

# 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 XVI  
FASCICULO III



JULIO - SEPTIEMBR  
MCMLXIII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA  
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

---

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rdquez. San Pedro, 32. Madrid.

# Responsabilidades civiles «ex delicto» y «ex lege» (\*)

A. QUINTANO RIPOLLES

Magistrado del T. S. y Catedrático de  
la Universidad de Madrid

Las pretensiones de totalidad sustentadas en el Preámbulo o Exposición de motivos de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre de 1962 (*Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor*), en su triple aspecto, penal, civil y procesal, no son tan logradas como para permitir plena autonomía y que se prescindiera en absoluto de las disposiciones generales de los respectivos ordenamientos. Que tratase de ser así es una cosa, y que se haya conseguido es otra, puesto, que, como es bien sabido, *la voluntad legis* y *la legislatoris* no siempre resultan coincidentes y en la eventual discrepancia, la primera es la llamada a prevalecer, siquiera sea por *la realidad de las cosas*, nuevo tópico que tan amplias resonancias va adquiriendo en la moderna filosofía y teoría general del derecho. En la exposición se alude, ciertamente, a la tarea de *incardinar en reglas jurídicas, preventivas y represivas, las actitudes y consecuencias de los comportamientos*. Pero, prescindiendo de la fácil censura gramatical que el inoportuno verbo *incardinar* supone, al hacer mérito a funciones canónicas que nada en absoluto tienen que ver con la materia del tráfico motorizado (1), lo cierto es que la nueva y *non nata* ley ofrece, y aun provoca, sobradas ocasiones de colisión con las ya existentes; para satisfacción de letrados y quebradero de cabeza de jueces... Es uno de tantos inconvenientes a que da lugar la creciente moda de las legislaciones fragmentarias y *ad hoc*, que de prosperar amaga con dar al traste, en un futuro no muy lejano, con la ingente magnífica labor de las codificaciones, al provocar la atomización del derecho y el separatismo jurídico, recusable y retrógado como todos los separatismos.

Mas, dejando aparte las antedichas consideraciones, que tocan a ideas de política legislativa y teoría general del derecho, lo que importa en el tema de legislación especial es el básico problema de su coexistencia con el orden jurídico general subsistente, ya que, por muy *especial* que pretenda ser la ley, ha de vivir en una situación de derecho que la obliga a mínimas, pero inexcusables relaciones de coordinación, sin las cuales, lejos de resolver dificultades, las provoca. Que es lo que acontece con demasiada frecuencia en el caso que nos ocupa, posiblemente porque, nacida la nueva ley con los urgentes y bien justificados

(\*) Este trabajo ha servido de ponencia al Coloquio sobre el *Seguro Obligatorio de Automóviles*, celebrado en Madrid del 14 al 18 de octubre de 1963.

(1) *Incardinar*, según el Diccionario de la R. Academia de la Lengua, tiene como único significado el de "admitir un obispo como súbdito propio a un eclesiástico de otra diócesis".

propósitos de instituir el Seguro obligatorio, los excedió con intempestivas y poco meditadas incursiones por otros campos del derecho material y procesal, sin reparar en las colisiones que con sus permanentes principios pudiera originar. Valga, como botón de muestra en lo penal, el no señalamiento de topes de gravedad en las penas ni de cuantías en los resultados lesivos personales o reales, por lo que podrá darse el paradójico caso de que resulte más benignamente sancionado un atropello malicioso que el imprudente, y que sean incriminables a título de delito los más insignificantes rasguños en la epidermis de un peatón y hasta en la carrocería de un coche. Con lo que se contradicen postulados tan firmes en nuestro derecho como los de separación de *dolo* y *culpa*, de *delito* y de *falta*.

Aquí, empero, he de circunscribirme a las ocasiones de eventual fricción en el ámbito de las responsabilidades civiles *por razón de delito*, y las dimanantes, *por razón de ley*, en virtud del hecho mismo del daño causado a las personas o a las cosas, con motivo de la circulación, en la perspectiva que impone el artículo 39 de la ley especial que glossamos, único del Capítulo primero de su Título tercero, bajo el epígrafe *De la responsabilidad civil* (2). Su concordancia, o discordancia con el homónimo Título IV, Libro primero del Código penal, va a ser el tema del presente trabajo.

Las responsabilidades civiles delictuales, materia que, como todas las de mixta naturaleza están insuficientemente estudiadas, pese a su interés teórico y práctico, por los tratadistas de derecho civil y de penal, que lo estiman extraños o periféricos a sus respectivas disciplinas, es ya de por sí arduo y propicio a pugnas sustantivas y procesales entre ambos ordenamientos, el civil y el penal, que lo regulan paralelamente, aunque con paralelismo que a veces se trunca en entrecruzamientos peligrosos; que en la *praxis* se resuelven, o se soslayan, mediante la libérrima elección de uno u otro terreno para el ejercicio de las acciones pertinentes, bien al amparo del artículo 1.902 del Código civil, bien al del 19 del penal. Su independencia respectiva, tantas veces proclamada por ambas jurisprudencias (en S. civil de 5 febrero 1957, y S. crim. de 26 oct. 1946, entre las más inequívocas y recientes) no enerva su similitud y hasta, en no pocos aspectos, su ontológica identidad. Lo que obedece a que responsabilidades civiles de dicho tenor, dimanen en uno y otro caso de un hecho con matices de ilicitud o anti-juridicidad casi siempre indiferenciados, y quizá indiferenciables (3).

(2) Dice dicho artículo 39: *El conductor de un vehículo de motor que, con motivo de la circulación, cause daño a las personas o a las cosas, estará obligado a reparar el mal causado, excepto cuando se pruebe que el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. No se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos de éste ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos.*

(3) V. mis artículos: *La acción tercera o cuasi-criminal*, en "Rev. de Derecho privado", diciembre 1946, y *Antijuridicidad civil y penal en el evento jurídico de daño*, en id. octubre 1949. Más ampliamente, sobre el conjunto de ilici-



Con todo y con eso, las *responsabilidades civiles delictuales*, y las que pudiéramos denominar *civiles puras*, presuponen, además de un hecho, una conducta o comportamiento humano reprobable, adoptando por ello un inequívoco carácter de sanciones, aunque no de penas, y su dualismo puede ser resuelto, bien que incómodamente, en dicho terreno axiológico. Pero lo que ahora importa es estudiar el nuevo impacto que en la ya existente dualidad de normas y responsabilidades, viene a ocasionar el citado precepto de la ley de Uso y Circulación.

Se trata en el artículo 39 de dicha Ley de una concesión importante, aunque no plena e incondicional, a la tesis de la responsabilidad objetiva, de *responsabilidad objetiva atenuada* la calificó Gómez de Aranda en su Dictamen de la Comisión de Justicia de las Cortes (Sesión de 19 de diciembre de 1962), dado que es el daño mismo y no una determinada conducta antijurídica la causa de la obligación legal de reparar. Obligación que no nace, pues, de delito, ni de contrato alguno, al ser su eventual beneficiario un tercero del todo extraño a la relación contractual del seguro y, naturalmente, al comportamiento del conductor causante del daño. No he de entrar aquí a discutir la razón o sinrazón de los ditirambos que suelen prodigarse por los pseudoprogresistas cuando se mienta el tópico de la responsabilidad objetiva, celebrada como suma conquista revolucionaria de los tiempos modernos, siendo así que, en no pocos aspectos, tal objetivismo no significa, histórico-dogmáticamente considerado, más que una regresión a estadios culturales del más rudo primitivismo (valga, como ejemplo, la *Erfolgshaftung* germánica), valiendo en cambio la responsabilidad culpabilista como una efectiva conquista lograda por el lento proceso de espiritualización del derecho, en trance de quebrarse por esta u otras sedicentes "revoluciones".

En el caso que nos ocupa, venturosamente por cierto, la responsabilidad nueva introducida por la ley no es fatal y automática, ya que el precepto excluye los supuestos de culpa única de la víctima y aun de fuerza mayor; salvedad esta última que figuró ya en el artículo 6.º de la Ley de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, en la cual, en cambio, son en principio indemnizables los eventos dañosos determinados por la propia imprudencia del trabajador, de donde se deduce ser más *objetivista* la legislación laboral que la viaria, como demostró reciente y docamente el profesor Rodrigo Uría (4). A mi modo de ver, en que la ley valore extremos de culpabilidad y azar, discriminándolos, aunque no se refieran al conductor, es prenda de templanza y espiritualización que debe computarse como mérito, entre otras razones, porque introduce factores culpabilistas ideales en el nexo causal, que los entusiastas de la responsabilidad objetiva plena quisieran ciego, como el *Ananké* antiguo.

---

tudes y conceptos, la monografía de SILVA MELERO: *Tecnicismo jurídico civilista en el Derecho penal*, Oviedo, 1950.

(4) En su Ponencia sobre *El Seguro obligatorio*, aportada al V Curso sobre derecho de la Circulación, Madrid 1963.

La excepción de propia culpa de la víctima queda limitada al supuesto de su exclusividad, evidenciada en el texto legal al aludirse a que el hecho fuera debido *únicamente a culpa o negligencia del perjudicado*. No constituye, pues, una compensación de culpas, sino una exclusión de responsabilidades por culpa única. Pero este principio, irrecusable en sí, no justifica que en la hipótesis, por lo demás tan frecuente, de culpas mutuas, ambas no sean compensables, y se beneficie uno de los culpables de su propio antijurídico comportamiento, cargándose injustamente toda la responsabilidad sobre el otro, en la especie, el conductor del vehículo. Ya en el campo de las responsabilidades criminales considero abusiva y, en el fondo injusta, la tesis de la no compensación de culpas, que rutinariamente, en virtud de vieja jurisprudencia llamada a periclitarse, se viene estimando como axiomática, sin motivo legal o doctrinal que lo justifique (5), pero en el terreno de responsabilidades civiles, creo firmemente que su intromisión contradice los más elementales postulados en materia de compensación, que Pomponio tenía con razón por natural y necesaria (f. 3, Digesto, 16, 2-*Idco compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere*), y que consagra, entre otros, el artículo 1.202 de nuestro Código civil (concordante con el 1.290 del francés, 1.241 del italiano, 388 del alemán y 124 del suizo de obligaciones, bien que en los dos últimos la Aufrechnung opere solamente a instancia de parte, y no automáticamente, por ministerio de la ley, como acontece en nuestro derecho, y en general en los latinos). Y no es que con lo dicho se postulen posturas romanistas y reaccionarias, sino que por muy objetivistas y proteccionistas que se quiera ser, a nadie escapa lo injusto y hasta inmoral que resulta el enriquecimiento por propia culpa, que es a lo que aboca la unilateral exigencia de la del conductor y la ineficacia de la concurrente de la víctima, que ve así *premiada* su parcela de culpabilidad. Posiblemente esta incongruencia de la ley podrá ser corregida en la práctica a través de la valoración cuantitativa de las indemnizaciones, pero eso no excusa plenamente el tenor inequívoco del precepto que impele a la irrelevancia de la culpa concursal.

En lo tocante a aludida discordancia de la Ley de Uso de Vehículos y la de Accidentes de Trabajo, por excluir la primera y admitir la segunda en su protección los daños dimanantes de la propia culpa del ofendido, poco hay que decir. Se justifica en atención a la naturaleza social y netamente de privilegio a las clases desheredadas que caracteriza al segundo de los mentados ordenamientos, hasta inclinar en su beneficio los simbólicos platillos de la balanza justiciera; lo cual sería excesivo, a todas luces, en el caso de los accidentes de tráfico, a los que está sujeto el más menesteroso de los peatones, pero también el más opulento de los banqueros, por lo que toda asimilación y apelación a los habituales tópicos sociales es pura retórica.

(5) Me he ocupado de la compensación de culpas, también en el terreno de las penales, en mi *Derecho penal de la culpa*, Barcelona 1958; pág. 321.

