésta ratificara o no el contrato en el plazo de tres meses para ejercitar su acción contra ella en el primer caso, o contra los gestores o cualquiera de ellos en el segundo, cuando, por el contrario, la Ley establece la responsabilidad de los gestores precisamente para dejar a cubierto los intereses del tercero contratante del menoscabo que pudieran sufrir a causa de la falta de constitución de la sociedad en la forma prescrita y para sancionar la inobservancia de las imperativas normas del artículo 6 LSA.

RESPONSABILIDAD DE LOS GESTORES: *Frente a las personas con las que hubieren contratado en nombre de la sociedad son solidariamente responsables los gestores si en el momento de consumación del contrato no está inscrita aquélla en el Registro Mercantil, sin perjuicio de las acciones que frente a la sociedad competan al gestor o gestores que hagan efectiva su responsabilidad si posteriormente llegaran a realizarse los actos jurídicos a que el artículo 7, párrafo 1.º, inciso 1.º subordina la validez del contrato concluido en nombre de la compañía antes de su inscripción. [S. de 28 de enero de 1968; desestimatoria.]*

4. SENTENCIA ABSOLUTORIA: NO CABE INCONGRUENCIA: *Las sentencias absolutorias no incurrn, por lo general, en vicio de incongruencia. Instándose una condena solidaria contra los demandados, no es incongruente el fallo que les absuelve a todos, aun en el supuesto de que alguno se hubiere allanado.*

EJERCICIO DE LA ACCIÓN: PERJUICIOS: *Para el ejercicio de la acción no es esencial que el perjudicado conozca de modo preciso la cuantía del perjuicio sufrido. [S. de 29 de enero de 1969; desestimatoria.]*

5. S. A.: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 47 DE LA LEY: *Este precepto distingue tres casos diferentes al regular la adquisición por las sociedades de sus propias acciones: 1.º Cuando se haga con cargo al capital social y únicamente para amortizarlas, en que exige el previo acuerdo de reducción del capital social adoptado conforme a las disposiciones de la propia Ley. 2.º Cuando la adquisición se haga con cargo a los beneficios o reservas libres y también al solo efecto de amortizarlas, siempre que se verifique por compraventa o permuta, y en tal supuesto la Ley no exige el previo acuerdo de reducción del capital social, como lo confirma el terminante precepto de su artículo 101. 3.º Cuando se adquieren las acciones para evitar un daño grave.*

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *Al haber sido examinados los documentos por el Tribunal de instancia, que los tuvo en cuenta para dictar su sentencia, no pueden servir de base en la casación, máxime si se tiene en cuenta que ninguno de tales documentos demuestra por sí mismo, y requieren ser interpretados o relacionados con otros, el error aducido. [S. de 20 de diciembre de 1968; desestimatoria.]*

6. RECURSO DE CASACIÓN: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No pueden ser utilizados en casación, si se quiere demostrar un error en la apreciación de la prueba, los mismos documentos que sirvieron a la Sala sentenciadora para fundar su tesis condenatoria.*

SOLIDARIDAD EN LAS OBLIGACIONES: *Para que se entienda solidaria la obligación no es necesario que se emplee precisamente ese término, sino que basta con que aparezca evidente la voluntad de los contratantes de poder prestar o pedir íntegramente las cosas objeto de la obligación. En este sentido, si bien los términos del afianzamiento prestado por los recurrentes, por sí solos, no establecen una clara y terminante solidaridad, ésta resulta de los actos anteriores y posteriores realizados por ellos. Esto se basa en que los fiadores formaban parte de la sociedad deudora y estaban enterados del compromiso contraído por ésta, de que tales miembros avalasen los efectos comerciales, pues ellos mismos fueron los que adoptaron ese acuerdo y quienes, por medio de los órganos sociales, les dieron cumplimiento.*

AVAL: CONCEPTO AMPLIO: *Se admite el aval, no sólo como afianzamiento propio y privativo de los contratos de cambio, sino en un sentido más amplio, como un contrato de garantía, de cumplimiento de otros contratos, por virtud del cual una o varias personas se comprometen a cumplir una obligación ya existente o que se crea en ese momento, otorgándole carácter solidario siempre que se contraiga en términos generales y sin consignar expresas limitaciones o excepciones, fuera de cuyos supuestos obliga a todo lo que naturalmente derive del acto o convenio avalado.*

BENEFICIO DE EXCUSIÓN: *Tratándose de afianzamiento mercantil no pueden ampararse los fiadores en el beneficio de excusión, por no ser de aplicación*

a este caso el precepto general del artículo 50 C. Com. [S. de 7 de diciembre de 1968; no ha lugar.]

7. RECURSO DE CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: *La interpretación del contenido y alcance obligacional de los negocios jurídicos y demás declaraciones de voluntad es función primordial de las Salas de instancia, y a su discernimiento debe estarse y mantenerse en casación, mientras no resultare violento o arbitrario o fuera de toda exégesis racional, aun en el caso de que cupiese alguna duda sobre su absoluta exactitud.*

LEY DE S. A.: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 80: *El previo acuerdo de la Junta general, al que se refiere el párrafo primero de dicho artículo, no implica simultáneo ejercicio de la acción para perseguir la responsabilidad de los administradores, pues a tal respecto la Ley habla en futuro, diciendo "se entablará previo acuerdo de la Junta general".*

ACUERDO DE SEPARACIÓN DE CONSEJEROS: CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL: *No debe entenderse viciosamente convocada una Junta general en la que se acuerde la separación de consejeros por no haberse expresado que uno de los asuntos a tratar iba a ser éste, ya que ni el artículo 53 LSA contiene tal exigencia taxativamente y para este caso, ni del artículo 80, 1.º se deduce que esa cuestión deba figurar imperativamente en el Orden del día, sino que claramente se desprende lo contrario; igual ocurre con el artículo 75 de dicha Ley y la frase "en cualquier momento" que en el mismo se emplea, todo lo cual se aviene con la posición de "confianza" de los administradores, con la amovilidad de su función y la revocabilidad de sus poderes. [S. de 31 de enero de 1969; desestimatoria.]*

VI. Colaboración a cargo de Rafael GARCIA VILLAVERDE

1. RECURSO DE CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *La interpretación de los contratos corresponde al Tribunal de instancia y a ella habrá de estarse, salvo que resulte desorbitada, absurda o claramente ilógica.*

CONTRATO DE SEGURO DE CRÉDITO: *El hecho de hacerse la venta con reserva de dominio no altera las consecuencias del contrato de seguro entre asegurador y asegurado. [S. de 8 de enero de 1969; desestimatoria.]*

2. CONTRATO: PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: *El contrato tiene fuerza y eficacia legal desde el momento que se otorgó con los requisitos esenciales de consentimiento, objeto y causa, por imperio del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.091 C. c.), pudiendo exigirse mutuamente los contratantes ciertos requisitos accidentales que se expresen en forma de pactos, y que, no siendo contrarios a la Moral, al Derecho y al Orden Público, forman parte integrante del contrato y hay que cumplir en la forma y manera en que fueron pactados.*

RECURSO DE CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS: *Es privativa del Tribunal de instancia la interpretación del contenido clausular de los negocios jurídicos, y por ello debe ser respetada en casación mientras resulte lógico y no desorbitado el texto interpretado con exégesis atentatorias a la letra y espíritu del mismo.*

DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *No son documentos auténticos en casación aquellos sobre cuya interpretación se ha discutido en el juicio y resuelto en la sentencia.*

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS: *El artículo 1.101 del C. c. presupone la prueba de los perjuicios, que ha de practicarse en el pleito, y cuya apreciación real y no dubitativa debe ser estimada por el sentenciador, aunque, una vez probados, quede para ejecución de sentencia la determinación de su cuantía, sin que a tal trámite procesal pueda quedar relegada la prueba de la existencia de aquéllos. [S. de 6 de diciembre de 1968; desestimatoria.]*

3. RECURSO DE CASACIÓN: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *La apreciación de las pruebas no puede impugnarse más que por la vía del artículo 1.692, 7.º de la LEC, constituyendo la utilización de otra vía la causa de inadmisión del artículo 1.729, 9.º de la LEC, que, en esta fase, se convierte en causa de desestimación.*

CUESTIÓN NUEVA: *Al ser la cuestión planteada totalmente nueva y al no haber sido alegada oportunamente ni enjuiciada por el Tribunal "a quo", no puede ser examinada en casación, porque tal institución es meramente revisora de la función del órgano jurisdiccional inferior y no puede pronunciarse, generalmente, sobre lo que éste resolvió.*

CONTRATO DE TRANSPORTE: CARÁCTER CONSENSUAL: *La carta de porte no es elemento formal del transporte, porque éste es un contrato consensual, que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades, sin necesidad de que la mercancía haya sido entregada (contrato real) ni de extender ningún documento (contrato formal), aunque generalmente se extienda aquélla, que las partes pueden exigirse mutuamente (art. 350 C. Com.), pero sin que ello sea un requisito esencial del contrato a tenor de nuestro C. Com., que prevé (art. 354) el supuesto en que falte ese documento.*

TRANSPORTE: RIESGO: CARGA DE LA PRUEBA: *Al porteador no le basta, como en Derecho civil, probar que ha empleado toda la diligencia para evitar el daño de la mercancía, sino que tiene que demostrar positivamente la realización del caso fortuito o la fuerza mayor o la naturaleza o el vicio propio de la cosa causantes del daño. [S. de 12 de diciembre de 1968; desestimatoria.]*

VII. Colaboración a cargo de Julio GARRIDO

1. INSTRUMENTO PÚBLICO: DECLARACIONES NEGOCIALES: *La presunción de realidad y validez del contenido de las declaraciones negociales formalizadas en*

un instrumento público, reconocida y sancionada por la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, pertenece al tipo de las "iuris tantum", por lo que puede destruirse por la prueba en contrario (artículo 1.251, 1.º, C. c.).

NEGOCIO SIMULADO: ACUERDO SIMULATORIO: PRUEBA: *La contraprueba de la presunción de sinceridad de las declaraciones de voluntad correlativas y recíprocas, integrantes de un contrato de compraventa documentado en escritura pública, mediante la prueba de la coexistencia de un acuerdo simulatorio, es decir, del pacto de emitir ante el notario unas declaraciones discordantes con sus voluntades internas, con el fin de engañar a terceros, puede hacerse por cualquiera de los medios enunciados en el artículo 1.215 del Código.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: REQUISITOS: *Entre estos medios (enunciados por el artículo 1.215 C. c.) se cuentan las presunciones "hominis", las que, para ser eficaces en el proceso, han de reunir dos requisitos: 1.º Que el hecho del que ha de deducirse la conclusión esté completamente acreditado (artículo 1.249 C. c.); 2.º Que entre ese hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1.253 C. c.).*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: SIMULACIÓN: *Al no haber rechazado de plano las presunciones "hominis" como medio de prueba de la simulación invocada, el Tribunal de instancia aplicó el artículo 1.215 C. c. y lo hizo rectamente.*

CASACIÓN: PRESUNCIONES: FALTA DE PRUEBA DEL HECHO BÁSICO: *La apreciación del mismo Tribunal en orden a la falta de prueba de algunos de los hechos de los que pretendía deducirse la simulación, no puede atacarse en casación por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 LEC.*

CASACIÓN: PRESUNCIONES: DEDUCCIÓN: REGLAS DEL CRITERIO HUMANO: *La apreciación del juzgador "a quo" de que entre los restantes hechos aducidos por el actor, éstos si completamente demostrados, y la conclusión, no existía el nexo exigido por la Ley, no podría impugnarse con éxito en este recurso sino demostrando que entre cada uno de los hechos admitidos en concepto de probados y la simulación alegada, existía un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, pero no oponiendo al análisis minucioso llevado a cabo por la Sala sentenciadora, la tesis, poco menos que dogmática, que de tales hechos, apreciados en conjunto y según el subjetivo criterio del recurrente, se deduce la simulación del contrato de compraventa discutido. [S. de 9 de junio de 1967; no ha lugar.]*

2. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: REQUISITOS: *Si es cierto que la figura del litisconsorcio pasivo necesario puede desempeñar su peculiar papel en los juicios de nulidad de préstamos usurarios, no lo es menos que, para que pueda imponerse coactivamente, caso de ejercitarse la correspondiente acción, que ésta se dirija contra una pluralidad de personas, es menester, una de dos, o que hubieren sido parte en el negocio jurídico impugnado o*

que, en otro caso, fuesen titulares de un derecho susceptible de padecer una lesión a consecuencia de la declaración de nulidad, por hallarse directa e inseparablemente ligado "in actu" tal derecho a la relación jurídico-material surgida del contrato.