Por lo que atañe a la *fuerza mayor*, relativamente excluida de los beneficios de la responsabilidad objetiva del artículo 39, no es demasiado difícil su concordancia con el 1.105 del Código civil, comprensible como éste, en la práctica ya que no en la teoría, de la *vis maior* propiamente dicha y del *casus*, sobre el común presupuesto de la irresistibilidad. Sin embargo, en atención a la última cláusula del precepto, en que se dice que *no se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos de éste (el vehículo) ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos*, la noción parece más propinqua al caso fortuito que a la fuerza mayor estricta, al menos conforme a los criterios diferenciales que informan a la doctrina científica y jurisprudencial germánicas más recientes. Conforme a ellas, en efecto, la *vis maior* es la *rae* en absoluto a la esfera en que se desenvuelven las obligaciones y servicios, lo que no puede decirse, en rigor de los defectos mecánicos, en cierto modo inherentes al uso de los vehículos, en que tales fallos están en el orden y hasta en el radio de previsiones de quienes los utilizan. El distinguo es, por lo demás, teórico y quizá sólo terminológico, dado que, en definitiva, tratándose de fuerza o de *casus*, la carga de la prueba, que ha de redundar en beneficio del obligado, quedará siempre a cargo de él. Llámese como se quiera, no hay contradicción con la excepcionalidad de la responsabilidad del Código civil, ya que en su artículo 1.105 se alude como tales a los *casos expresamente mencionados en la ley*, uno de los cuales será sin duda, el de la cláusula última del artículo 39 de la de 1962. Es, en suma, un precepto concordante con el de la *fuerza mayor extraña al trabajo*, mentada en la legislación laboral.

Esbozada, ya que no completamente aclarada, la naturaleza de la responsabilidad civil *ex lege*, de cariz más o menos objetivo, surgida por el hecho del daño mismo y ministerio de la ley, y que se conjuga con la institución complementaria del Seguro obligatorio del siguiente artículo 40, lo que de veras importa y mayor transcendencia ofrece, es decidir si dicha responsabilidad subsiste en el supuesto de acreditarse culpa criminal por parte del conductor; o si, por el contrario, las previsiones objetivistas de la ley especial han de ceder el paso en esa eventualidad, a las ordinarias del Código penal. En otras palabras, si la novísima responsabilidad *ex lege* será paralela e independiente de la *ex delicto*, o vicariamente suya, en defecto de acreditarse la criminal.

Del tenor claramente genérico del artículo 39 de la ley, en que sólo se exceptúan *nominatim* las hipótesis de culpa única del perjudicado y la fuerza mayor extraña a los mecanismos del vehículo, así como de los precedentes comparatistas de orden administrativo y laboral, parece inferirse el paralelismo e independencia de ambas fuentes y causas de responsabilidades; en el sentido de subsistencia de la objetiva y abstracta de la ley especial, y de la subjetiva y concreta de la penal ordinaria, que en esta coyuntura viene a ser específica, por referirse de modo exclusivo a lo delictual.

A la apuntada solución dual de paralelismo abonan asimismo ra-

zones procesales, puesto que el seguro obligatorio, secuela inmediata de la responsabilidad objetiva legal, entra en juego al sobrevenir el evento dañoso, a tenor de lo dispuesto en los artículos 48 y siguientes de la ley, sin precisar pronunciamiento alguno culpabilista. Es lo que sucede, en suma, con el Seguro Ferroviario, igualmente obligatorio, cuyo pago es imperativo por el hecho de sobrevenir el accidente dañoso, independientemente de la crimosidad o fortuicidad de éste. De acreditarse la primera, se engendra, a su vez, otra responsabilidad civil delictual, en virtud del artículo 104 del Código penal, independiente totalmente de preceptos administrativos, como resolvió, entre tantas otras sentencias del Tribunal Supremo, la de 3 de diciembre de 1952. Se sienta en ella la recta doctrina de que "aun cuando las obligaciones del Seguro obligatorio de viajeros, estén ya satisfechas, este pago no extingue la responsabilidad civil (nacida de delito)... ya que el título que tiene la víctima para exigir las indemnizaciones del seguro es distinto y derivado exclusivamente de esta institución jurídica"; acordándose, en consecuencia, que la sentencia recurrida no había infringido el artículo 117 del Código penal ni los 1.156, 1.158 y 1.162 del civil, ya que se había alegado de contrario la extinción de la obligación por su supuesto pago.

A primera vista pudiera pensarse que la situación es la misma ante las que han de crearse cuando comience a regir el Seguro obligatorio automovilista, y coinciden con su exigencia objetiva *ex lege* la subjetiva engendrada por culpa criminal. Sin embargo, conviene hacer notar, para evitar demasiado fáciles y precipitadas identidades, que entre el existente Seguro ferroviario y el futuro automovilista media una diferencia que no se puede minimizar: la de que en el segundo se protege al perjudicado en un plano de titular eventual de un beneficio asegurativo en el que no ha sido parte, y de cuya relación jurídica es perfectamente *extraneus*. No hay que perder de vista, en efecto, que el viajero del ferrocarril, o el del avión, como por lo demás el propio trabajador asalariado, son parte en el seguro contratado y, sobre todo, *contribuyen* con sus cuotas al enriquecimiento del asegurador, lo que no sucede en el supuesto del peatón accidentado, beneficiado gratuitamente, incluso siendo partícipe en la culpa ocasionada del siniestro.

Tan señalada diferencia es la que, a pesar de la letra de la ley que parece no hacer distinción alguna entre eventos casuales y criminales, me hace dudar de la licitud de mantener la doble paralela y autónoma fuente de obligaciones *ex contracto ex delicto*, que siempre he defendido en los supuestos de accidentes ferroviarios y aun en los laborales. Y que, en términos generales, ese dualismo de indemnizaciones pugna con la equidad en el caso de *accidente automovilista delictivo*, al entrañar un efectivo enriquecimiento injusto, no acreditado, en cambio en los demás accidentes asegurados. Con todo y con eso, creo que hubiera sido de desear alguna mayor precisión de la nueva ley en este sentido, porque, ante su silencio y la regulación plenamente autónoma que se hace en ella de las responsabilidades civiles puras, es de temer

que la jurisprudencia adopte frente a ellas la misma actitud de pluralismo seguida en los últimos tiempos respecto a las de los demás supuestos concursales entre obligaciones derivadas de delitos y de seguros, pese a que las premisas, repito, con ser similares no son ni con mucho idénticas, al ser el beneficiario del seguro automovilista un extraño que no fue parte en la obligación.

Una nueva dificultad, de orden procesal esta vez, existe en la ley para la deseable discriminación de responsabilidades delictuales y objetivas. Me refiero a la de su artículo 42, que otorga *acción directa* al perjudicado o a sus herederos contra el asegurador del vehículo, estableciendo la sospechosa y vaga salvedad, en su último inciso, de *sin perjuicio de las demás acciones que le correspondan*. Cláusula salvatoria, para el perjudicado, claro está, que tiende a afianzar la tesis de la duplicidad de responsabilidad, pues no puede tratarse de otras acciones que las derivadas de delito, nunca a las contractuales, al no haberlas contraído el accidentado ni haber contribuido con su peculio a la póliza del seguro, que para él es *res inter alios acta*. Y que, sin embargo, se beneficiaría por partida doble al ponerse en sus manos la doble acción directa que le otorga el artículo 42 de la ley especial, frente al asegurador en todo caso, y eventualmente y por añadidura, *sin perjuicio de ella*, la dimanante de todo delito o falta, en virtud de la que estatuyen los artículos 19 y concordantes del Código penal y 100 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Nuevamente se ha acreditado con esta, no sólo posible sino probable duplicidad de acciones y responsabilidades, una grave falta de coordinación de la nueva ley con los ordenamientos fundamentales. En lo que, a mi modo de ver, radica su máximo defecto. Y es que, al redactarla, se estatuyeron normas desconectadas con la totalidad armónica del derecho patrio, cual si se tratase de elaborar un cuerpo legislativo aislado, a regir en un *vacuum* plenamente independizado de las realidades jurídicas existentes. En el caso concreto que ahora nos ocupa, es harto verosímil que la independencia de que se hace gala en el Capítulo primero del Título tercero, dedicado a la *responsabilidad civil*, se hayan adoptado patrones forasteros en los que tal autonomía es obligada, por no conocer nuestra tan genuína y plausible integración de responsabilidades criminales y civiles *ex officio*, que en otros ordenamientos actúan por separado, o bien mediante procesos de adhesión, a instancia de parte las civiles delictuales. Es su forzosa coexistencia en nuestro derecho material y procesal, la que al incorporarse a él esa sedicente autonomía origina, o al menos provoca, estas y otras colisiones.

En la situación actual, por el momento todavía equívoca, puede quizá corregirse la anómala e injusta posibilidad de la doble responsabilidad civil *ex lege* y *ex delicto*; bien aclarando, en el oportuno Decreto o Reglamento, que la una excluye a la otra, bien en último término, disponiendo que las cuantías del futuro seguro, a que alude el artículo 40, se regulen en forma dineraria, global y en propiedad, al

modo como acontece en el Seguro de viajeros. Pero, si por el contrario, en tal capital extremo, se opta por el sistema de pensiones a la manera del que se sigue en accidentes de trabajo, se forzará ya inevitablemente al dualismo, como en este campo acontece; precisamente, y en no escasa medida, por obligar la subrogación a un unilateral y arbitrario canje de un derecho de propiedad, que el Código penal concede a las víctimas de delito, por una precaria renta vitalicia que les otorga la legislación laboral, subrogación que, en todo caso, excede notoriamente las facultades y cometido propio de los tribunales de lo criminal.

La comparación que acaba de esbozarse del Seguro obligatorio automovilista con el de Accidentes de Trabajo, pone de manifiesto otras discordancias cuya *ratio essendi* no es fácil de alcanzar. En efecto, en el segundo de dichos seguros no se beneficia indiscriminadamente a todos los herederos de la víctima, sino que, como es sabido, límitase la indemnización a los ascendientes pobres sexagenarios, al cónyuge varón incapacitado, a la mujer mientras permanezca viuda, hijos durante su minoría de edad y hermanos huérfanos carentes de todo amparo. El Seguro automovilista, en cambio, determina sin restricción alguna la indemnización a no importa qué grado de heredero, cualquiera que sea su condición personal o pecuniaria. Con el claro resultado de un menos claro *plus* de beneficio para el perjudicado en un accidente de circulación que para quien lo sea de otro del trabajo, siendo así que, de haber desigualdad, lo lógico y justo es que fuese en sentido contrario. En primer término, por ser el trabajador parte y no extraño en el seguro, al que contribuye con cuotas o descuentos, y, sobre todo, ya en el plano de lo social por resultar su infortunio de una actividad tan relevante y digna de protección como es el trabajo, y no neutra y hasta anodina, cual la del paseante víctima de un atropello, en el que quizá tuvo no escasa parte por su negligencia, sin que tampoco ello le prive del beneficio tan liberalmente acordado. Bien está que se proteja al ciudadano contra los riesgos cada vez mayores que crea el progreso de los medios mecánicos de circulación, que al determinar tantas ventajas para la comunidad, es comprensible que obligue a ésta a compensarlas, en la medida de lo posible, por el viejo principio del *quia commoda*, que personalmente he sido de los primeros en propugnar al reclamar la urgente implantación del Seguro automovilista obligatorio. Pero de ahí a privilegiar inconsideradamente, no ya a las víctimas del automovilismo, sino a todos sus herederos, y enriquecer a cualquier persona porque haya perecido bajo las ruedas de un coche algún lejano pariente, me parece que media un abismo, que es de esperar que los reglamentos traten de corregir.

Por último he de aludir a otra posible colisión originada, no ya sólo por la Ley de Uso y el Código penal, sino de ambas con la legislación sobre Accidentes de Trabajo, determinándose un complejo concursal, nada inverosímil por cierto, entre los tres ordenamientos. Por ejemplo, en la hipótesis de un obrero asegurado laboralmente que *in*

*itinere* sea atropellado y muerto por un conductor imprudente; caso en el que pueden confluír tres acciones y responsabilidades distintas: las *ex lege* objetivas de la Ley de Accidentes y de la de Uso, y la originada por el delito. Con lo que es obvio que se acrecientan las dudas y dificultades ya existentes en torno a la materia.

En la actualidad es sabido que la jurisprudencia de lo criminal, tras de ciertos titubeos, se ha pronunciado decididamente por circunscribir su cometido al específico de determinar las indemnizaciones por perjuicios materiales y morales sobrevenidos por delito en la esfera estricta de su competencia, esto es, según la forma y orden de prelación estatuido en el artículo 104 del Código penal (agraviado, familia o tercero). Indemnizaciones de sumas en nuda y definitiva propiedad sin acceder a su unilateral conversión en renta o pensiones que las normas laborales acuerdan por su parte, con subrogaciones previstas en los artículos 52 de la Ley de Accidentes, 189 del Reglamento y Orden ministerial de 7 de agosto de 1961, la última de las cuales pretende imponer un orden precisamente inverso al del Código en el reintegro, en favor de la entidad aseguradora o patrono, en primer término, por haber pagado o asegurado las pensiones, y sólo abonar el exceso, si lo hubiere, a la víctima del accidente o a sus causahabientes. Lo cual se traduciría, en la mayoría de los casos, y desde luego en el de herederos de mucha edad, que con el abono de algunos años o meses de pensión, se ve despojado de un capital dinerario que el Código penal le atribuye en plena propiedad. Para evitarlo, la jurisprudencia ha adoptado el criterio de preferir los preceptos del Código, que además tiene en su favor la propia del rango legislativo aunque ello se traduzca en la práctica por una dual responsabilidad civil, *ex delicto* y *ex contracto*, que algunos han censurado como abusiva, que personalmente me parece ajustada a derecho estricto y a equidad, por las razones ya apuntadas, que no he de desarrollar por haberlo hecho ya en otra ocasión y en referencia a ese específico problema de compatibilidades (6).

Me interesa, sin embargo, hacer constar que la opinión adversa, sustentada sobre la base de que el accidente de trabajo deja de serlo por sobrevenir culpa criminal ajena, carece de suficiente apoyo dogmático. No pienso que lo tenga ni siquiera en derecho laboral, donde es doctrina firmemente establecida ser accidente "toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena", según el clásico concepto que data de la primitiva ley de 1900, constantemente acatado, sin que se excluyan jamás las concomitancias con actos delictivos extraños, expresamente comprendidos en la noción de accidente por la misma jurisprudencia laboral, reiteradísima en este punto (Ss. 8-IV-1924, 6-XI-1942, 7-VI-1943,

---

(6) En el artículo *Seguros y responsabilidades civiles delictuales*, "Rev. Derecho privado", enero 1961. Más recientemente y en igual dirección dualista, CHAMORRO Y PÉREZ ESCOLAR, en *Empresa de seguros en el procedimiento penal*, "Rev. de Derecho mercantil", julio-septiembre 1962; pág. 109. En contra, sobre todo, LUZÓN DOMÍNGO, en su *Tratado de la culpabilidad*, Barcelona 1960, tomo II; pág. 203.

3-II-1944 y 25-XII-1946). Y es lógico que así sea, ya que lo que cuenta a efectos de la calificación laboral del accidente, es la ocasionalidad del trabajo y, eventualmente la conducta propia, no las ajenas. No se arguya en contrario, respecto al seguro de esta especie y de todas, el texto del artículo 1.791 del Código civil, en que se dice que *el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga*, porque el delito culposo, y hasta el doloso, no deja por eso de constituir un *aleas* fortuito para la víctima, que es el supuesto que seguramente contempla el precepto.

Si la doble paralela solución doctrinal y jurisprudencial en los casos de coincidencia de accidente laboral y delito no lo ha sido a gusto de todos, y ciertamente hay que confesar que no es plenamente satisfactoria aunque menos lo serían otras, puede imaginarse la complejidad que ha de adquirir el ya de por sí arduo problema al adicionarse, por la nueva ley, una tercera fuente obligacional a las víctimas del tráfico motorizado. Problema que sólo podrá resolverse, siquiera sea *in extremis*, mediante un ordenamiento aclaratorio o complementario.



# Responsabilidad civil automovilista

GREGORIO GUIJARRO CONTRERAS  
De la Carrera fiscal

## *Introducción al tema*

Tan copiosamente se ha escrito sobre responsabilidad civil, que las monografías, artículos y referencias que a esta materia hacen los tratados de Derecho, tanto civil como penal y procesal, ocupan tal cantidad de papel impreso que no bastaría una vida para devorar tanta literatura. Esta circunstancia pone de relieve la importancia y preocupación que genera tan apasionante tema, la que ha hecho exclamar a Josserand que la responsabilidad civil se ha erigido hoy en la gran "vedette" del derecho civil mundial.

Sin embargo, es en el tema concreto que nosotros nos proponemos abordar en este trabajo sobre responsabilidad civil automovilística o, si se quiere, consecuente al uso de vehículos de motor, donde el problema ha desbordado todas las previsiones y, justo es decirlo, nos hallamos aún en trance de lograr una fórmula que armonice las irreconciliables teorías que sobre el fundamento de la responsabilidad civil se han expuesto y que, sin detrimento ni menosprecio para su ilustre progenitura, no se acoplan a la situación planteada ni permiten soluciones eficaces y, sobre todo, justas, que es en definitiva lo que debe buscarse, procurando en última instancia que ni el que tiene que dar ni el que recibe se puedan sentir desamparados o injustamente tratados en sus respectivas posiciones.

Sería pueril y superfluo tratar de exponer aquí con todo detalle la génesis de la teoría de la responsabilidad civil, de sobra conocida para ser repetida, ni entra en nuestro propósito esmaltar este trabajo con una serie interminable de citas que en cualquiera de las numerosas monografías sobre la materia pueden ser consultadas.

Quizá nuestro empeño peque de ambicioso al perseguir, tras de sintetizar tales teorías hasta llegar al momento actual, tratar de ofrecer, con propósito constructivo, unas soluciones equilibradas y justas que posiblemente disten mucho de ser acertadas, pero que ofrecemos como una aportación más a este enrevesado problema que a todos preocupa por haber desbordado ampliamente la órbita netamente privatística en que nació, provocando una seria preocupación en la esfera pública en la que incide, con sensible influencia en la economía nacional.

## TRAYECTORIA HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

La idea de una responsabilidad civil, es decir, de una obligación de reparar el daño causado, es, sin duda, una de las primeras concepciones del Derecho.

Ahora bien, esta idea se elaboró, en el terreno concreto que aquí nos interesa, como una obligación que nace de un acto ilícito o en el que interviene cualquier género de culpa o negligencia y frente a la necesidad de que aquél que cause un daño en tales circunstancias está obligado a repararlo. Concepción espiritualista ésta que ha perdurado hasta nuestros días y que se mantiene firme en esencia, no obstante los desgarros sufridos en determinados aspectos, como el laboral y la navegación aérea y la fuerte corriente doctrinal que se opone a ella con brío creciente.

Como dice un tanto poéticamente el filósofo y civilista italiano Guido Gentile, la responsabilidad civil automovilística es una de las tantas figuras de responsabilidad civil que en el curso de este siglo vienen a inscribirse, casi como un sistema planetario, en torno al principio solar de la responsabilidad por culpa. Son planetas de distinta grandeza, de diversa luminosidad, de diversa distancia, pero que todos giran y gravitan armónicamente en torno a un solo astro del cual reciben fuerza indirecta y luz refleja: el principio central de la responsabilidad por culpa.

“A su vez, todo el sistema de la responsabilidad se mueve y gravita alrededor de otro que es el gran centro de atracción: el principio de causalidad, regulador supremo de toda ley.”

El Talión, primero; las XII Tablas, después, y finalmente, la famosa Ley Aquilia, fueron perfilando el concepto de la responsabilidad civil.

De la venganza ilimitada se pasó a la tasada; luego, el resarcimiento en dinero, y por fin, a una valoración siquiera rudimentaria de la culpa. El camino quedó así trazado.

Todavía, sin embargo, palpaba en aquella regulación un carácter más penal que civil de la idea de reparación. El concepto de responsabilidad civil no tenía aún un carácter puramente civilístico.

Pasando por el derecho bárbaro llegamos al Código Napoleónico, que ha servido prácticamente de precedente a todo el mundo con la fórmula clásica de que cualquier hecho del hombre que cause un daño a otro obliga a aquel por cuya culpa se ha producido a repararlo, fórmula ésta recogida en el artículo 1.902 de nuestro Código civil.

Con ello, el principio de la responsabilidad queda sintetizado en un único precepto que comprende toda la ejemplificación justinianea; el principio del resarcimiento queda limpio de impurezas y de equívocos surgiendo claro y cristalino en su auténtica función de reintegración patrimonial del daño.

La noción de responsabilidad queda íntimamente ligada a la de culpabilidad, no ya porque arranque de una concepción espiritualista que fué timbre de gloria en el Derecho romano, al decir de Ihering, sino porque en el común sentir del hombre medio late ese sentido de equidad que es la esencia del derecho, que no admite, o mejor, rechaza como injusto, el que nadie pueda responder de aquello que acaeció sin culpa por su parte, y este sentido popular de responsabilidad y de culpa enlaza perfectamente con el valor que tales pala-

bras tienen como expresión de instituciones jurídicas consagradas.

Sin embargo, ya desde aquellos lejanos tiempos se sintió la necesidad de que en determinados casos el que sufría un daño en su persona o bienes a consecuencia de un acaecimiento en el que el agente productor del daño era una cosa inanimada o un animal o hasta un esclavo (que a la sazón tenía la consideración de cosa) propiedad de determinada persona, ésta venía obligada a reparar el daño producido. Esta obligación de reparar en tales casos se ha mantenido en todo los derechos positivos a través de un concepto de responsabilidad que alcanza no sólo al propietario, sino también al poseedor y al que se sirve de la cosa o animal y sin que sea necesaria la existencia de culpa por su parte, admitiéndose como única causa de exoneración en determinados casos la fuerza mayor o la culpa exclusiva del que lo hubiere sufrido.

Esta responsabilidad, de signo evidentemente objetivo y de un marcado matiz pragmático, no asombró a nadie y se ha venido aceptando como algo incontrovertible y fuera de dudas.

Vemos a modo de ejemplo que en nuestro Código civil y fuera de él se admiten diversos casos de responsabilidad sin culpa, que Castán, siguiendo a Ennecerus, sintetiza así:

A. Responsabilidad por intromisiones legítimas en el derecho ajeno: artículos 554, 556, 557, 558, 3.º, 562, 564, 569 y 616 del Código civil. También deben incluirse aquí la expropiación forzosa y el estado de necesidad (Código penal, artículo 8, núm. 7.º, y artículo 20, regla 2.ª).

B. Responsabilidad por caso fortuito: artículos 1.744, 1.745, 1.783, 1.784 y 1.891 del Código civil.

C. Responsabilidad por riesgos: artículos 1.905 y 1.906 del Código civil.

Fuera del Código civil, tenemos el artículo 120 de la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960 (1) y la Ley de 31 de diciembre de 1945 (2), estableciendo la responsabilidad subsidiaria del Estado para el caso de que las fuerzas militares o de orden público con ocasión del uso reglamentario de las armas o en actos de servicio, causen la muerte o incapacidad para el trabajo a alguna persona, y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, artículo 40 (3), referente a la responsabilidad patrimonial del Estado.

(1) Artículo 120.—“La razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá, hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito y aún cuando el transportista, operador o sus empleados, justifiquen que obraron con la debida diligencia”.

(2) Artículo 1.—“Cuando las fuerzas militares o de orden público, con ocasión del uso reglamentario de las armas en actos propios del servicio, produzcan la muerte o incapacidad permanente y absoluta para el trabajo de alguna persona, podrá acordarse con las condiciones y requisitos que establece esta Ley, indemnizar con pensión anual a la víctima o a su familia”.

(3) Artículo 40.—“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado en toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo

Esta enumeración que no es exhaustiva ni goza de un verdadero rigor, no pretende otra cosa que ser un muestrario de la falta de pureza de un principio que por mucho respeto que merezca no puede ni debe ser calificado poco menos que de intocable.

## LA TEORÍA DEL RIESGO

Sin embargo, a poco de haberse llegado a aquella aparente perfección, comienza a notarse su inadecuación a las nuevas exigencias que plantea el progreso. Se iniciaba en todos los países el advenimiento de la máquina.

De aquí que frente a la teoría espiritualista y por una necesidad cada día más acuciantemente sentida, surgiese la teoría del riesgo que marca un hito memorable en la de la responsabilidad civil, poniendo en tela de juicio un principio que parecía intangible: la necesidad de culpa para generar responsabilidad civil en quien con su actividad u omisión causa un daño.

El inmenso peligro de la teoría del riesgo es pronto captado por tres grandes juristas que unen su talento para defender la culpa: Planiol y Capitant en primer lugar, después Hauriön, los tres desaparecidos, pero después de haber conocido el triunfo.

Sin embargo, como quiera que el derecho debe adaptarse a las circunstancias nuevas, sin romper con las normas tradicionales, la batalla continúa en pie entre la doctrina tradicional de la culpa y la teoría moderna del riesgo.

Dando por conocida, ante su clasicismo y actual vigencia positiva, la teoría tradicional, hagamos un repaso de las distintas concepciones de la teoría del riesgo.

La primera, o del riesgo integral, es totalmente negativa. Niega la necesidad de culpa. Todo el que produce un daño está obligado a repararle.

El positivismo y el materialismo histórico son las tendencias de orden filosófico que han determinado esta postura.

Frente a esto, se arguyó que materializar el derecho civil es lanzar por la borda el lado psicológico del derecho.

Ahora bien: obligar a indemnizar solamente al que ha procedido mal, es dar a la responsabilidad un carácter de castigo.