REQUISITOS PARA LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: INTERESADOS: *No es doctrina legal que, a efectos del referido litisconsorcio, esté interesada en la validez, subsistencia o nulidad de un contrato, cualquier persona que simplemente obtuvo algunos beneficios económicos del mismo, y si bien la sentencia de 9-11-61 alude incidentalmente a lo que sirve de único asidero al motivo, debe notarse que se trata de una sentencia aislada y, sobre todo, de una afirmación hecha "obiter dictum", por no ser la que constituye la "ratio decidendi" del fallo, como sería imprescindible para servir de cimiento a la construcción de una nueva jurisprudencia que verdaderamente mereciese esta denominación.*

USURA: APLICACIÓN AL CONTRATO DE PRÉSTAMO MERCANTIL: *Por muy mercantil que sea un contrato de mutuo, muy usurario es también el interés que ronde el cien por ciento anual del capital prestado.*

USURA: CONCEPTO DE INTERESES EN EL PRÉSTAMO: INTERÉS USUARIO: *En el amplio concepto de "interés", formulado por el párrafo 2.º del artículo 315 del Código de comercio, fiel trasunto del artículo 3.º de la Ley de 14 de marzo de 1856, cabe toda prestación pactada a favor del mutuante como retribución o precio por el aplazamiento de la obligación de restituir el "tantundem", ya se mida la cuantía de los intereses en proporción al importe de la suma adeudada, como sucede con los intereses en sentido estricto, ya se fije con referencia a otra cosa cierta (argumento, artículo 1.447, párrafo 1.º, del Código civil) o, en todo caso, siempre que sea posible determinar la cuantía sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes (art. 1.273, proposición 2.ª, del mismo Código), concepto lato, todavía más justificado en materia de préstamos usurarios, habida cuenta de lo prevenido en el artículo 9.º de la Ley de 23 de julio de 1908 y del espíritu que imprime carácter a todos sus preceptos, que, a tenor del artículo 1.º, párrafo 1.º, inciso 1.º, de la Ley especial, permíte holgadamente calificar de interés usurario a la prestación pactada por los contratantes a favor del prestamista, cualquiera que sea la denominación que aquéllos hayan podido darle y cualquiera que sea el ficticio aparato montado para disfrazar su ilicitud, consistente en una cifra fija por cada unidad de peso vendido por determinada empresa industrial, siempre que el producto resultante de la multiplicación de aquella cifra por el número total de dichas unidades, deba estimarse superior al interés normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, en atención, primeramente, al cálculo que al tiempo de concluirse el contrato pueda hacerse a la vista del tráfico normal de la empresa, y después, en el curso de ejecución periódica y duradera de la obligación de pagar los intereses, a presencia de la cantidad de las mercancías efectivamente producidas y vendidas.*

USURA: MANIOBRAS PARA ENMASCARARLA: *En materias como la presente, la jurisprudencia no puede permanecer estática e impasible frente a las sagaces maniobras artificiasdas por los burladores de la Ley para enmascarar sus designios, de aquí que pueda decirse que está ya consolidada una moderna orientación sobre el particular. [S. de 30 de junio de 1967; no ha lugar.]*

3. USURA: FACULTAD DE LOS TRIBUNALES PARA FORMAR LIBREMENTE SU CONVICCIÓN: *Limitándose el recurrente a recordar que el artículo 2.º de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la Usura, permite a los tribunales formar libremente su convicción, facultad que se extiende al Tribunal Supremo, como proclamó la doctrina de esta Sala, por lo que y en vista de la discrepancia de ambos juzgadores de instancia, dice que el tema del recurso no es sino "replantear la cuestión ante la Sala y acometerse a su apreciación", cual si se tratase de una nueva instancia, olvidando la indole propia de estos recursos extraordinarios y la finalidad típica de la casación civil, correctora de infracciones legales, para cuyo examen, en esta materia de préstamos usurarios, existe indudablemente la facultad antes señalada, pero para cuyo funcionamiento se requiera de modo indispensable y previo la justificación de una de aquellas infracciones o, en su caso, la demostración de un error evidente de hecho o de derecho en las apreciaciones probatorias.*

CASACIÓN: OBLIGACIÓN DE CONSTITUIR DEPÓSITO: *La obligación de constituir el depósito preceptuado en el artículo 1.698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere exclusivamente a los casos en que ambas sentencias de instancia sean conformes de toda conformidad. [S. de 26 de septiembre de 1967; no ha lugar.]*

4. INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN POR RAZÓN DE LA MATERIA: *Planteadas y decididas como dilatorias la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia del pleito, fue resuelta mediante auto que la desestimó, el cual, recurrido en apelación, el apelante desistió de la misma, quedando así firme esta inicial decisión, la cual no es, por tanto, objeto de la sentencia dictada por el Juzgado de instancia, ni por la recurrida, y si conforme a la doctrina de esta Sala tal resolución no podía ser objeto, al decidirse la excepción dilatoria, del recurso de casación, por cuanto no tiene el concepto de definitiva por seguir el trámite del pleito, para serlo al resolverse éste, mediante la sentencia que es objeto preciso de casación, era requisito indispensable que se hubieran agotado los recursos ordinarios contra el auto dictado, lo que no ocurre en este caso, y ello hace inviable este motivo, sin que obste la facultad de conocer este Tribunal de oficio la competencia por razón de la materia, pues no existe fundamento para ello.*

CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES: APLICACIÓN INDEBIDA: *El tercero de los motivos, articulado por el mismo cauce que los anteriores, se basa en la aplicación indebida del artículo único de la Ley de 2 de marzo de 1963, mas la argumentación del mismo se dirige a atacar la interpretación que el juzgador de instancia hace al referirse a dicha Ley, en armonía a los demás que señala,*

y es indudable que el denunciado vicio no cabría encuadrarle dentro de la aplicación indebida, pues es, además, de notar que el recurrente pretende su aplicación, si bien atribuyendo al mismo una interpretación a rechazar el alegado motivo del recurso.

CASACIÓN: APLICACIÓN INDEBIDA: CONCEPTO: *El verdadero concepto del alegado vicio de aplicación indebida es haber sido la cuestión planteada resuelta con sujeción a normas legales distintas de las que deben regirla.*

CASACIÓN: RIGORISMO FORMAL DEL RECURSO: *No cabe olvidar el estrecho rigorismo formal de este extraordinario recurso, que la doctrina de esta Sala reitera en aplicación de las normas contenidas en el artículo 1.720 LEC, en cuanto a la cita clara y precisa de la Ley o doctrina que se considere infringida y el concepto en que lo haya sido, en relación con los que en el invocado número 1.º del artículo 1.692 se determinan, violación, interpretación errónea y aplicación indebida, sin que quepa acudir a posibles equivalencia gramaticales (1), y al no alegar ninguno de dichos conceptos debe el motivo decaer.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Los documentos que en concepto de auténticos se citan carecen, a los efectos del recurso, de dicho carácter, ya que han sido examinados y valorados en la sentencia.*

CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *El motivo, que combate la interpretación del juzgador de instancia del contrato celebrado, al no invocar la infracción de alguna de las normas sustantivas de interpretación contractual, artículos 1.281 al 1.289 C. c., carece de viabilidad y debe, por tanto, decaer.*

CASACIÓN: MOTIVO FUNDADO EN UN PRECEPTO REGLAMENTARIO-ADMINISTRATIVO: *El artículo 111 del Reglamento de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, por su carácter meramente reglamentario-administrativo no es susceptible de servir de base al recurso.*

CASACIÓN: EL FALLO DEBE RELACIONARSE CON SUS FUNDAMENTOS Y EL SUPLICO: *Los términos del fallo que se ataca no pueden examinarse con abstracción del suplico que deciden y de los fundamentos sentados por el juzgador como determinantes del mismo. [S. de 30 de septiembre de 1967; no ha lugar.]*

5. ARBITRAJE DE EQUIDAD: RECURSO DE NULIDAD: *El arbitraje de equidad confiere a los laudantes una facultad tan amplia que de manera inapelable deciden las cuestiones que válidamente les son sometidas, lo que excluye la jurisdicción ordinaria para su resolución, quedando ésta limitada al sólo efecto del extraordinario recurso que establece el número 3.º del artículo 1.691 LEC, que por la vía de la casación anula aquélla, dentro de límites tan estrictos que más que al contenido o procedencia sustantiva del laudo afec-*

(1) NOTA: En el motivo se alegaba el vicio de "interpretación indebida."

tan a su inexistencia legal, dado el tiempo extemporáneo en que fue dictado, bien por decidir sobre materia que no fue sometida a resolución ya por la imposibilidad jurídica de resolver cuestiones excluidas de su competencia sin afectar a la virtualidad de la escritura de compromiso, por razones de índole civil, ni atacar lo decidido como opuesto a las normas sustantivas, ni por el carácter perjudicial para los que se sometieron a este medio para la resolución de sus divergencias. [S. de 11 de octubre de 1967; no ha lugar.]

6. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Dicha escritura básica, objeto de amplio estudio e interpretación en las áos sentencias de instancia, no es apta para contrastar el pretendido error de hecho, según reiterada doctrina de esta Sala.*

CASACIÓN: ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *La invocación del artículo 580 de la Ley Procesal no es adecuada en orden al error denunciado.*

COMUNIDAD DE PROPIETARIOS: PRUEBA DE CONFESIÓN JUDICIAL: HECHOS PERSONALES: *La confesión prestada por el representante de la comunidad de propietarios no tiene el valor decisivo que la parte recurrente pretende, en cuanto no se refiere únicamente a hechos personales del confesante, y sí a otras personas e inquilinos.*

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE NAVE INDUSTRIAL: USOS Y SERVICIOS: PATIO COMÚN: *Lo que claramente se transmite en el contrato de referencia es la propiedad de la nave, y en cuanto al uso a que ha de estar destinado el patio concretamente no se especifica, aunque lo que se transmite sea la nave industrial descrita "en el expositivo I de esta escritura, con todos los derechos, usos y servicios inherentes al mismo", y si bien en la "exposición" se describe la nave, expresándose como linde al fondo el patio central y el patio testero de la casa, al decir que la finca tiene servicios y le corresponde para su uso el patio posterior de 101 metros cuadrados, al que tiene acceso por una puerta, tampoco se determina en qué tal uso haya de consistir, ni en parte alguna se expresa que ha de ser exclusivo o excluyente de otros.*

CONTRATOS: INTERPRETACIÓN: PRIVATIVA DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: *La interpretación clausular de los contratos y demás negocios jurídicos es función privativa del Tribunal de instancia y debe, por ende, ser respetada en casación mientras no resultare violenta o arbitraria y fuera de toda exégesis racional, advirtiendo, además, que conforme a reiterada jurisprudencia, esa interpretación del Tribunal "a quo" ha de aceptarse aun cuando cupiese alguna duda sobre su absoluta exactitud. [S. de 11 de octubre de 1967; no ha lugar.]*

7. CASACIÓN: APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA: *El motivo, encauzado por el número 7, error de derecho en la apreciación de las pruebas, carece de viabilidad en cuanto la sentencia deduce la liquidación de la totalidad de*

Las pruebas practicadas que aprecia en conjunto. [S. de 26 de octubre de 1967; no ha lugar.]

8. NEGOCIO FIDUCIARIO: CAUSA DEL NEGOCIO: *En el contrato fiduciario, de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala, se emplea un medio superior —transmisión real del derecho de propiedad— proporcionado con la finalidad verdaderamente perseguida por las partes, que no es otra que la de cumplir un determinado encargo —fiducia cum amico— o garantizar una obligación preexistente —fiducia cum creditore—, debiendo verse en este segundo intento la verdadera causa del contrato, que reviste todo el aspecto de un negocio indirecto; lo cual obliga a estimar exclusivamente la función de garantía, incompatible con el reconocimiento autónomo de la compraventa como contrato perfecto.*

RESOLUCIONES JUDICIALES: DEBEN SER CONGRUENTES: *La facultad que las leyes conceden a los Tribunales de Justicia al aplicar el Derecho al caso debatido, no autoriza a dictar fallos que se funden en hechos que no fueron objeto de alegación ni de prueba; la Audiencia no está autorizada para separarse de los términos en que se desenvolvió el debate judicial, so pena de incurrir en flagrante incongruencia y alterar a destiempo y sin posibilidad de defensa para las partes a las que este cambio puede perjudicar.*

CONTRATOS CON CAUSA FALSA: PRUEBA DE LA VERDADERA: *El artículo 1.276 C. c. impone la prueba de la existencia de "otra causa verdadera y lícita", cuando se demostrase que la aparente es falsa, a la contraparte que recibe la atribución patrimonial.* [S. de 20 de enero de 1966; ha lugar.]

9. NEGOCIO SIMULADO: DISMINUCIÓN DE FACULTADES MENTALES: FALTA DE CONSENTIMIENTO: *Teniendo en cuenta que la resolución impugnada no sólo se sustenta en la incapacidad de la vendedora, sino también en la notable disminución de sus facultades intelectivas, con apoyo en el dictamen pericial obrante en autos, totalmente opuesto al de la Escuela de Medicina Legal, de libre apreciación del Juzgador y, por ende, no susceptible de ser aducido ni combatido en casación, disminución de facultades que le impide comprender toda la complicada trama de la construcción de un contrato simulado de venta, conteniendo el disimulado de donación de bienes inmuebles, en el que no se han cumplido tampoco los requisitos formales de aceptación, tradición, etc., que exige la jurisprudencia para su validez y eficacia, es evidente que la posición y la deducción que la sentencia extrae de que la vendedora no tenía capacidad para otorgar la escritura de referencia, y menos pudo prestar su consentimiento a un acto jurídico tan complicado, conforme informan los peritos médicos, debe estimarse correcta al destruir la presunción en contra de la declaración del notario y restantes actos realizados.* [S. de 19 de enero de 1967; no ha lugar.]

10. CASACIÓN: IMPUGNACIÓN DE HECHOS FIJADOS MEDIANTE APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA: *Es doctrina de esta Sala que los hechos fijados formal-*

mente por el Tribunal "a quo" tras de la apreciación conjunta de la prueba, si bien pueden ser impugnados en casación, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que ni esta norma procesal ni la del artículo 1.792, apartado 9.º de aquella Ley, hacen discriminación alguna al respecto, solamente pueden serlo eficazmente cuando se emplee el único medio idóneo para ello, a saber, un documento o acto revestido y dotado de autenticidad, tanto extrínseca o formal como intrínseca, material o de fondo, que muestre por visión directa e inmediata un hecho que se halle en evidente contradicción con el resultado a que llegó el Juez de instancia mediante la valoración conjunta de las pruebas; pero no cuando utiliza el recurrente para el mismo fin medios totalmente inadecuados y reiteradamente descalificados por este Supremo Tribunal, como son el examen conjunto de las pruebas practicadas en el proceso, apreciándolas con criterio distinto al de la Sala sentenciadora y sacando consecuencias diferentes a las extraídas por ella, convirtiendo así el procedimiento de casación en una tercera instancia, o la desarticulación del conjunto probatorio en cada uno de sus elementos integrantes, a fin de acogerse a los que le favorezcan y de desprestigiar los que le perjudiquen, con lo que se viene a incurrir en el vicio lógico de sustituir un todo inescindible por una de sus posiciones, tratando de hacer prevalecer, en ambos supuestos, un resultado parcial, subjetivo e interesado sobre el resultado total, objetivo, desapasionado e imparcial de un Tribunal de Justicia.

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: AUTENTICIDAD PROCESAL Y FE PÚBLICA NOTARIAL: NO ALCANZA A LA SINCERIDAD DE LO DECLARADO: *El medio elegido para revelar el supuesto error de hecho es inadecuado por su propia naturaleza para alcanzar la meta perseguida, pues se trata de las declaraciones y manifestaciones hechas por los comparecientes e interesados en cuatro escrituras públicas: y en un acta notarial, instrumentos carentes de autenticidad intrínseca en casación en orden a la correspondencia de lo declarado o manifestado con la voluntad real del declarante o exponente, toda vez que en estos casos el radio de la autenticidad procesal no puede ser mayor que el de la fe pública notarial y sabido es que ésta no abarca la sinceridad de lo que ante el funcionario se dice o emite, pues al estar la voluntad interna del autor de la declaración más allá del mundo físico no puede ser objeto de videncia ni, por consiguiente, de autenticidad.*

CONTRATOS: DACIÓN EN PAGO: NATURALEZA JURÍDICA: *La dación en pago, ya se encuadre el contrato en el tipo de la compraventa, como la recurrente sostiene con invocación de la doctrina legal establecida en las sentencias de 9 de enero de 1915 y de 13 de marzo de 1953, ya se califique de contrato oneroso de enajenación, que tiene por finalidad la sustitución del pago por esa transmisión, como opina un sector muy autorizado de la doctrina científica, ya se le otorgue cualquier otra calificación, los efectos serían idénticos en orden a la aplicabilidad, en principio, del artículo 1.276 C. c., esgrimido en este motivo, ya que tal precepto forma parte de la normativa general de los:*

contratos, encasillada en el Libro IV, título II, capítulo II, sección 3.ª de dicho ordenamiento legal. [S. de 20 de febrero de 1967; no ha lugar.]

11. CASACIÓN: NATURALEZA DEL RECURSO: Como reiteradamente ha sostenido esta Sala, el recurso de casación tiene un limitado ámbito y alcance, y una fisonomía formalista que veda al Tribunal Supremo, en términos generales, realizar una nueva y completa valoración jurídica del pleito y hacer una libre apreciación de la prueba en el mismo practicada, fuera de los estrictos cauces permitidos por la Ley, y lo obliga a ceñirse al examen de las infracciones o errores denunciados, sin que, por tanto, pueda confundirse el recurso extraordinario con una tercera instancia, debiendo concretarse, el de infracción de Ley o de doctrina legal, a la censura de la sentencia recurrida dentro de los cauces precisos establecidos en el artículo 1.692 LEC (salvo lo dispuesto para las resoluciones dictadas en ejecución de sentencia en el artículo 1.695 de la propia Ley), y, además, en el escrito de interposición debe cumplirse todo lo prevenido en el artículo 1.720 de la misma y citarse con claridad y precisión la Ley o doctrina legal que se crea infringida y el concepto en que lo haya sido, sin que sean aceptables otros modos de infracción que los que la mencionada Ley Procesal contiene, ni tampoco lo sea la forma dubitativa en la argumentación jurídica, ni admisibles los motivos sostenidos en forma condicional o hipotética, ni los formulados con vaguedad notoria.

CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: Debe ser excluido por inviable el motivo, que se acoge al ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, referido en este caso al error de hecho en la apreciación de las pruebas, pues se formula en forma dubitativa, "por si se estimare que el criterio de la Sala de instancia acerca de la buena fe de los compradores de las fincas no cabe impugnarlo sino por la vía del error", formulando este motivo acusándose el de hecho, porque incumbe a la parte recurrente, y no a este Tribunal, afirmar la existencia del error y encauzar el motivo adecuadamente, sin recurrir para ello a hipótesis o vaguedades improcedentes.

CASACIÓN: ARTÍCULO 4.º C. C.: EFICACIA A EFECTOS DEL RECURSO: Esta Sala tiene reiteradamente declarado que el mentado artículo 4.º C. c. se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, lo que restringe mucho su eficacia a efectos de casación, y que, para apreciar la existencia de la infracción de este artículo es preciso que se citen concretamente, los preceptos legales vulnerados.

MANDATO: RENUNCIA: CARACTERES: La renuncia de la mandataria, que la parte recurrente presupone, no es explícita, clara y terminante cual exige la reiterada jurisprudencia de esta Sala.

AUSENCIA LEGAL: VICIO EN EL EXPEDIENTE: NO AFECTA A LOS TERCEROS CONTRATANTES: El vicio de un expediente tal (de ausencia legal), no puede afectar a la parte que ninguna intervención tuvo en él, y que contrató sobre la base de un acuerdo judicial que tenía todos los caracteres de legitimidad, y lo

cierto es que la autorización se concedió y que, en cuanto esté dentro de sus límites, ampara a quienes, fiados en un acto jurisdiccional, cuyos fundamentos ni podían ni tenían para qué discutir, contrataron ante notario y con la formalidad de la escritura pública.