Puesto que la responsabilidad civil no implica en modo alguno la noción de pena, no hay por qué ligarle a la culpa.

Lo equitativo es que las consecuencias dañosas de un acto pesen sobre el que lo ha realizado, no sobre el que las sufre. Limitar la responsabilidad al dominio de la culpa individual, es infringir una pérdida al que sólo tiene un papel pasivo.

Otra teoría es la del riesgo anormal defendida por Ripert. Su fundamento es el siguiente: el acto realizado dentro de los límites lega-

---

en los casos de fuerza mayor, siempre que aquélla lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa".

les genera la responsabilidad de su autor, que, aprovechando los beneficios de su derecho, debe soportar los riesgos. Pero el titular del derecho no puede ser considerado como autor responsable del acto más que en el supuesto de que no haya actuado según las condiciones normales de su época y de su medio. La irresponsabilidad surge, no por el ejercicio de un derecho, sino por el hecho de comportarse en las condiciones normales de su época y de su medio.

Esta teoría ingeniosa es fácilmente destruída por los partidarios de la culpa, ya que precisar si un acto es normal o anormal es simplemente preguntarse si su autor ha obrado o no imprudentemente.

Existe también la teoría del "riesgo-provecho", tomada de la teoría alemana de la responsabilidad por el hecho de la explotación. En Francia ha sido defendida particularmente por Josserand: "Aquel que crea, que vigila o que dirige un organismo cuyo funcionamiento es susceptible de perjudicar a otro se constituye por ello mismo en editor responsable de los daños que este organismo cause, abstracción hecha de toda idea de culpa y de toda cuestión de imputabilidad."

Por otra parte, surge una corriente opuesta a la teoría de la culpa que tiene su nacimiento en la idea de la socialización del derecho (ya prácticamente en marcha). Su principio es el siguiente: "No se trata de buscar cuándo un daño ha sido causado, si su autor ha cometido culpa, sino si el interés social exige una reparación." En esta teoría, quiérase o no, se inspiran las leyes como la nuestra de 31 de diciembre de 1945, estableciendo la responsabilidad subsidiaria del Estado para el caso de que fuerzas militares o de orden público, con ocasión del uso reglamentario de las armas o en actos de servicio, actividades todas ellas perfectamente lícitas, causen la muerte o incapacidad para el trabajo a alguna persona.

Como teoría curiosa, que demuestra hasta dónde puede expresarse el cerebro en busca de una justificación, citaremos la de Paul Leclercq, Procurador de la Corte de Casación belga: "La noción de la culpa se absorbe en la de daño. En el daño o lesión a la víctima hay un atentado a la integridad física o patrimonial y todo atentado constituye culpa."

Silogismo: La Ley prohíbe causar daño a personas o cosas; el que va contra la Ley incurre en culpa; luego el que atenta a la vida o patrimonio incurre en culpa.

Lo malo de esta teoría es que la premisa mayor es falsa porque la Ley prohíbe causar daños, pero intencional o culposamente.

## LA RESPONSABILIDAD SIN CULPA EN ALGUNOS PAISES EUROPEOS

### A L E M A N I A

En el panorama europeo es en realidad Alemania la primera nación que codifica el principio de la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa en la Ley de 7 de junio de 1871 sobre ferrocarriles:

“El ferrocarril es responsable con independencia de la prueba de su propia culpa por el solo hecho de haber ocasionado un daño a otro. Sólo se admite la prueba de la culpa de la propia víctima o la fuerza mayor. Ninguna otra prueba liberatoria de carácter subjetivo.”

Sobre responsabilidad automovilística existe la Ley de tráfico interurbano de 19 de diciembre de 1952. Esta Ley junto con la Ordenanza de 13 de noviembre de 1937, en su nueva redacción de 24 de agosto de 1954, establecen que el poseedor de un vehículo de motor está obligado a indemnizar al perjudicado los daños causados por la muerte de una persona o por lesiones corporales o en la salud de la misma y los daños en las cosas producidos con motivo de la utilización o explotación del vehículo. La responsabilidad se excluye si el accidente se debe a fuerza mayor o a un suceso inevitable no fundado en la calidad del vehículo ni en un fallo de su funcionamiento. Un suceso se considera inevitable cuando hay que atribuirlo a la conducta del perjudicado o de un tercero no empleado en la explotación o de un animal y tanto el poseedor como el conductor del vehículo, cada uno según las circunstancias del caso, han observado la diligencia debida.

#### FRANCIA

A nuestro juicio, quizá sea Francia la única nación que ha logrado forzar la interpretación de su derecho positivo, y sin llegar a una solución codificada ha resuelto todas las exigencias reintegrativas del daño ocasionado en el seno de una actividad que origina un peligro en razón al riesgo creado.

Quizá en una interpretación jurisprudencial haya ido más lejos de lo que a ésta corresponde convirtiendo al Juez en legislador, lo que, en realidad, es contrario a la esencia del Derecho. Queda con este juicio rechazado el sistema, pero merece la pena siquiera sea un análisis somero del camino recorrido.

Un fallo de la Corte de Casación de fecha 16 de junio de 1896 acordando una indemnización a la víctima de la explosión de una caldera de vapor, sin que se hubiera demostrado la culpa de su guardián, haciendo en tal caso aplicación del artículo 1.384 (4), párrafo primero, del Código civil, fué la auténtica acta de nacimiento de la teoría de la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas.

Este fallo dió origen a violentas controversias, pero el criterio señalado se vino aplicando a casos semejantes.

---

(4) Artículo 1.384.—“Se es responsable no sólo del daño que uno cause por supropio hecho, sino también de aquél que es causado por el hecho de personas por las cuales se debe responder o de las cosas que uno tiene bajo su guarda.

Sin embargo, el detentador a cualquier título de todo o parte de un inmueble o de bienes inmuebles en los que ha tenido nacimiento un incendio, no será responsable con respecto a terceros de los daños ocasionados por dicho incendio, salvo el caso de que se pruebe que el incendio puede ser atribuido a culpa, del detentador o de las personas por las que éste debe responder”.

Un nuevo hecho viene a remover las aguas que ya se iban remansando. En 1906 se provoca un violento incendio en la estación marítima de Burdeos. Todos los ojos se volvieron al artículo 1.384 del Código civil, que establecía una responsabilidad por el hecho de las cosas, responsabilidad no cualificada por la culpa, según había sostenido la Corte de Casación, puesto que referida a las cosas, autorizaba a prescindir de este elemento subjetivo de imputabilidad. Es la cosa la que ocasiona el daño.

La Corte de Casación de París declaró la responsabilidad del concesionario de la estación marítima, excluyendo toda indagación sobre su diligencia en la custodia. Resolución de 16 de noviembre de 1920 (también allí el proceso fué largo y complicado).

Tal decisión provocó la natural alarma, especialmente entre las Compañías de Seguros, lo que motivó que el Parlamento votase una Ley de fecha 7 de noviembre de 1922, con el fin de limitar, precisamente en caso de incendio, el principio de responsabilidad por el hecho de las cosas, ya que se decía que con la interpretación hecha, el simple incendio de un carricoche asegurado que se propagase por todo París, obligaba a la Compañía aseguradora.

Con la reforma se añadió un párrafo al primero del artículo 1.384, que decía: "Sin embargo, aquel que posea por un título cualquiera todo o parte del inmueble o de los bienes muebles en los cuales un incendio se ha producido, no será responsable frente a terceros de los daños causados por el incendio, más que si se prueba que debe ser atribuido a la culpa del poseedor o de las personas por las que él deba responder".

Esta reforma produjo dos efectos: acabó con la controversia sobre la legalidad del nuevo sistema jurisprudencial y reforzó la tesis de la responsabilidad objetiva, ya que al admitirse la excepción se confirmaba la regla de interpretación del artículo 1.384 al. 1.

En realidad, el primer fallo de la Corte de Casación que marcó la nueva pauta en materia de responsabilidad por accidentes de vehículos a motor, tuvo lugar en 19 de julio de 1924, y es conocido por el caso *Jeand'heur*. Se trataba de una niña arrollada y herida por un camión, sin que hubiera podido establecerse la culpa del conductor del vehículo en la producción del accidente.

La Corte de Besançon aplicó el caso al artículo 1.382 (5), que recoge el principio clásico de responsabilidad basada en la culpa, idéntico a nuestro 1.902, y no hizo aplicación del artículo 1.384 al. 1.

La Corte de Casación casó el fallo por entender que era aplicable la norma del 1.384.

Más tarde, el 21 de febrero de 1927, la Corte de Casación aclaró el sentido del fallo de 1924; pero al negarse la Corte de Lyon a acatar la jurisprudencia sentada por la Corte hubieron de reunirse las Salas de la Corte en pleno, lo que tuvo lugar con fecha 13 de febrero de 1930, con el fin de unificar el criterio jurisprudencial y poner definitivo término al debate y sentaron los siguientes principios:

(5) Artículo 1.382.—"Todo hecho cualquiera del hombre que cause a otro una daño obliga a aquél por cuya culpa se ha producido, a repararlo.

1.º Que el artículo 1.384 al. 1. establece una presunción de responsabilidad en contra de quien tiene la guarda de la cosa.

2.º Que dicha norma no tiene en cuenta si la cosa es accionada o no por mano del hombre, no exigiendo tampoco que la cosa tenga un vicio inherente a su naturaleza susceptible de ocasionar un daño.

3.º El artículo 1.384 hace nacer la responsabilidad de la guarda de la cosa y no de la cosa en sí misma (rechazándose así la distinción entre cosa peligrosa y no peligrosa).

El error de esta interpretación, cuyo sentido práctico no vamos a discutir, es haber forzado el concepto del hecho de la cosa para buscar la responsabilidad del guardián, bien entendido que por lo que se refiere a vehículos de motor, ya que tras la cosa está siempre el hombre, que es el que actúa, motivando con su comportamiento el que la cosa pueda producir el daño por su propia peligrosidad. Lo cierto es que con ello resolvieron el problema sin necesidad de codificar, resolviendo todas las exigencias reintegrativas del daño ocasionado en el seno de una actividad que origina un peligro en razón al riesgo creado.

#### I T A L I A

Un fenómeno inverso se produjo en Italia y en otros países de Europa.

El artículo 1.153 (6) del viejo Código civil italiano no tuvo ni en la doctrina ni en la jurisprudencia el mismo desarrollo que el 1.384 del Código francés.

La responsabilidad por el hecho de la cosa, erróneamente traducida en el Código civil italiano, por el daño ocasionado "con la cosa" que se tenía en custodia, no sirvió para superar el límite de la responsabilidad subjetiva establecida en el artículo 1.151 (7).

Quedó, pues, el principio de la culpa como fundamento de la responsabilidad con la consiguiente carga de la prueba para el lesionado.

No faltaron tentativas para forzar la interpretación del artículo 1.153, pero tales tentativas fueron frenadas a tiempo por la intervención del legislador con la Ley de 30 de junio de 1912, sobre circulación de automóviles, que disciplinaba con nuevo criterio la responsabilidad derivada de su uso.

Este criterio se mantuvo al promulgarse el *Codice della Strada*, de 8 de diciembre de 1933, en cuyo artículo 120 se decía: "El daño producido a personas o cosas por la circulación de un vehículo se presume debido a culpa del conductor. La presunción se excluye sólo cuando éste pruebe que hizo todo lo posible para evitar que el daño se verifique. No puede considerarse en manera alguna como daño de-

(6) Artículo 1.153.—"Cada uno igualmente está obligado no sólo por el daño que ocasione por el hecho propio, sino también por el producido por la persona por la cual debe responder o con la cosa que tiene en custodia".

(7) Artículo 1.151.—"Cualquier hecho del hombre que cause un daño a otro, obliga a aquél por cuya culpa se ha producido a reparar el daño".



rivado de fuerza mayor el causado por defecto de construcción o de conservación del vehículo. El propietario del vehículo se encuentra obligado solidariamente con el conductor, a menos que pruebe que la circulación del vehículo se realizó contra su voluntad, salvo la responsabilidad que pueda corresponderle, según los principios generales del Código civil.

Este artículo pasó luego con ligeras variaciones a integrar el 2.054 (8) del nuevo Código civil de 30 de marzo de 1942, con lo que se subsanó la aparente anomalía de que fuese el Código de la Carretera el que resolviese el problema de la responsabilidad civil derivada del uso de vehículo, y de ahí que al promulgarse el nuevo Código de la Carretera de 27 de octubre de 1958, y que entró en vigor el 1 de julio de 1959, desapareciese de él la regulación de la responsabilidad civil.

Fué ésta una codificación que extendiendo el principio del riesgo a la circulación automovilística lo contrae a la misma y limita en otras actividades.

Había ocurrido en Italia un fenómeno diametralmente opuesto al ocurrido en Francia.

En Francia, la Ley que restringía la responsabilidad en caso de incendio servía para ampliar en los demás campos el principio del riesgo a través de la responsabilidad por el hecho de las cosas.

En Italia, la aceptación del principio del riesgo en la responsabilidad automovilística con la inversión de la prueba servía para taponar todo ulterior desarrollo del principio en relación con otros riesgos no previstos en la legislación especial. Lo que en Francia se convirtió en norma, salvo excepciones, en Italia fué una excepción a la norma.

## S U I Z A

Suiza, por su parte, sienta el principio de presunción de responsabilidad en la Ley federal de 15 de marzo de 1932, hoy recogido en análogos términos en la nueva Ley de 19 de diciembre de 1958, ar-

---

(8) Artículo 2.043. Código Civil italiano de 1942.—Resarcimiento por hecho ilícito: Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasione a otro un daño injusto, obliga al que ha cometido el hecho a resarcir el daño.

Artículo 2.054.—Circulación de vehículos: El conductor de un vehículo sin guía de circulación (sin carriles) está obligado a resarcir el daño producido a personas o cosas por la circulación del vehículo, si no prueba haber hecho todo lo posible para evitar el daño. En el caso de choque entre vehículos se presume, salvo prueba en contrario, que cada uno de los conductores ha concurrido igualmente a producir el daño sufrido por los respectivos vehículos. El propietario del vehículo o, en su lugar, el usufructuario o el adquirente con pacto de reserva de dominio, es responsable solidariamente con el conductor, si no prueba que la circulación del vehículo ha tenido lugar en contra de su voluntad. En todos los casos, las personas indicadas por los apartados anteriores son responsables de los daños derivados de vicios de construcción o defectos de mantenimiento del vehículo”.

tículos 58 a 62 (9), y en la Ordenanza sobre responsabilidad civil y seguro en materia de circulación por carretera de 20 de diciembre de 1959.

(9) La Ley Federal Suiza sobre circulación por carretera de 19 de diciembre de 1958 —artículo 58—. Si como consecuencia del empleo de un vehículo automóvil una persona resulta muerta o herida o se causa un daño material, el *detentador* (1) es civilmente responsable.

Cuando un accidente de circulación sea causado por un vehículo que no está al uso (que no está circulando), la responsabilidad civil del detentador se establecerá si el lesionado prueba que éste último o las personas por las que él responde han cometido una falta o que un defecto del vehículo a contribuido al accidente.

El detentador es igualmente responsable, en la medida que fije el juzgador, de los daños consecuentes a la asistencia prestada con motivo de un accidente en el que su vehículo automóvil esté implicado, si el accidente le es imputable o si la asistencia le ha sido prestada a él mismo o a los pasajeros de su vehículo.

El detentador es responsable de la falta del conductor y de los auxiliares al servicio del vehículo como de su propia falta.

Artículo 59.—El detentador quedará libre de responsabilidad civil si prueba que el accidente ha sido causado por fuerza mayor, o por una falta grave del lesionado (culpa grave) o de un tercero, sin que él mismo o las personas por las que él responde hayan incurrido en culpa y sin que un defecto del vehículo haya contribuido al accidente.

Si no obstante el detentador no quedase libre de responsabilidad en virtud de lo dispuesto en el párrafo anterior, pero prueba que la culpa del lesionado ha contribuido al accidente, el juzgado fijará la indemnización teniendo en cuenta estas circunstancias.

Si es por atención y gratuitamente la razón del transporte de la persona muerta o herida o que el vehículo le haya sido prestado, el Juez puede reducir la indemnización o suprimirla cuando circunstancias especiales lo justifiquen; esta regla es igualmente aplicable a los daños sufridos por los objetos que el lesionado llevase con él.

Es según el Código de obligaciones por el que se determinarán:

a) La responsabilidad civil en las relaciones entre poseedor y propietario de un vehículo, por los daños sufridos por éste.

b) La responsabilidad del detentador por los daños causados a los objetos transportados en un vehículo, con excepción de los que el lesionado llevase con él, especialmente su equipaje, etc., se reservan las leyes sobre servicios de correos, ferrocarriles y navegación.

Art. 60.—Cuando varias personas respondan de un daño sufrido por un tercero en un accidente del que sea causa un vehículo automóvil, serán solidariamente responsables, salvo lo que se dispone en el párrafo 3.º de este artículo.

El daño será repartido teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre las personas responsables complicadas en el accidente. Cuando todas ellas sean detentadoras de automóviles soportarán el daño por partes iguales, a menos que circunstancias especiales, particularmente la culpa de cualquiera de ellas, no justifique otra forma de reparto.

Si independientemente de los detentadores, una persona es civilmente responsable por razón o mediando culpa, sólo responde por la parte que le incumbe y que el Juez determine, teniendo en cuenta todas las circunstancias. Si esta per-

(1) *Détenteur* es palabra de imposible traducción y su alcance ha sido interpretado por la jurisprudencia como aquella persona que utiliza el vehículo en su provecho, o que saca provecho del vehículo, o que se sirve de él a sus expensas, en su propio interés. O también el jefe de familia o de la explotación de la que depende el vehículo en el momento del accidente, aquél que obtiene el provecho económico, sea o no el propietario.

Portugal acepta también el principio en el Código en la Estrada de 20 de mayo de 1954, artículo 56 (10).

sona sólo ha incurrido en culpa leve, el Juez puede liberarla de su obligación de reparar el daño cuando las circunstancias lo justifiquen.

Artículo 61.—Cuando un detentador sea víctima de lesiones corporales en un accidente en que estén complicados varios vehículos automóviles, el daño será soportado por partes iguales por los detentadores de todos los vehículos automóviles complicados, a menos que las circunstancias, especialmente la culpa de uno u otro, no justifique otra forma de reparto.

Cualquiera de los detentadores no responderá hacia los otros por los daños materiales si el lesionado proporciona la prueba de que los daños han sido causados por la falta o incapacidad pasajera de discernimiento del detentador acusado o de la persona por la que él responda o por un defecto del vehículo.

Artículo 62.—La forma y la extensión, así como la obligación de pago de una indemnización a título de reparación moral, se rige por los principios del código de obligaciones referente a los actos ilícitos.

Cuando una persona muerta o herida goce de un capital o ingresos excepcionalmente elevados, el juez puede, teniendo en cuenta todas las circunstancias, reducir equitativamente la indemnización.

Las prestaciones hechas a un lesionado por una entidad aseguradora privada a la que el detentador haya pagado todo o parte de las primas, serán deducidas de la indemnización debida por este último proporcionalmente a su contribución, a menos que el contrato de seguro no disponga otra cosa.

(10) Artículo 56. Código de la Estrada Portugués 1954. 1.—Todo accidente causado por un vehículo o animal en las vías públicas que afecte a cualquier persona en su integridad física o en su patrimonio, dará al lesionado derecho a una indemnización por los perjuicios y daños recibidos, excepto cuando sea imputable al lesionado o a un tercero o resulte de fuerza mayor extraña al funcionamiento del vehículo.

Los individuos transportados gratuitamente no tendrán derecho a indemnización si fueren víctimas de accidente debido a caso fortuito inherente al funcionamiento del vehículo que los transportaba. A estos efectos, se considera transporte gratuito el realizado sin interés por parte del transportador.

En caso de muerte del lesionado en virtud de accidente, el derecho a exigir indemnización se transmite a las personas enunciadas en el artículo 16 de la Ley núm. 1.942 de 27 de julio de 1936 y por el orden allí indicado. En el caso de no existir ninguna de dichas personas, cualesquiera otros herederos sucesivos tienen igual derecho, pero sólo en la parte que respecta a los perjuicios causados en los bienes del lesionado.

2. La indemnización consistirá en el pago de una cantidad fijada por el juzgado a su prudente arbitrio que deberá atender a la gravedad del accidente, al daño material y moral por él causado y a la situación económica y condición social del lesionado y del responsable.

Cuando el accidente sea debido a caso fortuito inherente al funcionamiento del vehículo, la indemnización será fijada teniendo en cuenta los preceptos de los artículos 13 al 15 del Código civil y no deberá exceder en su totalidad de la suma de 200.000,00 escudos.

3. Si hubiere simultáneamente culpa del lesionado y del responsable o de éste y un tercero, o cuando se demuestre que el lesionado o un tercero fueron causa por su culpa de la agravación de los resultados del accidente, será disminuida la indemnización en armonía de lo que según las reglas de la experiencia se juzgue causa adecuada de la lesión o de su agravación.

Cuando el accidente fuere causado por persona accidental o permanentemente privada del uso de sus facultades mentales o por un menor, se observará lo dispuesto en los artículos 2.377 a 2.379 del Código civil.

4. El propietario singular o colectivo o el legítimo poseedor de un vehículo o de un animal que haya causado un accidente, cuando éste no transite contra

Este es, poco más o menos, el proceso legislativo en casi todos los países de Europa y algunos Estados sudamericanos, entre los que se destaca Venezuela con su Ley de Tránsito terrestre de 1 de enero de 1961, sin duda una de las más completas y mejor estructuradas, por haber recogido la experiencia de las demás legislaciones (11).

su voluntad, responderá solidariamente con el conductor por los daños causados. Tendrá derecho de repetición contra el conductor cuando el accidente le fuese imputable a éste y no estuviese excluido por los principios que regulan la prestación de servicios.

5. Los individuos o empresas responsables por los daños o tratamientos responderán por los perjuicios comprobadamente sufridos por los prestadores de socorros a que se refiere el núm. 4 del artículo 60.

Los propietarios de vehículos o animales causantes de accidentes o en lugar de ellos las compañías aseguradoras, en los términos del artículo siguiente, vendrán siempre obligados a satisfacer los hospitales, médicos o entidades semejantes y al pago de los gastos de tratamiento de heridos, los cuales serán calculados por las tablas establecidas en la legislación en vigor para los accidentes de trabajo. Se reserva a los propietarios o a las compañías aseguradoras el derecho de repetir por dichos gastos contra aquéllos que prueben es debido el accidente, ya sean los conductores de los vehículos o animales, las propias víctimas o terceras personas.

6. Los directores de hospitales o establecimientos similares, dependientes o no de organismos del Estado, donde se atiendan, asistan o reciban tratamiento cualesquiera víctimas de accidentes de tránsito, participarán a la autoridad administrativa del concejo o barrio, lo más pronto posible, la admisión de los individuos siniestrados, facilitando acerca del accidente todas las informaciones que les fuese posible prestar.

7. Los instructores son civilmente responsables por los accidentes causados por los instruendos.

8. Los examinandos responderán por los accidentes causados durante su examen.

9. El derecho a pedir indemnización civil por accidentes de tránsito prescribe en los términos establecidos en el artículo 535 del Código civil y goza de privilegio mobiliario especial equiparado al del núm. 3 del artículo 882 del mismo Código sobre el vehículo o medio de transporte que le haya causado.

10. Los daños causados por terceros extraños al tránsito de los vehículos o animales, serán reparables en los términos establecidos en la Ley civil.

No se consideran terceros los empleados o funcionarios de la persona u organismo propietario del vehículo.

(11) Ley de tránsito terrestre de Venezuela. Artículo 21.—El conductor está obligado a reparar todo el daño material que cause con motivo de la circulación del vehículo, a menos que pruebe que el daño proviene de un hecho de la víctima o de un tercero, que haga inevitable el daño y sea normalmente imprevisible para el conductor.

Cuando el hecho de la víctima o del tercero hayan contribuido a causar el daño, se aplicará el artículo 1.189 del Código civil. La obligación de reparar el daño moral se regirá por las disposiciones del Derecho Común.

•En caso de colisión de vehículos se presume, hasta prueba en contrario, que los conductores tienen igual responsabilidad por los daños causados.

Artículo 22.—Se presume, hasta prueba en contrario, que es culpable de un accidente de tránsito el conductor que en el momento del accidente se encontrase bajo el efecto de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas o que conduzca a exceso de velocidad.

Artículo 23.—El propietario es solidariamente responsable con el conductor, aun cuando éste no haya sido identificado, por los daños materiales causados. A los efectos de dicha responsabilidad, el propietario deberá constituir y mantener

Queda pues, expuesto a grandes trazos cómo ha tomado carta de naturaleza en la regulación de la responsabilidad civil por el uso de vehículos a motor la presunción de responsabilidad, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba y el principio de responsabilidad objetiva en base al riesgo cuando el accidente sobreviene por causas

---

garantía cuyo monto determinará únicamente el límite de responsabilidad del garante.