RECURSO DE CASACIÓN: CONTRA EL FALLO: *El recurso de casación se da contra el fallo y no contra los considerandos si éstos no constituyen premisa obligada o antecedente necesario de la parte dispositiva, siendo preciso que ésta sólo se justifique por los fundamentos impugnados. [S. de 25 de febrero de 1967; no ha lugar.]*

12. RECURSO DE REVISIÓN: CARACTERES: CAUSAS: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: *Como tiene declarado reiteradamente esta Sala, el llamado por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil recurso de revisión tiene un carácter extraordinario y excepcional, en cuanto contraría el principio, casi absoluto, de irrevocabilidad e inmutabilidad del fallo previamente dictado, y se opone al respeto debido a la cosa juzgada, por lo que tan excepcional recurso sólo puede utilizarse cuando realmente se funde en alguna de las causas taxativas y exhaustivamente previstas en el artículo 1.796 de la antes mentada Ley Procesal Civil, sin que en modo alguno pueda constituir un medio que autorice a los litigantes para promover un nuevo examen de las cuestiones planteadas y discutidas en un anterior juicio, ni sirva para suplir la negligencia probatoria de las partes, debiendo señalarse, además, que las mismas causas de revisión comprendidas en el mencionado artículo, dada la especial índole de este recurso extraordinario, tienen que ser interpretadas con criterio restrictivo, en bien de la seguridad jurídica, sin que quepa extenderlas a casos no especificados en dicho precepto legal, requiriéndose, además, una prueba plena y eficaz, de tal suerte que no se produzca duda alguna acerca de la procedencia de los motivos en que se funde la revisión.*

RECURSO DE REVISIÓN: CUASA 1.ª: RECUPERACIÓN DE DOCUMENTOS DECISIVOS: *En el caso presente no se cumplen los requisitos exigidos por el núm. 1.º del artículo 1.796 LEC, en orden a la revisión que se interesa, pues debe destacarse que la escritura particional en que los recurrentes se fundan estaba incorporada a un protocolo notarial y, por consiguiente, a disposición de parte interesada desde la fecha de su protocolización.*

RECURSO DE REVISIÓN: CAUSA 4.ª: MAQUINACIÓN FRAUDULENTE: PRUEBA: *Falta toda prueba acerca de la confabulación, y esa supuesta maquinación sólo la fundan los recurrentes en simples e inconsistentes suposiciones, por lo que, de conformidad con la reiterada doctrina de esta Sala, el recurso de revisión no puede prosperar. [S. de 6 de abril de 1967; no ha lugar.]*

VIII. Colaboración a cargo de Antonio M. MORALES MORENO

1. USUCAPIÓN: CARÁCTER PÚBLICO DE LA POSESIÓN: *No es pública la posesión que se realiza por actos clandestinos (art. 444 C. c.), es decir, por actos ejecuta-*

dos a espaldas del dueño de la cosa, a fin de que no puedan llegar a conocimiento del mismo y así preste o deje de prestar su aquiescencia.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA: *No existe si los Tribunales, al amparo del aforismo "iura novit curia", se apoyan al razonar sus decisiones en leyes y doctrinas legales no alegadas por los litigantes, sobre la base de no apartarse de la sustancia de las alegaciones de las partes; ello es debido a que la función de aplicar la norma pertinente es privativa del juzgador. [S. de 29 de noviembre de 1968; no ha lugar.]*

Los actores habían adquirido en 1941 una finca urbana, junto con la cual se venía poseyendo una franja de terreno, situada en su extremo lateral derecho, en el límite con la finca contigua. A ella se tenía acceso a través del patio de la finca adquirida. Desde la fecha de la referida adquisición se continuó utilizando la franja discutida por los adquirentes, no produciéndose por tal motivo ninguna reclamación. Al pasar el inmueble contiguo, por venta, a un nuevo propietario, éste procedió a la demolición del muro de separación de la franja con su propiedad y a la edificación de un edificio de varias plantas, que llegaba a ocupar el terreno litigioso. Este comportamiento motivó, además de dos interdictos, la incoación del actual litigio, en el cual el Tribunal "a quo" atribuyó la propiedad del espacio debatido al actor, en base a la usucapión.

2. INTERRUPTIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN POR ACTO DE CONCILIACIÓN: CÓMPUTO DEL PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA: *El plazo de dos meses que señala el artículo 479 LEC, dentro del cual habrá de interponerse la demanda para que el acto de conciliación surta el efecto interruptivo de la prescripción, ha de computarse según el artículo 305 de la LEC. En consecuencia, si tal plazo concluyese en domingo u otro día inhábil se entenderá prorrogado al siguiente día hábil. [S. de 25 de junio de 1968; ha lugar.]*

En la póliza de un contrato de seguro aparecía la siguiente cláusula: "Toda acción del asegurado o de sus causahabientes prescribe dentro del plazo de un año desde la fecha de la comunicación escrita de la Compañía denegando el siniestro". Ocurrido éste y denegada la indemnización (carta 8, junio 1963), se demanda de conciliación a la Compañía, celebrándose el acto el 29 de abril de 1964, tras el cual se interpuso demanda reclamatoria en 30 de junio de 1964.

Si se tiene en cuenta que el día 28 de junio del año 1964 fue domingo y el 29 inhábil, tiene enorme importancia la aplicación al caso del artículo 305 LEC, pues del mismo resulta la posibilidad de engarzar el efecto interruptivo del acto de conciliación con la demanda interpuesta en 30 de junio, fecha en la que precisamente terminaría el plazo de los dos meses. El Tribunal "a quo" no fue de este parecer; estimó, por el contrario, que el acto de conciliación no llegó a interrumpir la prescripción.

El Tribunal Supremo, que casa la sentencia, razona así la violación del artículo 305 LEC: La regla contenida en el artículo 305 "no puede entenderse abrogada por el C. c. [art. 7], pues a ello obsta el principio *lex posterior generalis non derogat anterior speciali*, como, sobre todo, porque al no

prever el artículo del Código civil el supuesto contemplado en el párrafo segundo del 305 de la Ley procesal; esto es, que el último día de un plazo señalado por meses concluya en domingo u otro día inhábil no puede estimarse derogado el segundo por la Ley anterior [anteriormente citada], por no existir contradicción e incompatibilidad entre ellos". Además, el párrafo segundo del artículo 305 se refiere a los términos judiciales, entre los cuales se encuentra el que arranca del acto de conciliación, por tener su origen o punto de partida en un acto procedimental.

3. USUCAPIÓN: JUSTO TÍTULO: *La falta de titularidad del transmitente no determina la nulidad de la compraventa, ni priva al adquirente de la posibilidad de usucapir el objeto del contrato celebrado en semejantes condiciones.*

USUCAPIÓN: BUENA FE: *Debe existir durante todo el tiempo que dure la usucapición, y aunque no sea apreciable en el prescribiente que tuvo conocimiento de la inscripción de la finca a nombre de otro, si lo es en el caso por estar la finca doblemente inmatriculada.*

INTERRUPCIÓN DE POSESIÓN: *No interrumpe la posesión "ad usucapionem" la perturbación posesoria que no dura un año y día (art. 460, 1.º y 4.º, y 1.944 C. c.), por haber sido cortada a través de la interposición, con éxito, de la acción interdictal.*

CONGRUENCIA: *La necesaria congruencia del fallo obliga a los tribunales a concordar sus decisiones con las cuestiones de facto y de iure sometidas a su conocimiento, sin que les sea lícito alterar el problema controvertido ni sustituirlo por otro distinto, estimando excepciones no admitidas.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO PARA CASAR: *No son documentos auténticos para casar: los que fueron objeto de examen e interpretación por el Tribunal a quo (S. 26 febrero de 1954 y 6 noviembre de 1962); los que contienen sólo manifestaciones de un testigo, obtenidas extrajudicialmente por algún litigante (Año 26 enero de 1894 y S. 13 febrero de 1917), y los que se contraen a emitir informaciones de las Autoridades por noticias que han recibido (25 de noviembre de 1897), máxime si no demuestran de forma evidente y sin necesidad de acudir a deducciones lo contrario de lo afirmado por la Sala. [S. 22 de enero de 1969; no ha lugar.]*

El solar sobre el que versa el litigio aparecía doblemente inmatriculado en el Registro de la Propiedad a favor de dos sociedades inmobiliarias, que, para entendernos, denominaremos A y B. La sociedad A. lo adquirió el 12 julio 1944 del titular registral, causando su adquisición una nueva inscripción en el Registro. Notemos que la primera inscripción, que distaba de ésta varias intermedias, se había producido, al parecer, por expediente posesorio, en base a una adquisición "a non domino". En 9 noviembre 1949, la sociedad A. transmitió la finca a un tercero, el cual, a los pocos días.

de su adquisición, fue perturbado en la posesión por unos obreros, que por orden de la sociedad B. procedieron a dividir el solar con una valla. Estos hechos dieron lugar a la revocación del contrato por mutuo consentimiento. Por su parte, la sociedad B. había comprado un solar a otro titular registral, solar que se introducía en el de la sociedad A.; de ahí que procediera a vallarlo.

Este comportamiento perturbador de la posesión determinó la interposición de un interdicto por la sociedad A., que fue fallado a su favor. Esta entidad, con posterioridad, realizó operaciones de segregación, permuta y agrupación con las consiguientes inscripciones registrales; y en 1966 interpuso demanda declarativa del dominio, estimada en segunda instancia, en base a la usucapión ordinaria. El T. S. no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la sociedad B. y sus causantes.

Los principales argumentos jurídicos esgrimidos por la sociedad B. en el recurso de casación pretendían desvirtuar la usucapión ordinaria, en sus diversos requisitos, demostrando que el recurrido no tenía ni justo título ni buena fe, y que, además, la posesión fue interrumpida al ser colocadas las vallas. La ausencia de justo título se razona así: Las sucesivas inscripciones registrales que precedían a la practicada a favor de la sociedad A., traían su origen de una adquisición de la finca "a no domino", que fue la que precisamente determinó su inmatriculación. Por no ser dueño el transmitente, razona el recurrente, no pudo existir en tal contrato ni consentimiento, ni objeto, ni causa. Es nulo, añade, porque la cosa no era del vendedor, y carece, por tanto, de objeto (arts. 1.261, 1.262 C. c.; S. 1 junio 1948). Esta nulidad, concluye, no se convalida por la inscripción (art. 33 L. H.), y afecta a las sucesivas transmisiones, sin que pueda prescribir la acción de nulidad. Concluyendo, no hay justo título, porque el justo título ha de ser verdadero y válido, y la validez implica que no sea nulo ni anulable (S. 23 octubre 1954, 4 julio 1963 y 20 mayo 1929).

En cuanto a la buena fe, el recurrente argumenta que ésta ha de ser constante durante todo el tiempo de usucapión (S. 26 diciembre 1910, 25 enero 1945 y 28 marzo 1951), y en este caso, aunque la sociedad A. estuviese en buena fe en el momento de su adquisición dejó de estarlo al conocer los actos posesorios realizados en 1949 por la sociedad B., el título de propiedad que ésta aportó al interdicto y la doble inmatriculación (art. 435 C. c. y S. 28 junio 1941, 5 noviembre 1956, 10 abril 1957, 10 julio 1958, 24 febrero 1958, 11 mayo 1952), actos que acreditan que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.

El Tribunal Supremo no da lugar al recurso, aplicando la doctrina que al comienzo se ha extractado; entiende que hubo justo título, pues la existencia de un vicio originario en la facultad de disponer del transmitente no invalida los derechos adquiridos al amparo del artículo 1.445 por el comprador de buena fe (S. T. S. 30 marzo 1943 y 4 julio 1963), ni priva de la posibilidad de usucapir el objeto del contrato, celebrado en semejantes condiciones. También aprecia buena fe en la sociedad A., recurrida, pues aunque sea cierto que la buena fe debe subsistir durante todo el tiempo de la usucapión (art. 1.957 C. c. y S. 25 enero 1945, y aunque la misma

no sea apreciable en el prescribiente que tuvo conocimiento de la inscripción de la propiedad a nombre de otro (S. 26 noviembre 1910 y 28 marzo 1961), también es cierto que la doble inmatriculación que a favor de recurrente y recurrido se da en el caso, hace que quiebren los principios de publicidad y legitimación (S. 17 junio 1963), impide dilucidar el título prevalente según el registro y calificar de mala fe a la posesión que el otro determina. Se aplica, por tanto, la presunción general de buena fe (arts. 1.950, 434, 436 C. c.; S. 17 junio 1898 y 25 junio 1918). Esta apreciación de la buena fe queda sometida a la soberanía de los Tribunales de instancia (S. 26 junio 1912 y 3 febrero 1955).