En el Reglamento de esta Ley se graduará el monto de la garantía exigible atendiendo a los diferentes tipos de vehículos.

El monto de dicha garantía será fijado en el Reglamento de esta Ley, pero nunca será menor de 5.000 bolívares, en caso de daño a las personas; ni de 2.500 bolívares en caso de daño a las cosas.

PARÁGRAFO ÚNICO.—El propietario no será responsable solidariamente con el conductor de los daños causados por el vehículo de que es dueño, cuando haya sido privado de su posesión como consecuencia de hurto, robo, apropiación indebida o requisición forzosa del mismo.

Artículo 24.—La garantía a que se refiere el artículo anterior, deberá prestarse mediante seguro de responsabilidad civil en las condiciones establecidas por el Reglamento de esta Ley.

Artículo 25.—En razón del seguro de responsabilidad civil, las víctimas del accidente o sus herederos, tienen una acción directa contra el asegurador en los límites de la suma asegurada por el contrato.

Si hay varios perjudicados y el total de las indemnizaciones debidas por el propietario excede de la suma asegurada, los derechos de aquéllos contra el asegurador se reducen proporcionalmente hasta la concurrencia de esta suma. No obstante, el asegurador que haya pagado de buena fe a uno de los perjudicados una cantidad mayor a la que correspondía por ignorar la existencia de otros derechos, queda liberado de la responsabilidad respecto a los demás perjudicados, hasta la concurrencia de la cantidad pagada.

Artículo 26.—En ningún caso le podrán ser opuestas a la víctima o a sus causahabientes, las excepciones que pudiera tener el asegurador contra el asegurado, no obstante el asegurador sólo puede repetir contra el asegurado:

- a) Cuando el asegurado no haya pagado la prima convenida,
- b) Cuando el asegurado haya obstaculizado con su hecho el ejercicio de los derechos del garante.
- c) Cuando al producirse el accidente el vehículo esté destinado a usos diferentes que los normalmente previsibles en el momento de la celebración del contrato.

d) Cuando los daños reclamados hayan sido causados intencionalmente por el asegurado, o con su complicidad.

e) Cuando el asegurado haya entregado el vehículo a un conductor legalmente incapacitado para conducirlo, a sabiendas de que era incapaz.

f) Cuando el asegurado no ponga la diligencia necesaria para mantener el vehículo en las condiciones de seguridad y buen funcionamiento exigidos por esta Ley y sus Reglamentos, y

g) Cuando el asegurado haya causado el daño conduciendo el vehículo en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas tóxicas o heroicas.

En estos casos el Juez determinará, según su prudente arbitrio, la cantidad que el asegurado deberá reembolsar al asegurador.

Artículo 27.—Las acciones civiles a que se refiere esta Ley, prescribirán a los seis meses de sucedido el accidente. La acción de repetición a que se contrae el artículo anterior, prescribirá en igual término, a contar del pago de la indemnización correspondiente.

Artículo 28.—La responsabilidad del conductor o del propietario de un vehículo en razón del daño causado en un accidente de tránsito a las personas o cosas que aquél transporte, queda sometida al derecho común. No obstante

inherentes al funcionamiento del vehículo, sin que puedan reputarse como debidos a fuerza mayor los consecuentes a defectos de construcción o mantenimiento.

La preocupación del legislador por favorecer a la víctima es evidente. El seguro obligatorio y la creación del Fondo de Garantía, como instituciones complementarias, cierran el ciclo que busca el perfeccionamiento y eficacia de la pretensión reparadora.

Sin embargo, el hecho cierto es que todas estas previsiones distan mucho del logro efectivo de lo perseguido. Ocurre con ello algo de lo que sucede en la órbita exclusivamente penal, en la que tampoco el éxito ha coronado el esfuerzo del legislador, y la doctrina pugna aún por hallar una fórmula que logre la eficaz y correcta sanción del accidente de tráfico y que su finalidad intimidativa reduzca su número aterrador en constante progresión, no obstante las medidas preventivas, cada vez más severas y meticulosas.

#### E S P A Ñ A

Por lo que respecta a España, justo es decirlo, se ha incorporado tarde y mal a este proceso legislativo.

Claro está que nuestro parque de vehículos era tan reducido que sólo hasta hace muy pocos años comenzó a preocupar seriamente el problema.

La primera manifestación legislativa se produce con la Ley de 9 de mayo de 1950, llamada Ley del Automóvil. Su contenido es estrictamente penal y, no obstante representar un avance en nuestro panorama legislativo, no puede decirse que el acierto coronase el esfuerzo del legislador.

Nada se hizo para regular las exigencias reparadoras, no obstante haberse ido agudizando el problema de forma alarmante. Por fin, el legislador, desbordado por la realidad, se decide a afrontarle y surge la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, que entrará en vigor el día 1 de enero de 1964.

Es un ordenamiento completo que abarca el aspecto penal, procesal penal, ordenamiento civil y ordenamiento procesal civil, instituyendo el seguro obligatorio y creando el fondo nacional de garantía.

Desgraciadamente, nos vemos obligados a puntualizar que el ensayo no ha sido muy afortunado. En lo que respecta al ordenamiento civil y su regulación procesal, que es el que aquí nos interesa, sus defectos y errores son notorios. Difícilmente logrará la finalidad reparadora rápida y eficiente que, al decir de la exposición de motivos, se persigue con ella. No es nuestro propósito hacer aquí una crítica de dicha

---

quien se dedique al transporte de personas, deberá constituir y mantener garantía adicional a los fines de esa responsabilidad, en conformidad con las disposiciones de esta Ley y sus Reglamentos.

Artículo 28.—El Ejecutivo Nacional queda autorizado para dictar las disposiciones sobre la garantía que deberán prestar los propietarios o conductores de vehículos de matrícula extranjera.

Ley, ya que ésta ha de salir *a sensu contrario* de la exposición que intentamos de lo que debe ser y cómo debe regularse la responsabilidad civil automovilística. Allí quedará de relieve qué es lo que debía hacerse y qué es lo que no se ha hecho. Pero por si alguien o nadie estuviese conforme con nuestro criterio, basta leer la regulación de las materia en los países que han sido citados en este trabajo, y cuyo articulado va recogido en forma de notas, para darse una idea de las lagunas que tiene nuestro ordenamiento, de difícil superación o corrección a través de una interpretación jurisprudencial.

## LINEAMIENTO PARA UN ORDENAMIENTO SUSTANTIVO CIVIL

De los tres elementos constitutivos de la responsabilidad civil: el perjuicio o daño, la culpa y el nexo causal, sólo vamos a ocuparnos con preferencia del segundo, por ser el que ha marcado la más profunda alteración en el sistema clásico.

El nexo causal será examinado en su nueva orientación a través de las causas de exoneración: conducta de la víctima, de tercero y fuerza mayor, y respecto al perjuicio en sus aspectos de daño material y daño moral y beneficiarios de la indemnización, prescindimos de abordarlo en este trabajo, ya que en su actual estructuración no influyen sensiblemente las nuevas concepciones.

Hecha esta aclaración sobre el plan, y como presupuesto previo y punto de arranque a lo que luego ha de decirse, creemos indispensable una puntualización muy concisa pero, a nuestro juicio, lo suficientemente expresiva que sirve de punto de apoyo a nuestro criterio. No pretendemos ir más allá de un intento de aportación a esta naciente rama del derecho que demanda con urgencia una solución. Nos sentiríamos satisfechos con haber aportado alguna idea.

Advertimos que la puntualización que ahora hacemos no debe ser olvidada al avanzar en la lectura, por ser la piedra angular de toda la construcción.

La responsabilidad surge siempre como consecuencia indeclinable del incumplimiento de una obligación.

Esa obligación que, aceptando la definición de Colin y Capitant, no es otra cosa que una necesidad jurídica, por efecto de la cual una persona es compelida respecto a otra a una prestación positiva o negativa, impone al obligado su estricto cumplimiento, y cuando éste no se realiza genera una responsabilidad que permite la exigibilidad del mismo. Es decir, que en sentido muy amplio la responsabilidad tiene siempre un matiz o carácter de pena ante el incumplimiento de una obligación que impone, por el solo hecho de contraerla, el deber de cumplirla.

Ahora bien; en el derecho tradicional, y ya en el campo de la obligación extracontractual, que es la que aquí nos interesa, precisamente por ese carácter de pena no se admitió que pudiera surgir la respon-

sabilidad si no estaba basada en la culpa, y de ahí la necesidad de su exigencia. Si no existía como motivo de incumplimiento de la obligación no podía surgir responsabilidad, que era el presupuesto para hacer exigible su cumplimiento.

Al crearse y darse cabida a la teoría del riesgo surgió una obligación que nacía de un hecho en que la voluntad está ausente en lo que a creación del vínculo se refiere, que quedaba creado por el simple uso lícito de la cosa susceptible de provocar el riesgo por su peligro potencial, con lo que quedaba eliminado todo concepto de culpa y, además, el usuario de la cosa puede decirse que se obligaba en potencia a reparar los daños que causase, y al causarlos efectivamente persistía la obligación de repararlos, pero desvinculada ya de la idea de responsabilidad, que, para nosotros, debe ir ligada a la culpabilidad. De hecho, el agente responde de los daños que cause como consecuencia del uso de la cosa peligrosa o está obligado a indemnizarlos, pero no es correcto hablar de responsabilidad si no ha mediado dolo o culpa en su producción.

Queda roto en este campo el trinomio obligación-culpabilidad-responsabilidad y se mantiene sólo la obligación creada legalmente y que nace en el momento mismo de la causación del hecho en razón al medio empleado. Obligación exigible por imperativo de la Ley y de cuyo cumplimiento responde quien la Ley designe (12).

Pues bien, es curioso observar que sobre la responsabilidad civil derivada del delito, así como sobre la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, se hayan construido teorías o formulado hipótesis y comentarios doctrinales arrancando siempre del hecho cierto e inconcuso de que ambas son instituciones consagradas en el derecho positivo y sean pocos los que en realidad se han planteado la cuestión no de justificarlo, sino la de si tal regulación es correcta, no obstante su indudable arraigo, y la de si no es llegado el momento de poner las cosas en claro e intentar una nueva regulación que sin estar desprovista de sentido jurídico, ni dar al traste con normas incontrovertibles, como las de no hacer daño a nadie y dar a cada uno su derecho, resuelvan, de una vez para siempre, un problema que viene inquietando la conciencia del juzgador y que no es otro, expresado con toda claridad, que el de que la víctima de un accidente de circun-

---

(12) En realidad este criterio no encierra originalidad alguna, salvo el que implique su aplicación a la hasta ahora llamada responsabilidad objetiva o en función al riesgo ya que ha sido apuntado en más de una ocasión.

Así MAZEAUD hace referencia a quienes sostienen que la expresión "responsabilidad" debe ser reservada al dominio de los delitos y cuasi delitos y el término "garantía" debe ser el empleado en materia de contratos.

H. BREBBIA en su obra *Accidentes de automotores*, pág. 378, dice: "Estrictamente hablando, no puede hablarse de responsabilidad del propietario, sino de su deber de garantía, toda vez que la obligación de resarcir no nace de la transgresión a ninguna norma, sino de su carácter de titular del dominio del automotor, que hace que responda de las consecuencias de una transgresión aiena".



lación, ya genere o no responsabilidad penal, pero sí civil, percibe tarde, mal o nunca la justa reparación a la que es acreedor.

Para quienes hemos consagrado nuestra vida al servicio de la Justicia, nos duele en lo más íntimo que nuestro ser ese anhelo popular, siempre insatisfecho y que tan justamente provoca reacciones de perplejidad y descontento, al no ver cumplidamente reparados sus detrimentos patrimoniales ante un cúmulo de sutilezas y complejidades que el juzgador, a no dudarlo, lamenta, pero fracasa impotente ante la imperfección de la Ley y ante una lentitud que, amparada por ésta unas veces y otras por una imposibilidad física para resolver el cúmulo de asuntos que se someten a su consideración, se ve imposibilitado para remontar.

Tratemos de ir centrando el problema.

En los tiempos actuales vemos que el hombre, por razones de un progreso técnico insoslayable, ha colocado entre sus semejantes, y para el uso de ellos, una serie de elementos mecánicos capaces por sí de producir estragos tanto por el riesgo que implica su manejo como por un inherente peligro potencial derivado de su complicado mecanismo.