Importa también resaltar que el recurso de casación interpuesto por la sociedad B. no fue admitido por el Tribunal Supremo por Auto de 3 julio 1968, porque el poder que aportó el procurador autorizaba para interponer recursos de casación, pero había sido concedido por el consejero delegado de la sociedad sin estar facultado para otorgar semejante potestad. Se tiene en cuenta la doctrina expresada por el T. S. en los autos de 21 noviembre 1964, 19 enero y 9 diciembre 1965, 23 diciembre 1966, 2 febrero y 3 y 7 junio y 24 octubre 1967, 9, 10, 13 y 19 enero y 7 y 26 marzo 1968, así como los artículos 76 y 78 L. Soc. Anón., el artículo 166 Reg. Notarial y el Principio General de Derecho "Nemo dat quod non habet" (S. 24 noviembre 1887 y 7 enero 1960, y Auto 29 abril 1963). Por todo ello se incurre en la causa de inadmisión del recurso de casación expresada en el artículo 1.729, núm. 2, LEC.

4. SUCESIÓN EN LA POSESIÓN: *Aunque no pueda considerarse poseedor en concepto de dueño al nudo propietario que al mismo tiempo es arrendatario de la finca, si le aprovecha, por virtud de la sucesión, la posesión en concepto de dueño que correspondía a la usufructuaria causante del mismo.* [S. de 30 de mayo de 1968; ha lugar.]

Por efecto de una disposición testamentaria la nuda propiedad y el usufructo del bien litigioso recayeron en personas distintas, recibiendo además el nudo propietario a la cosa en arrendamiento. En el recurso de casación interpuesto por éste, frente a la sentencia de la Audiencia que no había estimado su acción declarativa del dominio, subsidiariamente basada en la usucapción, el Tribunal Supremo casa la sentencia, "habida cuenta que si bien es cierto que la posesión arrendaticia que tenía no es computable a efectos de usucapir, por faltar el ánimo dominical, no es menos cierto que en tal interregno tal posesión en concepto de dueño corresponda a la arrendadora, y como al fallecer ésta pasó el usufructo a los nudos propietarios que consolidaron el pleno dominio, y al ser también sus herederos adquirieron por sucesión la posesión ganada por su causante".

5. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN POR ACTO DE CONCILIACIÓN: *La interrupción de la prescripción extintiva se produce con el ejercicio de la acción ante los tribunales (art. 1.973 C. c.) y, por tanto, desde la presentación de la papeleta de conciliación, sin que sea necesario esperar a la celebración del acto.*

INICIACIÓN DEL CÓMPUTO DEL TIEMPO DE PRESCRIPCIÓN: *El día que la ley refiere el inicio del cómputo de la prescripción extintiva debe ser considerado de veinticuatro horas (art. 7 C. c.), y, por tanto, comienza el cómputo desde el siguiente a aquel en se produjo el hecho potenciador de su ejercicio (art. 1.130 C. c.).*

EFFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO SOBRE LA PRESCRIPCIÓN: *Presentada la demanda dentro de dos meses de la celebración del acto de conciliación, éste produce la interrupción de la prescripción, incluso si se ha obtenido la suspensión del juicio, sin perjuicio de que en tal caso se inicie, de nuevo, el plazo prescriptivo. [S. de 16 de noviembre de 1968; no ha lugar.]*

6. **PREARIO:** *No existe precario cuando al recibir un préstamo en dinero se entrega una casa para ser habitada por el prestamista y quien con él convive, como contraprestación a los intereses del préstamo, aunque por encontrarse el prestamista en rebeldía (lo cual no implica allanamiento) se siga el juicio de desahucio contra el otro ocupante de la vivienda que no prestó la cantidad, pues la cesión de la casa se hizo a ambos, para su habitación, y por ello a ambos también alcanza la razón de su ocupación. [S. de 17 de enero de 1969; no ha lugar.]*

7. **POSEEDOR DE MALA FE: GASTOS DE CULTIVO:** *Los gastos hechos para la producción de los frutos deben ser abonados incluso al poseedor de mala fe, pues deben ser considerados gastos necesarios para la conservación de la cosa y lo exige la norma que veta el enriquecimiento injusto en perjuicio de tercero. [S. de 4 de abril de 1968; ha lugar.]*

Se consideran gastos necesarios a aquellos que se hayan provocado con ocasión de la producción de los frutos, en armonía con el criterio de la Sentencia de 28 de febrero 1968, porque la conservación de la cosa se entiende como acepción dinámica "que asegure o garantice su productividad para el futuro... en armonía con el fin económico social que la riqueza debe cumplir", que quedaría lesionado de no ponerla en cultivo.

8. **PREARIO:** *No existe precario cuando hay fundamento para apreciar que la ocupación de la finca no implica mera ocupación de la misma por tolerancia y sin contraprestación. [S. de 27 de noviembre de 1968; ha lugar.]*

Los hechos que hacen dudar de la condición de precarista y que motivan la estimación del recurso son: El pago de la contribución urbana a nombre del demandado hasta fecha posterior a la demanda; el abono de las primas de la póliza de seguros hasta 1965; de la cuota de la Cámara de la Propiedad Urbana; del arbitrio municipal y de los vencimientos de intereses del préstamo hipotecario que grava la finca.

Se considera al precario: "Ocupación sin título, o en virtud de un título nulo o que haya perdido su validez, es decir, una mera ocupación tolerada y sin contraprestación".

9. **EXCEPCIÓN DE "LITIS PENDENTIA":** *La excepción de "litis pendentia" exige que, ante Juez o Tribunal competente, se haya promovido anteriormente un litigio, con traslado de la demanda, litigio que deberá ser de naturaleza*

análoga y sobre la misma cuestión que aquel en que se intenta hacer valer.
[S. de 3 de febrero de 1968; no ha lugar.]

Se celebraron dos contratos de préstamo, con intereses del 6,5 por 100 y 7,5 por 100, a los que se añadió otro laboral, de carácter simulado, por el cual el prestamista recibiría unas cantidades, en pago de supuestos servicios; así se lograban encubrir unos intereses que alcanzaban el 20 por 100. Admitida la demanda de nulidad de los dos contratos de préstamo, como usurarios, al poco tiempo el demandado reclama el pago de los supuestos servicios prestados, por la vía laboral; la Magistratura de Trabajo se declaró incompetente por falta de Jurisdicción. Amparándose en esta misma reclamación, plantea el recurso de casación contra la sentencia declaratoria de nulidad y alega la excepción de "litis pendentia", sin que el Tribunal Supremo dé lugar al mismo.

La «exceptio rei in iudicatum deductae», según entiende el Tribunal Supremo, exige la previa existencia (Ss. 22 enero 1958 y 28 octubre 1959) de otro proceso de naturaleza análoga (Ss. 30 abril y 20 diciembre 1960), promovido ante Juez o Tribunal competente (S. 18 diciembre 1957), sobre la misma cuestión debatida en segundo término (Ss. 19 junio 1914 y 17 febrero 1950) y con idéntica "causa petendi". Tal litigio, que en el presente caso sólo se intentó posteriormente, no puede decirse que surja con la presentación de la demanda, por más que el artículo 524 LEC diga literalmente: "El juicio ordinario principiará por la demanda". Es el emplazamiento del demandado el que, al igual que en nuestro Derecho histórico constituía "rayz e comienzo de todo pleyto" (proemio, tit. VII, P. III), crea el genuino litigio" (v. Ss. 19 junio 1914, 17 febrero 1950 y la reseñada). En efecto, la demanda, según afirma el propio Tribunal Supremo, no goza de otro significado que el de exteriorizar una manifestación unilateral de voluntad dirigida a impulsar la puesta en marcha de los tribunales" (v. Ss. 4 noviembre 1948 y 20 junio 1949). El emplazamiento origina la mayor parte de los litigios, "como acto que hace público el contenido de las pretensiones ejercitadas y que las da a conocer a los otros litigantes, convirtiéndolas en intangibles, y en inmutable la posición que ellos ocupan, aun cuando se traduzca en una situación de rebeldía" (art. 527 LEC). Después de él se atribuye carácter litigioso a determinados contratos (art. 1.291 C. c.; S. 25 enero 1913) y créditos (art. 1.535, II). De otorgarse otro alcance a la demanda, "quedaría al arbitrio del contendiente que lograrse ocultar la existencia de una demanda por él presentada la facultad de paralizar un futuro litigio en que ostentase la condición de demandado", lo que se opone al apotegma: "Aequitas in iudiciis inter litigantes servanda est".

Hay, sin embargo, supuestos anómalos en que la presentación de la demanda provoca ciertos efectos jurídicos (arts. 1.100, 1.109, 1.973 C. c.; 63, 2.º y 944 C. de c.).

IX. Colaboración a cargo de José PERE RALUY

1. TERCERO HIPOTECARIO: *No puede ostentar la condición de tercero hipotecario aquel cuyo conocimiento de la situación extratabular del inmueble, necesariamente deriva de las mismas circunstancias que la Sala de instancia tuvo para negársela a sus colindantes, por constar parte de ellas en el asiento provocado por éstos en la Oficina inmobiliaria y ponerlas de manifiesto el propio documento inscrito, o exteriorizarse en otros Registros de carácter público, como el Catálogo de Montes.*

USUCAPIÓN CONTRA TABULAS: *La prohibición de usucapir "contra tabulas"*

a que se refiere el artículo 36 de la L. H. es inoperante frente a los titulares registrales que carezcan de la condición de tercero hipotecario. Una prescripción extraordinaria consumada en 1948 no puede destruirse por una *possessio de facto* de año y día obtenida después, en 1955, y dejada sin efecto por orden judicial en 1963, con las consecuencias previstas en el número 3 del artículo 1.946 del C. c. Los artículos 13 y 32 de la Ley Hipotecaria resultan inaplicables, cuando no se trata de hacer valer un título no inscrito frente a un asiento registral, sino de demostrar la existencia de un derecho inmemorial adquirido por usucapión.

PRESUNCIÓN IURIS TANTUM DEL ARTÍCULO 38 DE LA L. H.: La presunción "iuris tantum" que consagra el artículo 38 de la Ley Hipotecaria puede ser destruida por declaración expresa de los Tribunales.

CASACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: Debe rechazarse el planteamiento, en el recurso de casación, de cuestiones nuevas, no propuestas en la instancia. [S. de 31 de marzo de 1969; no ha lugar.]

2. INTERPRETACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS: FACULTADES DE LOS ÓRGANOS DE INSTANCIA Y DEL T. S.: Es doctrina reiterada de la Sala I que la interpretación del contenido clausular de los negocios jurídicos es privativa del Tribunal de instancia y debe ser respetado mientras resulte lógico y no desorbitado el texto interpretado por exégesis atentatorias a la letra y espíritu del mismo. [S. 18 de febrero de 1969; no ha lugar.]

NOTA.—El recurrente, frente al criterio interpretativo de la Sala de instancia, había sostenido que la cláusula contractual por la que se preveía que "el local de negocio que se alquila se destina a muebles", suponía una autorización al arrendatario para dedicar el local a cualquier función relacionada con muebles, ya se tratara de fabricación, venta o almacenaje y, por tanto, que la circunstancia de que el local se destinara inicialmente a venta de muebles y luego a almacén de los mismos, no suponía causa de denegatoria de prórroga por cierre, interpretación que la Sala I del T. S. rechaza, por dar preferencia a la de la Sala de instancia.

3. CALIFICACIÓN DE CONTRATO: EXTINCIÓN DE SOCIEDAD Y CONSTITUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: INCOMPATIBILIDAD CONTRACTUAL: Si un primer convenio estableció la existencia de una sociedad civil entre ambos litigantes, que se unieron para explotar en común una industria propiedad de uno de ellos, partiendo entre los mismos las ganancias, y en un segundo contrato se cedió a uno de los litigantes la total posesión y explotación del negocio por una renta fija, o sea, mediante un arrendamiento que, en ningún caso, puede ser de la sociedad a dicho litigante, en cuanto éste ya no tiene participación en las pérdidas o ganancias de la sociedad y se limita a pagar las rentas pactadas, es evidente que ambos contratos son incompatibles y que el primero se extinguió por novación conforme al artículo 1.204 C. c. [S. de 18 de abril de 1969; no ha lugar.]

4. CALIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS: Los contratos son lo que son conforme

a lo que resulta de su propio y esencial contenido y de la intención real de los contratantes, que debe prevalecer cuando se advierta desamonia entre aquélla y los términos gramaticales que puedan emplearse.

ARRIENDO DE INDUSTRIA O DE LOCAL DE NEGOCIO: *El extremo referido a si un arriendo es de industria o de local de negocio no es una afirmación fáctica que pueda ser objeto de confesión judicial, sino que constituye una apreciación jurídica que tiene que ser deducida de hechos sobre los cuales pueda ser interrogada la otra parte, por lo que no vincula al Tribunal la contestación afirmativa a una posición referida a tal extremo. No desvirtúa la calificación de local de negocio el que en el inventario de muebles y efectos de que se hace cargo el arrendatario se incluyan elementos fijos integrantes o accesorios del local y dos mesas de mármol, dos vitrinas y tres mesas de madera y mármol, con los que sería imposible el funcionamiento de la industria de café, dada la extensión del local. [S. de 22 de marzo de 1969; no na lugar.]*

5. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: ARRENDAMIENTO DE LOCAL CON ACCESORIOS: *El objeto del arriendo de industria es un complejo o universalidad de elementos materiales concertados y adecuados entre sí, destinado a uso industrial y apto para funcionar inmediatamente; es decir, un todo organizado para la realización de una finalidad productiva o de su fin económico, organización que constituye una entidad compleja integrada por enseres, maquinaria y local y una organización, que forman un todo orgánico para una actividad industrial. Para distinguir el arrendamiento de industria del de locales destinados por el arrendatario a establecimiento de su propio negocio o industria, cuando tales locales cuentan con instalaciones aptas para la explotación de la industria o negocio, se tendrá en cuenta la definición del arrendamiento de industria contenida en el párrafo 1.º del artículo 3 de la LAU y la norma hermenéutica incorporada al párrafo 2.º del mismo artículo; el sentido de esta singularísima regla interpretativa no es otra que el de someter al régimen de la LAU los supuestos en que el arrendador cede el uso o disfrute de locales de negocio juntamente con otros elementos que, por muy importantes que sean, están faltos de una organización industrial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada, lo que sucederá cuando se trate de enseres o elementos desarticulados e inertes, o inconexos, y de valor independiente o insuficientes y no debidamente coordinados, no aptos por sí solos para una finalidad industrial, aunque susceptibles de ser utilizados en unión de otros, que el arrendatario aporta y organiza, para instalar en el local arrendado un negocio o industria que él crea y que al celebrarse no existía. Si lo que el arrendador cede es variedad de elementos debidamente organizados y aptos para obtener inmediatamente un producto económico, se estará en presencia de una unidad patrimonial con vida propia, constitutiva de arrendamiento de industria, y si lo cedido por el arrendador es sólo el goce o uso de un edificio o local en el que va a instalar el arrendatario su propia industria, el arrendamiento será meramente de local de negocio, sin que este concepto quede desvirtuado*

porque con el local se cedan otros elementos desarticulados y no aptos para rendir un producto mercantil. [S. de 10 de marzo de 1969; no ha lugar.]

6. ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: Se ajusta a las reglas legales de hermenéutica la sentencia de instancia que califica a un arriendo de temporada teniendo en cuenta: la coincidencia de las temporadas en él concretadas con las de la duración de la explotación industrial y la claridad y precisión de las expresiones gramaticales empleadas por los contratantes y que estimó que no se oponía a la calificación del arriendo como de temporada, la circunstancia de que el arrendatario conservase en su poder las llaves de la finca durante las épocas en que la industria no estaba abierta al público ni la de que durante esas épocas se realizasen obras de reparación o mejora. [S. de 21 de abril de 1969; no ha lugar.]

7. ANALOGÍA: DERECHO DE RETORNO TRAS REEDIFICACIÓN: LEGISLACIÓN DE SOLARES: No es aplicable por vía de analogía el derecho de retorno establecido en la LAU, a una finca incluida en el Registro Municipal de Solares.

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: Si en la instancia no se trató un determinado tema, no puede enjuiciarse el mismo en la fase del recurso de injusticia notoria. [S. de 28 de febrero de 1969; no ha lugar.]

8. LAU: LEGISLACIÓN DE SOLARES: No procede extender y aplicar normas de la LAU al caso litigioso, que está fuera de su ámbito, al incorporarse —la finca— al Registro de Solares.

CUESTIONES NUEVAS: El tema de analogía, por ser nuevo en el recurso, ya que no fue alegado ni debatido en la instancia, no puede prosperar en la fase de injusticia notoria. [S. de 4 de marzo de 1969; no ha lugar.]

9. ANALOGÍA: CAUSA SEGUNDA DE DENEGACIÓN DE PRÓRROGA Y LEGISLACIÓN DE SOLARES: Es clara la improcedencia de la aplicación analógica de las normas sobre denegación de prórroga para derribo y reedificación a una finca sometida al régimen de la Ley del Suelo y Ordenación de Solares, ya que no puede aplicarse a un supuesto regido por un sistema jurídico determinado, los principios que sirven de fundamento a un sistema jurídico distinto, como ocurre en el caso citado, en que las materias pertenecen a distintos campos del Derecho: el administrativo y el civil.

COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO: Es correcta la tesis de que la competencia y el procedimiento se determinan por la naturaleza de la acción ejercitada, aunque ello no implica la existencia y efectividad del derecho invocado si no concurren los supuestos de hecho a los que la Ley invocada lo condiciona. [S. de 22 de marzo de 1969; no ha lugar.]

10. ANALOGÍA: RIGOR EN SU APLICACIÓN: Si bien la analogía es admisible en derecho y hasta ha sido considerada, por algunos, como verdadera fuente del mismo, es indudable el rigor que su aplicación impone, sea cualquiera la forma en que se invoque —a pari, a fortiori o a contrarii—, para que la norma jurídica no sea extendida en forma arbitraria a casos que notoriamente

no están incluidos en ella. No cabe aplicar por analogía la norma del artículo 82 de la LAU a un supuesto basado en un compromiso, por virtud del cual una de las partes provisionalmente pasaba a ocupar una vivienda y asumía el compromiso de abandonarla tan pronto le fuera facilitado otra por la otra parte y fuera requerida para ello, ya que esta última es hipótesis totalmente distinta de la derivada de la causa de denegación de prórroga para derribo y reedificación.

ACCIÓN RESOLUTORIA DERIVADA DEL ART. 1.124 DEL C. c.: *Si la acción resolutoria dimanante de este artículo sólo puede ejercitarla quien cumple sus obligaciones, al hallarse en tela de juicio la conducta del actor al respecto—que da como probado lo que tendría que acreditar y sin posibilidad de hacer sobre ello una declaración no solicitada como debió serlo con carácter preferente—no resulta violado el artículo 1.124 del C. c. al desestimarse la acción basada en tal precepto.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Si el recurrente no concreta la afirmación o negación de la Sala, ni se cuida de señalar documento o acto alguno que por su carácter de auténtico evidencie la equivocación que trata de denunciarse, se hace inviable por tal defecto formal el recurso planteado. [S. de 19 de febrero de 1969; no ha lugar.]*

11. ANALOGÍA EN LA LAU: *La aplicación de la analogía prevista en el artículo 8 de la LAU se da en el supuesto de un caso litigioso que, referido a materia arrendaticia, no aparezca expresamente prescrito en la LAU.*

IMPUGNACIÓN DE ENAJENACIÓN DE VIVIENDA POR PRECIO EXCESIVO EN RELACIÓN A LA CAPITALIZACIÓN: *No es aplicable a tal impugnación la doctrina sobre interrupción del plazo prescriptivo que rige para el retracto, ya que el texto legal establece el plazo de caducidad de sesenta días y no presenta laguna u omisión que justifique interpretaciones analógicas. [S. de 25 de febrero de 1969; no ha lugar.]*

12. ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE DE LEY: LAU: *El artículo 9 de la LAU ha acogido no sólo el principio de abuso de derecho, ya regulado en la LAU anterior, sino que ha dado entrada en la misma a los principios de buena fe y fraude de ley, por lo que ya se considere a cada uno de ellos como institución distinta o se les estime como facetas diferentes de la misma, la finalidad de ellos es idéntica: impedir que el texto literal de la ley pueda ser eficazmente utilizado para amparar actos contrarios a la realización de la justicia, o lo que es igual, que frente al contenido ético y espíritu objetivo de la norma legal no prevalezcan las maniobras tendentes a lograr un resultado opuesto al perseguido por ella.*

SELECCIÓN DE VIVIENDA EN LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DIVISIÓN HORIZONTAL DE INMUEBLE PARA BURLAR FRAUDULENTAMENTE EL ORDEN DE SELECCIÓN: *El sistema de producción del fraude normalmente se integra en un proceso*

de dos o más actos, que si bien aisladamente son correctos, en cambio, combinados, resultan contrarios a lo querido por la Ley. La división horizontal y la permuta son lícitos, pero si se utilizan para burlar las normas que imponen un determinado orden de selección en la denegación de prórroga por necesidad, no puede tolerarse que se produzca este resultado o consecuencia, ya que con ello quedaría burlado el derecho a la prórroga forzosa que la ley otorga al inquilino. El régimen de selección es una pieza clave para la estabilidad de los arriendos y no puede quedar a merced de arbitrarias y unilaterales decisiones. [S. de 21 de febrero de 1969; no ha lugar.]