Al hombre le es lícito y necesario servirse de ellos, por lo que la libertad de uso no puede ser coartada, aunque exija una reglamentación. Tampoco es lógico hacerle forzosamente responsable de las consecuencias del mismo, ajenas a su voluntad, pero sí es posible, como luego razonaremos, obligarle a indemnizar o reparar los daños que cause como tal usuario, sin necesidad de hacer derivar tal obligación de un concepto de responsabilidad que no puede surgir sin una culpa, lo que hace inadmisibles el concepto de responsabilidad sin culpa o responsabilidad objetiva, y aunque las consecuencias finales sean idénticas, no se trata de un mero juego de palabras, ya que aquí las palabras tienen un contenido jurídico de extraordinaria importancia en la construcción total.

Si la responsabilidad sigue a la culpabilidad como la sombra al cuerpo, es lógico que al desaparecer ésta no quepa hablar de aquélla, pero lo curioso es que esto no ha sido nunca así y, como ya hemos visto, son innumerables los casos desde las más remotas épocas en que, ante la necesidad de reparar determinados daños, se creó la obligación de indemnizarlos, y en vez de limitarse a establecer esta obligación legal al amparo de la Ley como fuente primordial de obligaciones, se entremezcló innecesariamente el concepto de responsabilidad donde no había necesidad de hablar de ella, y como no mediaba culpa surgió la construcción de la responsabilidad sin culpa, concepto un tanto anómalo que da vida a la responsabilidad objetiva, que es tanto como transportar la responsabilidad a la simple causalidad, con lo cual pierde el concepto de responsabilidad su auténtico contenido espiritual, introduciendo un confucionismo donde no debe haberlo, ya que no es lo mismo responsabilidad que obligación de indemnizar. La responsabilidad surge a través de la culpabilidad y no puede ni debe ser ma-

terializada al ligarla a la simple causalidad; en cambio, la obligación de indemnizar surge por la simple causación del hecho y coloca al que materialmente lo ha causado en la postura correcta y justa frente al que lo ha sufrido, al exigirle a aquél y no a éste, que siempre será la parte más inocente, la prueba de cualquiera de las causas que puedan exonerarle de tal obligación y que ya tasadamente puede recoger la propia Ley.

Así sentadas las cosas, frente al accidente automovilístico productor de daños en las personas o en las cosas, pueden surgir dos situaciones bien definidas en la vida real, o el accidente ha sido debido a culpa del conductor o ha sobrevenido sin mediar culpa alguna. En el primer caso, hay responsabilidad de tipo penal, cualquiera que sea su grado, para nosotros siempre penal, para ser consecuentes con nuestro criterio sobre el concepto unitario de la culpa; en el segundo, entendemos que no cabe hablar de responsabilidad, sino de obligación de indemnizar, de cuyo cumplimiento *responde* el obligado. En los dos casos surge la obligación de indemnizar, si bien en el primero es consecuencia de una responsabilidad de signo penal, fuente de obligaciones según la Ley (art. 1.089 del C. c. y 19 del C. p.), y en el segundo, de admitirse la regulación que se propugna, recogida ya en la mayoría de los países, en méritos a la simple causación del hecho y no por una idea de responsabilidad, sino por la del riesgo inherente al uso de la cosa peligrosa en sí, y ya en este camino, justo es que quien se beneficia de la cosa tenga a su cargo la prueba de las causas de exoneración que recoja la Ley. Hay un argumento más en favor de esta tesis, y es el siguiente: conductor y peatón se benefician del uso común de la vía pública, derecho a los dos reconocido, pero mientras el peatón sólo disfruta de tal beneficio por sus propios medios físicos, incapaces en potencia de generar un auténtico peligro, el conductor lo hace utilizando un medio mecánico peligroso en sí y capaz de generar por su propio funcionamiento o medio de propulsión un auténtico peligro susceptible de desencadenarse independientemente de la voluntad del que lo maneja. Como se ve, resulta difícil equilibrar ambas posibilidades de creación de riesgo, que siempre serán mayores para el conductor de vehículos movidos a motor, y justo es que sobre él recaiga la obligación de probar.

El hecho, pues, demanda soluciones concretas y no polémicas doctrinales, que por muy prestigiosos que hayan sido y sean sus defensores, piénsese en el caso de Planiol y Henri Capitant, en Francia, no han conseguido que su prestigio indiscutible incline la contienda en favor de la tesis por ellos defendida, no obstante sus apelaciones desesperadas al contenido espiritual del derecho a la libertad y a la ética y a cuanto pudieron apelar. Todo fué barrido despiadadamente por el avance incontenible de la técnica y por esa suprema razón de defensa social, que hoy ha relegado lo que fué un individualismo mal entendido a un segundo plano frente a necesidades cada vez más acuciantes del mundo moderno que obliga a los Estados a intervenir cada vez más en lo que antes se consideró órbita estrictamente privatística.

Como presupuesto previo para justificar nuestra postura, hemos de comenzar por deslindar los campos penal y civil, fijando una posición que estimamos imprescindible en esta construcción.

La distinción entre culpa penal y culpa civil es pueril y, como es de sobra sabido, está plagada de dificultades. Nadie ha sido capaz, por mucho ingenio que haya puesto en ello, de precisar dónde termina una y dónde empieza la otra. Pero es que en el campo concreto de los daños a personas o cosas, consecuentes al uso de vehículos de motor, el problema es aún más sutil. Si la incriminación de tales hechos no puede ser otra que a título de culpa o imprudencia, y ésta, según nuestro Código penal, puede ser temeraria, simple con infracción de reglamentos o simple imprudencia o negligencia. ¿qué queda en esta escala para el artículo 1.902 del Código civil? ¿Quién es capaz de trazar la línea divisoria entre la simple imprudencia o negligencia del artículo 586, 3.º, o la imprudencia o negligencia simples del artículo 600, según la nueva redacción, aún suponiendo que al sustituir la frase del anterior "por negligencia o descuido" haya querido el legislador dejar un margen a la culpa extracontractual, todas de indudable relevancia penal, por muy faltas que sean, y la culpa extracontractual del artículo 1.902 del Código civil?

De sobra son conocidos, y por ello innecesario traerlos aquí, los equilibrios jurisprudenciales para hacer tal distinción y el reconocimiento expreso en numerosas sentencias de la extraordinaria dificultad de tal delimitación.

Mantener, pues, en el terreno de la responsabilidad automovilística el criterio de diferenciación es aferrarse a la idea de que el Derecho sin complicaciones ni sutilezas no tiene razón de ser. Frente a este criterio arcaico y trasnochado, incompatible con la esencia misma del Derecho, en la que todo debe ser claridad y precisión, se impone la búsqueda de fórmulas claras y exentas de complicaciones que, sin conculcar los principios generales de derecho, arbitren medios sencillos y eficaces para resolver situaciones de hecho que demandan soluciones concretas.

La culpabilidad en el ámbito de la responsabilidad automovilística, debe quedar circunscrita a la órbita estrictamente penal y generar, en consecuencia, sola y exclusivamente responsabilidad de este signo. En ella caben todos los matices y gradaciones que se quieran, desde el delito a la simple falta, y hasta si se quiere, la infracción de rango administrativo con un substrato penal indudable, y todo lo que se refiere a indemnización por el daño causado queda fuera de tal órbita y se soluciona en el ámbito estrictamente civil.

Para ello es necesario prescindir del concepto de responsabilidad civil y sustituirlo por el más preciso de obligación de indemnizar. Veamos la fórmula.

Todo daño que se produzca como consecuencia del uso de vehículos de motor por las vías públicas obliga al conductor a indemnizar al perjudicado, a menos que pruebe que el daño ha sido debido a la con-

ducta exclusiva de la víctima, de un tercero y a fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo.

No hace falta hablar para nada de responsabilidad. La responsabilidad se mantiene a este respecto en el terreno estrictamente penal. Eliminada la responsabilidad del ámbito civil al trasplantarse la culpa con todas sus gradaciones al campo penal, no se planteará el problema de si al mediar o no la culpa, cabe o no responsabilidad civil.

La culpa, valorada penalmente, servirá en el ámbito civil para graduar el montante de la indemnización en razón de su mayor o menor gravedad, y declarada su inexistencia en la órbita penal por ser el hecho debido, pura y simplemente, a causas inherentes al funcionamiento del vehículo, subsiste la obligación de indemnizar por la pura razón de causalidad, y entonces el montante de la indemnización se fija libremente por el juzgador sin rebasar los topes máximos establecidos por la Ley para tales casos.

Vemos, pues, que el que crea la situación de peligro mediante el uso lícito de vehículos de motor acepta de antemano las consecuencias dañosas que puede producir, no por culpa, sino, simplemente, por el uso del vehículo.

Si media culpa, sólo tiene relevancia penal a efectos de poder imponer una sanción en atención al grado de la misma y, en todo caso, a admitir la valoración de su gravedad para graduar el montante de la indemnización a pagar, pero nunca su ausencia podría acarrear la eliminación de la obligación de indemnizar, que surge no de la culpa, sino del riesgo implícito en el uso del vehículo.

#### *¿Sobre quién recae la obligación de reparar?*

Cualquiera que sea la causa de un accidente de circulación, a consecuencia del cual sobrevengan daños en las personas o las cosas, establecida como presupuesto previo e imprescindible la relación de causa a efecto entre la actividad del vehículo y el daño causado, surge no una presunción de responsabilidad, ya que ésta nosotros la centramos exclusivamente en la órbita penal y en ella no caben presunciones, sino una obligación de reparar el daño causado. En otros términos, la simple causación del accidente tiene que constituir a alguien en presunto obligado a reparar el daño causado, ya sea por ligarse tal obligación a un concepto de responsabilidad generada por culpa o, al no mediar ésta, por razón del riesgo creado, hoy aceptado en la mayoría de las legislaciones por motivos que no vamos a repetir aquí.

#### *¿Quién es ese alguien?*

Mientras que la idea de reparación del daño ha sido una consecuencia de la responsabilidad por el hecho productor del mismo (responsabilidad por el hecho personal) y esta responsabilidad estaba íntimamente ligada o, mejor, basada en la culpabilidad, el problema no ofrecía grandes dudas, ya que tanto una como otra eran directas y recaían sobre el que había producido el daño.

Quedaban sólo como excepciones, recogidas en todos los Códigos e inspiradas en la tradición romanista, las correspondientes a los casos en que los daños eran producidos por animales o cosas, en los que al no ser posible partir de la idea de responsabilidad se hacía recaer la responsabilidad, auténticamente sin culpa o basada en la llamada "culpa in vigilando", en el propietario del animal o cosa.

Ahora bien, en uno u otro supuesto, que para entendernos aceptamos bajo la denominación de "hecho personal" y "hecho de la cosa", las conclusiones eran diferentes.

En el hecho personal la responsabilidad tenía que ser directa, pero se admitía la transferencia de dicha responsabilidad bajo la fórmula de que se respondía no sólo por el hecho propio, sino también por el de las personas por quienes se tenía obligación de responder. La razón práctica de este trasplante está fuera de toda duda y está inspirada, dígase lo que se quiera, en la preocupación de que la víctima no quede sin indemnizar, ya que este responder por el hecho de otro siempre dejaba margen para repetir por importe de lo pagado contra el que había causado el daño por su culpa. Esta responsabilidad secundaria por el hecho de otro se identifica y fundamenta en las mismas razones que la llamada subsidiaria, aunque parezca que en algunos casos las razones son distintas, es decir, en ciertos casos, como el parentesco, parece que el fundamento debe ser distinto que en el de dependencia entre amo y criado o principal y dependiente.

Ahora bien, al surgir el fantasma del riesgo como fundamento de responsabilidad y construirse la responsabilidad sin culpa, toda aquella concepción se tambaleaba, y en vez de hacer la nueva que se precisaba, buscando materiales nuevos, se echó mano de los viejos y se intentó y sigue intentándose acoplar a o en aquellas instituciones la situación vigente, con lo que se enrevesó la solución del problema en términos que de sobra son conocidos.

En realidad, por lo que respecta a la construcción que se ha elaborado por el llamado "hecho de la cosa" en aquellos países que han tratado de seguir el ejemplo francés para resolver el problema por ese cauce, no nos interesa aquí, pues al igual que ha ocurrido en Italia, nuestro Código civil no da margen para esa interpretación, puesto que con muy buen acierto y depurado léxico no admite aplicar a vehículos a motor los casos que en enumeración cerrada y en los artículos 1.905 a 1.908 recoge y que pueden configurar "hecho de la cosa".