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICACIÓN: REQUERIMIENTO DENEGATORIO: AUTORIZACIÓN GUBERNATIVA RECURRIDA: *La autorización gubernativa de demolición, por el simple hecho de su otorgamiento, constituye presupuesto para que el arrendador pueda ejercitar su derecho a denegar la prórroga, sin que la eficacia de la notificación denegatoria pueda quedar afectada por el hecho de haberse interpuesto recursos en vía administrativa o contencioso-administrativa contra la autorización gubernativa de demolición, y sin que haya que deferir el requerimiento denegatorio de prórroga a momento posterior a la firmeza de la resolución gubernativa en el caso de que ésta haya sido recurrida.*

PÉRDIDA DEL DERECHO DE REOCUPACIÓN POR EL ARRENDATARIO QUE NO DESALOJA LA COSA ARRENDADA EN EL PLAZO LEGAL: *Transcurrido con exceso el plazo de preaviso sin que los demandados hayan desalojado el local, es claro que, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, han perdido su derecho de opción, convirtiendo, por su voluntad, la excepción a la prórroga en causa de resolución del contrato de arrendamiento.* [S. de 9 de abril de 1969; ha lugar.]

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR: RECURSOS CONTRA LA AUTORIZACIÓN GUBERNATIVA DE DEMOLICIÓN: PLAZO DE DESALOJO: *La suspensión del acuerdo gubernativo de demolición, decretada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, no afecta ni trasciende al plazo de preaviso del artículo 78 de la LAU, el cual no puede quedar suspendido o privado de virtualidad por decisiones de la jurisdicción contencioso-administrativa. La resolución del Gobernador civil autorizando el derribo de la finca lleva en sí plena eficacia para que pueda entablarse la acción ante los Tribunales. Toda reclamación formulada contra el acuerdo del Gobernador en la vía administrativa no puede producir efecto alguno en el procedimiento arrendaticio.* [S. de 21 de febrero de 1969; ha lugar.]

15. RESOLUCIÓN POR DERRIBO PARA REEDIFICAR: IMPUGNACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN GUBERNATIVA: *El recto sentido de los artículos 78 y siguientes de la LAU no permite estimar la oposición judicial a la declaración de derribo del Gobernador, por falta de extensión o condiciones en la finca a reservar, que sólo pueden conocerse en el momento de ofrecerse por la propiedad, pues para defender de tales defectos al arrendatario, ya previene la Ley lo que ha de hacerse, cuando aquéllos se han producido, en los artículos 85 y*

siguientes, por lo que el arrendatario no puede impugnar en vía judicial la resolución del Gobernador autorizando el derribo y reconstrucción sobre supuestas faltas de fondo o forma del procedimiento seguido ante el mismo, lo que equivaldría a admitir y decidir recurso judicial contra su resolución. La resolución del Gobernador, según terminante precepto legal, no es susceptible de ulterior recurso, y si el legislador hubiera otorgado alguna facultad revisoria de la autoridad gubernativa no se confiaría a la jurisdicción civil y sí a la contencioso-administrativa.

DERECHO DE RETORNO: PÉRDIDA POR NO DESALOJO EN TIEMPO OPORTUNO: *El incumplimiento por el arrendatario de la obligación contraída de desalojar el local para facilitar la realización de las obras, da derecho al propietario, al amparo de la LAU y del artículo 1.124 del C. c., a pedir y obtener la resolución contractual, pues como recíproca contraprestación le correspondía al arrendatario la ineludible obligación de dejar libre y vacuo el local dentro del año, y al no cumplirlo convirtió, por su voluntad, la excepción a la prórroga en causa de resolución del contrato de arrendamiento. [S. de 8 de marzo de 1969; no ha lugar.]*

16. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR CIERRE: JUSTAS CAUSAS: *No constituye justa causa del cierre la espera por el arrendatario de la oportunidad de traspasar, especulando con un local ajeno, lo que no tiene protección legal, ni la merece.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: CITA DE NORMAS Y CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *Constituye defecto formal la no expresión de la causa del artículo 136 de la LAU a que se acoge el recurso y la falta de referencia al concepto de la infracción, la no especificación de si el error es de derecho o de hecho y, en este último caso, no expresar la regla legal de valoración de la prueba que se reputa infringida. [S. de 17 de marzo de 1969; no ha lugar.]*

17. NO OCUPACIÓN: *La ley sanciona con la denegación de prórroga la inactividad en los locales, por ser la conducta del arrendatario contraria no sólo al cumplimiento de un destino contractual, sino al interés social, que no puede permitir que se sustraiga al servicio público los locales cuya escasez es la determinante de la legislación protectora de los arrendatarios, que pierde su razón de ser si éstos no cumplen a su vez los deberes que la Ley les impone.*

INJUSTICIA NOTORIA: CARACTERÍSTICAS: *El recurso de injusticia notoria, como el de casación, ha de partir de los supuestos de hecho establecidos por la sentencia recurrida si no son combatidos adecuadamente, demostrando el error de derecho en la valoración de la prueba en que hayan incurrido. [S. de 11 de febrero de 1969; no ha lugar.]*

18. RENTA ARRENDATICIA: ACCIONES DECLARATIVAS: *La LAU, en sus artículos 96, 98, 99 y 100, contiene preceptos relativos a distintos supuestos en*

que es posible la elevación de la renta a instancia del arrendador, en los cuales puede fundarse una acción declarativa de la legitimidad de la renta para el solo fin de dar certidumbre a la situación jurídica entre las partes; este tipo de acción no cabe apoyarla en el artículo 101 de la LAU por su naturaleza y finalidad ejecutiva, y cuyas disposiciones se encaminan a regular el modo de ejercitar la facultad del arrendador para elevar la renta o conceptos que a la misma se asimilan.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN REVISORIA DE RENTAS: *No puede prosperar una acción interpuesta después de vencido el plazo de caducidad de tres meses a contar desde el día en que la negativa a la aceptación del aumento se produjo. El arrendador puede dilatar el ejercicio del derecho a elevar la renta, pero una vez que por vía judicial o extrajudicial se da por determinado el aumento y se produzca el requerimiento al arrendatario, necesariamente entra en juego la regla 5.ª del artículo 101 LAU. [S. de 16 de abril de 1969; ha lugar.]*

19. RESOLUCIÓN POR FORMACIÓN DE UNA COMUNIDAD DE LA ARRENDATARIA CON SU MARIDO: *Si la arrendataria manifestó, en la contestación a la demanda, que en el local de autos estableció conjuntamente con su esposo una industria de pintura, que ambos cónyuges llevan siempre y conjuntamente sus negocios y que los suministros e impuestos giran conjuntamente a nombre de los esposos, procede la resolución al amparo de las causas 2.ª y 5.ª del artículo 114 de la LAU, ya que la comunidad formada por ambos esposos es incompatible con el disfrute exclusivo y excluyente atribuido por el contrato de arriendo a un titular único—la demandada en el caso de autos—. [S. de 7 de febrero de 1969; ha lugar.]*

20. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: CONVERSIÓN DE COARRIENDO EN ARRIENDO: *Si el contrato de arriendo se concertó con los dos demandados que se asociaron para la explotación del negocio y uno de éstos se apartó del mismo, siguiendo ocupando el local el otro coarrendatario por sí, no puede dejar de apreciarse que tal cambio en la titularidad arrendaticia, con el apartamiento de uno de los consocios, lleva en sí la causa de resolución por cesión ilegal.*

TITULARIDAD ARRENDATICIA: PRUEBA: *El hecho de que los recibos de renta se extendieran a favor de una sola persona no basta para desvirtuar la afirmación, realizada por la Sala, con base en la valoración conjunta de la prueba, de que el arriendo se concertó conjuntamente en favor de dos personas. [S. de 8 de marzo de 1969; no ha lugar.]*

21. CONSENTIMIENTO POR EL ARRENDADOR DE UN TRASPASO INFORMAL: EFECTOS: *El arrendador que voluntariamente consiente un traspaso informal no puede recobrar la posesión inmediata del local alquilado, ni mediante el ejercicio del "ius prelationis" ni ejercitando la acción de resolución del contrato locativo por traspaso ilegal. [S. de 24 de marzo de 1969; ha lugar.]*

22. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR CAMBIO DE OCUPANTE: *Si la casa arrendada al Ayuntamiento de Torrevieja para la instalación de una escuela unitaria del Estado se halla ocupada por una escuela del Patronato a cargo de la Hermandad de Labradores y Ganaderos de la ciudad citada, se ha producido la sustitución del arrendatario por un tercero —la Hermandad— que es causa de resolución.*

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *Las cuestiones que no fueron planteadas en la instancia, ni abordadas en la resolución impugnada, son cuestiones nuevas que, como tales, no tienen acceso al recurso extraordinario de injusticia notoria.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *La no expresión del concepto en que se reputa cometida la infracción es causa de inadmisión que, en trámite de resolución, lo es de desestimación.* [S. de 31 de enero de 1969; no ha lugar.]

23. RESOLUCIÓN POR TRASPASO: PRESUNCIONES: SIMULACIÓN: *No es absurdo ni ilógico deducir, del hecho cierto de figurar el negocio, a todos los efectos, a nombre de un tercero, que se ha operado un subarriendo o cesión sancionado con la resolución, y si tal operación de cambio fue sólo aparente, ha debido acreditarse por cualquier otro medio, como adquisición de mercancías y relaciones con los proveedores.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *El error de hecho sólo puede basarse en documento o pericia que ponga de manifiesto, de manera patente e inequívoca, la equivocación del juzgador, pero no por medio de prueba de testigos y argumentaciones ha de pretenderse imponer por la parte, su criterio, lo que no es dable en el recurso extraordinario de injusticia notoria.* [S. de 15 de abril de 1969; no ha lugar.]

24. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR CAUSA DE ACTO CONTRARIO A LA LEY: PRUEBA: *Si bien la Sala I viene manteniendo que en el procedimiento de resolución de contrato con base en acto contrario a la ley es viable, con valor esencial, la prueba de presunciones, ello se refiere a cuando haya base de hechos probados para deducir la existencia de tal acto.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *El acta notarial en que se hace constar una manifestación de la portera de una casa no es documento auténtico a efecto de injusticia notoria, ya que el Notario no da fe de la veracidad de lo manifestado por el requerido, sino de lo que éste dice. La declaración testifical no sirve para justificar el error de hecho en injusticia notoria.* [S. de 9 de abril de 1969; no ha lugar.]

25. RESOLUCIÓN POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: OBRAS DE ADAPTACIÓN AL DESTINO PACTADO: *Si bien conforme a reiterada doctrina, todo contrato de arrendamiento lleva implícita autorización de obras de adaptación.*

para el destino pactado, dicha doctrina no rige si no se ha justificado *cuñi fue el fin convenido*. [S. de 10 de febrero de 1969; no ha lugar.]

26. PROCEDIMIENTO ARRENDATICIO: ACCIÓN RESOLUTORIA BASADA EN FACTOS CONTRACTUALES: *Si al socaire de la cita formal de las causas 11 y 15 del artículo 114 de la LAU, el demandante pretende obtener la resolución del arrendamiento con base en unos derechos que no le están reconocidos en la LAU, sino, en todo caso, en el convenio celebrado por las partes con posterioridad al contrato inicial de arriendo, convenio que contiene una serie de estipulaciones de carácter singular y complejo al margen de la normativa de la LAU, el procedimiento incidental seguido es inadecuado para sustanciar tal reclamación.*

CONGRUENCIA: INJUSTICIA NOTORIA: RESOLUCIÓN NO RECURRIDA: *La desestimación de una acción resolutoria basada en determinada causa, que realizó el órgano de primera instancia, quedó firme al no haber apelado de dicha sentencia el actor ni haberse adherido a la apelación interpuesta por el contrario.* [S. de 28 de marzo de 1969; ha lugar.]

27. ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: VALOR DE LA ESCRITURA PÚBLICA: *El error de derecho que puede dar lugar al recurso de casación, al igual que al de injusticia notoria, concurre cuando existiendo leyes que determinan la fuerza probatoria de un medio de prueba, no lo aprecia el Tribunal debidamente, por no darle todo el valor que la propia ley le concede. Las narraciones de hechos contenidas en una primera copia de escritura pública unida a los autos, sin pronunciamiento alguno de falsedad, deben subsistir como actos o hechos directamente apreciados por el Notario en cuanto éste, en cumplimiento de sus deberes, escucha y ve, por lo que constituyen menciones documentales auténticas que deben prevalecer sobre otros medios probatorios de escasa entidad, como el contenido de una simple copia sin otra autorización que la del sello de una Notaria. La presencia del documento público en el proceso, con autenticidad corporal o externa, es acto que no puede ser omitido por el Tribunal en la fijación de los hechos sin infringir por inaplicación el primer párrafo del artículo 1.218 C. c.* [S. de 18 de marzo de 1969; ha lugar.]

28. ESTIMACIÓN DE INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: COSTAS: *Es doctrina reiterada de la Sala I que el principio objetivo del vencimiento que para la condena en las costas de primera instancia estatuye el artículo 149 de la LAU, rige también cuando la sentencia no resuelve el fondo de la cuestión controvertida —por estimar la incompetencia de jurisdicción—, ya que, en definitiva, rechaza totalmente la pretensión de la demanda.* [S. de 13 de febrero de 1969; ha lugar.]

29. JUICIO VERBAL DE DESHAUCIO DE COMPETENCIA DE JUZGADO MUNICIPAL: CASACIÓN: *Formulada la demanda de desahucio ante Juzgado Municipal y con fecha anterior a la Ley de 23 de julio de 1966, es de aplicación la legislación*

anterior, de acuerdo con la disposición transitoria 7.ª de aquélla. Es reiterada la jurisprudencia de la Sala I que declara no darse la casación contra las sentencias dictadas por los Juzgados de primera instancia resolviendo el recurso de apelación contra la del Juez Municipal, ya que el artículo 28 de la Ley de 1907 sobre Justicia municipal derogó lo dispuesto en el artículo 1.587 de la LEC. [Auto de 26 de marzo de 1969; no ha lugar.]

30. INJUSTICIA NOTORIA: FALLO Y FUNDAMENTOS: *El recurso se da contra la parte dispositiva de la sentencia y no contra los considerandos, que no constituyen premisa obligada del fallo. [S. de 18 de marzo de 1969; no ha lugar.]*

31. INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: ERROR DE HECHO: *La impugnación del error de hecho no puede realizarse por el cauce de la causa 3.ª, sino de la 4.ª.*

ERROR DE HECHO: CONFESIÓN JUDICIAL: *Es inviable la impugnación del error de hecho realizada con base en la prueba de confesión judicial. [S. de 26 de marzo de 1969; no ha lugar.]*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *La causa 4.ª de injusticia notoria requiere la contradicción evidente entre los hechos de la sentencia y lo que por sí afirman los documentos. El recurso con base en la causa 4.ª no puede apoyarse en la prueba testifical. [S. de 22 de febrero de 1969; no ha lugar.]*

33. INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *Son defectos formales que hacen desestimable el recurso, la omisión del concepto de la infracción y el señalar dos conceptos contradictorios, como son la violación, que es la no aplicación, y la aplicación indebida. [S. de 14 de febrero de 1969; no ha lugar.]*

34. INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: CAUCE PARA EL TRATAMIENTO DE CUESTIONES JURÍDICAS: *Las cuestiones jurídicas no pueden proponerse al amparo de la causa 4.ª —error de hecho—.*

FORMALISMO: INCONCRECIÓN DEL PRECEPTO INFRINGIDO: *Hay falta de claridad y precisión al invocarse un artículo del C. c. que contiene disposiciones dispares y consta de dos párrafos, sin determinar cuál es el erróneamente interpretado y alegar la infracción de los capítulos III y IV de la LAU, que contienen 33 artículos.*

FORMALISMOS: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *Es inadecuado alegar la interpretación errónea de una norma cuando lo que en realidad se quiso denunciar fue la violación o aplicación indebida de la misma.*

INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL EN INJUSTICIA NOTORIA: *La interpretación contractual es materia deferida al Tribunal de instancia y sólo revisable por*

La vía de un recurso extraordinario cuando al hacerla aquél haya incurrido notoriamente en vicio por el que resulte la exégesis errónea, absurda o arbitraria, debiendo respetarse en los demás casos, aunque sobre el particular haya alguna duda. [S. de 25 de febrero de 1969; no ha lugar.]

35. FORMALISMO DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FALTA DE CITA DEL PÁRRAFO DE ARTÍCULO QUE SE DICE INFRINGIDO: *Es inviable el recurso formulado sin concretar el párrafo del artículo de la LAU que se dice infringido.*

FORMALISMO: INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS EN INJUSTICIA NOTORIA: *Debe rechazarse el recurso en que se alega la interpretación errónea de una cláusula contractual sin apoyarse en alguna de las reglas de hermenéutica contractual del Código civil.*

CUESTIONES NUEVAS EN INJUSTICIA NOTORIA: *No cabe enjuiciar una cuestión nueva, planteada por primera vez en la fase de recurso de injusticia notoria. [S. de 28 de febrero de 1969; no ha lugar.]*

36. INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO DEL RECURSO: *Es inviable el planteamiento del recurso basado en la alegación de error de derecho por el cauce de la causa 4.ª —error de hecho— y el formulado sin concretar el concepto en que se estima cometida la infracción. [S. de 7 de febrero de 1969; no ha lugar.]*

X. Colaboración a cargo de José POVEDA DIAZ

1. INCONGRUENCIA: *Incorre en incongruencia por "extra petitio" la sentencia que deniega la elevación a escritura pública de un documento privado por haber prescrito la acción para pedir dicha elevación, ya que los demandantes no restringieron su petición a dicha elevación, sino que pretendieron que se condenara a los demandados a cooperar con la oportuna declaración conjunta al otorgamiento de la escritura pública que solemnizara la división de hecho de la finca. [S. de 18 de diciembre de 1968; ha lugar.]*

2. RECURSO DE APELACIÓN: PRUEBA: *No infringe el artículo 862 de la LEC el Tribunal que deniega la admisión a prueba cuando, si bien es cierto que ésta no se celebró en primera instancia, fue porque el ahora recurrente dejó transcurrir el plazo. [S. de 28 de marzo de 1969; no ha lugar.]*

3. COMPETENCIA JUDICIAL: *Es competente para conocer la reclamación del precio en una compraventa mercantil el Juzgado del lugar donde deba cumplirse la obligación, que, a su vez, es —según los artículos 1.500 C. c. y 50 C. de c.— el lugar donde fue entregada la mercancía, y hay que entender por tal el lugar donde radica el establecimiento del vendedor, ya que la mercancía se envió a portes debidos, por cuenta y riesgo del comprador, pues, aunque se giraron letras de cambio, no se establecía en el contrato*

que el pago hubiera de ser realizado de esta forma. [S. de 11 de abril de 1969; inhibitoria.]

4. PROPIEDAD HORIZONTAL: CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS COMUNES: *Nada impide que los Estatutos establezcan, a efectos de participación de los gastos comunes, un tanto por ciento distinto a la cuota de participación que establece la escritura de constitución de propiedad horizontal "a los efectos del artículo 396 C. c. y 8 L. H.", puesto que, según el artículo 9, prescripción 5.ª de la Ley de 21 de julio de 1960, cada propietario está obligado a contribuir a los gastos generales con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente pactado.*

LETRA DE CAMBIO: GASTOS DE PROTESTO: *Corresponden al librado, aunque no sea aceptante, puesto que el inciso primero del artículo 1.168 C. c. dispone que los gastos extrajudiciales son de cuenta del deudor, y esta norma viene confirmada por los Estatutos de la comunidad.*

COSTAS PROCESALES: *No impide la existencia de temeridad el que se condene al demandado a pagar menor cantidad de la que reclamaba el demandante, ya que esta disminución obedecía a la rectificación de un "lapsus cálami" padecido en la demanda. [S. de 5 de marzo de 1969; no ha lugar.]*

5. CASACIÓN: CUESTIONES DE HECHO: *La indivisibilidad de una finca es una cuestión de hecho, que no se puede examinar en casación, a no ser que se combata por el cauce del núm. 7 del artículo 1.692 LEC. [S. de 13 de febrero de 1969; no ha lugar.]*

6. TERCERÍA DE DOMINIO: PRUEBA DE LA PROPIEDAD: *Para que pueda prosperar la acción reivindicatoria ejercitada en juicio de tercería, ha de demostrarse cumplidamente el derecho de propiedad que al tercerista corresponde y la identidad de las cosas reivindicadas.*

DOCUMENTOS PRIVADOS: EFECTOS FRENTE A TERCEROS: *No puede prevalecer un documento privado frente a un embargo cuando aquél se incorporó a una oficina pública con fecha posterior a éste. [S. de 25 de marzo de 1969; no ha lugar.]*

7. DOCUMENTOS PRIVADOS: FECHA: *La disposición del artículo 1.227 C. c. sólo es aplicable cuando no existen otros medios de prueba que justifiquen la realidad de la fecha, máxime cuando el Tribunal "a quo" ha estimado en conjunto la prueba para apreciar la existencia y la fecha del documento. [S. de 26 de febrero de 1969; no ha lugar.]*

8. INEFICACIA DE LOS CONTRATOS: *Es contradictorio pedir la resolución del contrato y, subsidiariamente, la nulidad del mismo, pues la petición principal implica el reconocimiento de la validez del contrato.*

CESIÓN DE ARRENDAMIENTO MINERO: FALTA DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA: *Este contrato, a pesar de la especialidad de la materia, no pierde su naturaleza civil, por lo que la falta de autorización administrativa no es obstáculo para la validez de la cesión.*

RECURSO DE CASACIÓN: RAZONAMIENTOS A MAYOR ABUNDAMIENTO: *El recurso de casación sólo procede contra la parte dispositiva de la sentencia y no se da contra los considerandos, salvo que sean antecedentes necesarios del fallo. [S. de 11 de marzo de 1969; no ha lugar.]*

9. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: *Apreciándose por el Tribunal de instancia la existencia de diversos supuestos de incumplimiento de contrato, es irrelevante argumentar que no se dio uno de los supuestos.*

DAÑOS Y PERJUICIOS: *Contra la existencia de los mismos sólo cabe recurrir por la vía del número 7 del artículo 1.692 LEC.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Incumbe al juzgador de instancia, y sólo cuando la interpretación resulte notoriamente contraria a toda exégesis racional, infringiendo las normas de los artículos 1.281 y ss. del C. c. se puede en casación rectificar el error cometido.*

RECURSO DE CASACIÓN: FORMA DE INTERPONERLO: *Hay que expresar cuál de los párrafos de un artículo se considera infringido.*

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *Es preciso que el error sea patente, sin necesidad de conjeturas, hipótesis o deducciones. [S. de 29 de enero de 1969; no ha lugar.]*

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.
Extranjero, 540,— pesetas.
Número suelto: España, 125,— pesetas.
Extranjero, 150,— pesetas.