Como demostración de tal aserto y a título de curiosidad, citaremos la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1914, en la que chocan hoy los alegatos de las partes referidos a las consecuencias del uso de vehículos a motor, hecho insólito en aquella época. En ella se pretende por el recurrente que el Tribunal "a quo" ha infringido por inaplicación, entre otros, el artículo 1.905 del Código civil, buscando en él un argumento que, por analogía, obligue al propietario a indemnizar a la víctima aun no mediando culpa del conductor, argumento que el Tribunal Supremo no admite por estimar "que no es admisible en derecho confundir ni establecer analogías

entre la responsabilidad que contrae el dueño por acciones u omisiones de sus dependientes, a quienes hay que reputar capacitados para el ejercicio consciente de sus actividades, y la que le alcanza, según aquel precepto, por no tener o llevar sometidos a su acción directora los animales que pueden ocasionar perjuicios al quedar abandonados”.

Vemos, pues, que en nuestro derecho positivo los accidentes sobrevenidos como consecuencia del uso de vehículos a motor no puede configurar nunca un hecho de la cosa, lo que está perfectamente de acuerdo con nuestra postura y nos releva de analizar con más detenimiento esta doctrina, siendo suficiente lo expuesto con fines meramente ilustrativos.

De todas formas diremos que en los sitios en que se ha entablado la discusión cuando propietario y guardián no se identifican se han formado tres grupos, representativos de las siguientes tendencias: 1.<sup>a</sup> Responsabilidad del guardián, puesto que es el que tiene de hecho el poder autónomo de dirección y control sobre ella. 2.<sup>a</sup> Responsabilidad del propietario por mantener la tenencia jurídica y servirse siempre de la cosa directa o indirectamente. 3.<sup>a</sup> Responsabilidad mancomunada, que puede o no ser solidaria.

No hay duda alguna que desde un punto de vista puramente material, el que ha causado el daño reparable (desechada la ficción del hecho de la cosa, que en cualquier caso sería más correcto decir “con la cosa”), es el que tiene entre sus manos el vehículo, al menos mientras está circulando, situación que por ficción se mantiene cuando está estacionado en la vía pública, caso éste en el que, del que lo tiene entre sus manos (conductor), hay que pesar el que lo tiene bajo su guarda, prolongando esta guarda hasta en el caso de abandono del vehículo en la vía pública, ya que tal abandono no puede ser admitido como exoneración, por ser un ilícito administrativo, perfectamente regulado y que pasa por las sucesivas etapas de parada, estacionamiento y abandono, con regulación diferente pero siempre sin perder de vista al que lo colocó en tal situación.

Cuando el vehículo no circula, concepto que jurídicamente no va ligado con la idea de movimiento, sino con la de permanencia en la vía pública, es decir, guardado en un garaje, domicilio particular o incluso discurriendo en el seno de la propiedad privada, serán aplicables las normas de derecho común, puesto que en esta legislación especial todo debe estar enfocado al problema de la circulación en el sentido en que tal hecho está regulado por el Código de la Circulación.

Se llega, pues, a la conclusión de que el obligado a reparar el daño es el conductor, sea o no el propietario del vehículo.

Ahora bien; así como el concepto de responsabilidad ligado a la culpa es personal y sólo puede ir referido al que tiene el vehículo entre sus manos o bajo su guarda, comoquiera que tal conductor o guardador no se identifica siempre con el propietario, para evitar que la *insolvencia del conductor responsable* repercuta en perjuicio de la víctima, había que buscar la fórmula de transferir a aquél la obligación

de indemnizar y así surgió la idea de la responsabilidad refleja, secundaria o subsidiaria, basada ya sea en una razón de parentesco, guarda, tutela o dependencia, lo que hasta ahora ha venido prestando soluciones al problema, pero que en la actualidad no basta para resolverle íntegramente por los fallos que la subsidiariedad, basada en la relación de dependencia, presenta para el logro de la pretensión reintegrativa del daño acordada a la víctima por una razón de justicia y equidad.

Admitida como indeclinable, salvo las excepciones que se establezcan, la obligación de indemnizar se transfiere ésta al propietario o, si se quiere, la garantía del cumplimiento de tal obligación, y así surge un vínculo de solidaridad entre conductor y propietario, que sustituye al de subsidiariedad y en base a la titularidad del vehículo y no a la razón de dependencia, tutela, guarda o parentesco.

Con ello la víctima acciona directamente contra el propietario o conjuntamente contra éste y el conductor, y el éxito de su pretensión reparadora no se verá enturbiado ni dificultado por injerencias extrañas a la justeza de su reclamación, haciendo recaer sobre la parte más débil y más inocente las consecuencias de una relación jurídica prácticamente quebradiza como la dependencia, pasando a injertarse en algo tan firme como ya lo es, y aún lo será más al ponerse en vigor la llamada carta gris, la titularidad del vehículo. A fin de cuentas, la víctima queda al margen de problemas de propiedad que se ventilarán entre los deudores solidarios y logrará con efectividad y seguridad su reparación, que es a lo que tienden todas las legislaciones, o sea, a su reparación a ultranza, pero sin conculcar los principios jurídicos.

Todo cuanto se pretende hacer para encontrar en el derecho constituido fórmulas aplicables a los problemas que plantea el caso especial del accidente de automóvil y la consecuente indemnización o reparación de los daños producidos no sería otra cosa que forzar los criterios interpretativos, creando con ello un confusionismo y una desigualdad de trato que en nada favorecería la normal solución del problema.

Hasta el momento la norma aplicable en tales casos, prescindiendo de aquellos más frecuentes en que por existir una responsabilidad penal la civil era consecuente a ella y se ventilaba conforme a lo establecido en los artículos 19 a 22 y 101 a 111 del Código penal y sus concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no era otra que el artículo 1.902 del Código civil, que recoge en toda su pureza, para los actos u omisiones que causan daño a otro, el principio de responsabilidad basado en la culpa o negligencia "no constitutivos de delito o falta" y corriendo la carga de la prueba a costa de la víctima.

El principio es irreprochable desde un punto de vista general, pero referido a accidentes ocasionados por vehículos a motor su insuficiencia y lamentables consecuencias para la víctima son notorias.

Lo prueba así, no sólo el común sentir ya generalizado sobre tan impropia regulación, sino algo más concreto y aleccionador como es

el criterio jurisprudencial que desde la respetuosa y rígida sujeción al principio clásico sostenido en la sentencia de 31 de octubre de 1931 hasta la más flexible y acomodada a la moderna orientación de la de 10 de julio de 1943, que si bien no sienta el principio de responsabilidad objetiva, por ser legalmente imposible, admite la posibilidad de la presunción de culpa, marcan dos etapas fundamentales y que por ser sobradamente conocidas no estimamos necesaria su transcripción. El criterio sustentado por la última sentencia citada se reafirma aún más en la de 30 de junio de 1959 y en la de 7 de enero de 1960, prueba inequívoca de la justeza de su función al que nuestro más Alto Tribunal, con un sentido de su función que le honra, no pretende llegar con un forzado sistema de interpretación, pero añora una reforma legislativa que le permite aceptarlo, como está ya en su espíritu (\*).

Ahora bien; no deja de ser curioso que no obstante venirse hablando sin excepción en el ámbito doctrinal de responsabilidad civil derivada de culpa o negligencia de aquel signo, el Código civil, ni en los artículos 1.092 y 1.093 y siguientes emplea en ningún momento el concepto de responsabilidad y sí siempre el de obligación, ya sea para expresar que ésta puede nacer de delito o falta o de culpa o negligencia no penadas por la Ley o para sentar la obligación de reparar y designar las personas sobre quienes recae.

Luego el confusionismo entre responsabilidad y obligación de indemnizar no arranca precisamente del legislador, por lo que sólo queda para nuestra finalidad el dar cabida en el derecho positivo a que la obligación de indemnizar se establezca legalmente no sólo en los casos en que medie una conducta sancionable penalmente o en la que inter venga culpa o negligencia no penadas por la Ley, sino también que se haga extensiva dicha obligación a los casos en que sin mediar una y otra se pruebe que ha existido relación de causa a efecto entre el uso del vehículo y la producción del daño y sin que tal obligación pueda ser enervada por otra causa que no sea la que demuestre que se ha operado una rotura del nexo causal, que es, a fin de cuentas, lo que sucede en los casos de conducta exclusiva de la víctima o de tercero, normalmente imprevisibles o de fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo.

De aceptarse la construcción que propugnamos, queda patente, en lo que a uso de vehículos a motor se refiere, la inaplicabilidad del principio de responsabilidad basado en la culpa, recogido en el artículo 1.902 del Código civil, así como toda la regulación de responsabilidad civil derivada de delito a que se refieren los artículos 19 a 22 y 101 a 111 del Código penal.

La primera, por motivo de que al instituirse legalmente la obligación de indemnizar en sustitución de la hasta ahora denominada respon-

(\*) La interesantísima sentencia de 9 de abril de 1963, ponencia del señor Bonet Ramón, ofrece un exhaustivo y magistral resumen de la doctrina del T. S. en esta materia y ofrece un amplio campo de meditación sobre lo que denomina "principios que rigen en nuestro Derecho la responsabilidad generada en el uso de vehículos a motor".



sabilidad civil en razón a que al trasladarse el propietario del vehículo la garantía o efectividad de tal obligación estableciendo una solidaridad, siquiera sea subsidiaria, del propietario, ya que la obligación de resarcir no nace de la transgresión de norma alguna ni de un comportamiento culposo, sino de su carácter de titular o propietario del vehículo que le obliga a indemnizar, o bien por las consecuencias de una transgresión o culpa ajena o directamente aún manejando otro el vehículo si el accidente y los daños consecuentes son debidos a causas inherentes a su propio funcionamiento, caso este último en que sería impropio pretender el resarcimiento del conductor si es persona distinta al propietario. Tal obligación nace, sin que haya que rasgarse las vestiduras al hacer tal declaración, de la simple causación del hecho y no admite otras causas de exoneración que la conducta de la propia víctima o de un tercero normalmente imprevisibles (caso en el que está comprendido el uso ilícito del vehículo) y la fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo, siendo a cargo del obligado a pagar la indemnización la prueba de su existencia y quedando sólo al de la víctima la del nexo causal entre hecho y resultado.

La segunda, por la sencilla razón de que si toda culpa debe tener, como propugnamos para lo sucesivo, matiz penal y, en consecuencia, derivaría de ella una responsabilidad civil por ser principio general consagrado en nuestro ordenamiento penal, ésta tendría que regularse, como sería lógico, por lo en él dispuesto, es decir, con sus caracteres de principal y subsidiaria en caso de insolvencia basada en razón a un vínculo de dependencia que tasadamente enumeran los artículos 21 y 22 del Código penal, y que no es susceptible, como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo, de interpretación extensiva ni analógica, dependencia ésta que ante el craso error, hasta ahora mantenido de tratar de resolver una cuestión meramente civil como es la obligación de indemnizar a cargo del que causa un daño, con normas estrictamente penales la constriñe más que el propio Código civil al regular las obligaciones derivadas de la impropia culpa civil, que, ciertamente, para quien sea capaz de ver el punto de deslúde con la penal, nosotros, gracias a Dios, no gozamos de tan buena vista, debe reputarse de menor entidad que la penal. Pues bien, la simple lectura del artículo 1.903 lleva a la conclusión de que la responsabilidad que dicho artículo impone, *no con carácter subsidiario*, sino directo, lo es por los actos "*de aquellas personas de quienes se debe responder*", concepto que sin forzarse por una interpretación jurisprudencial de las llamadas pretorianas, y entendiendo, como puede entenderse, con criterio lógico que no está vinculado limitativamente a las enumeraciones que se contienen en los párrafos siguientes, que entendemos tienen carácter más enunciativo que limitativo, resolvería todos los supuestos que plantea el uso de vehículos y que en la responsabilidad civil regulada en el Código penal no es posible incluir por no dar margen para ello su articulado, y con ello, en resumidas cuentas, la víctima no lograría en muchos casos su pretensión reparadora.

Ambas instituciones quedarían sustituidas por la nueva concep-

ción que salva ágilmente todos los obstáculos, sin detrimento alguno para la equidad ni la justicia.

El resarcimiento del daño causado como consecuencia del uso y circulación de un vehículo por la vía pública se convierte así en una obligación creada por la Ley en favor de la víctima o sus causahabientes y que corre a cargo de quien tiene la titularidad del vehículo, de quien utiliza el vehículo en su provecho, aun sin ser el titular, y del conductor, siempre que aquéllos mantengan con éste una relación, bien de dependencia, bien contractual o simplemente consensual o derivada de vínculo familiar, o que sin ninguna de ellas y aun tratándose de uso no autorizado del vehículo por persona por quien el propietario o detentador del vehículo no tenga obligación de responder, aquél haya hecho posible, por su descuido, la utilización del vehículo, creando así una mancomunidad de deudores solidarios hacia un único acreedor, la víctima, mancomunidad de la que en última instancia e instituido el seguro obligatorio, forma parte también el asegurador, lo que constituye uno de los fundamentos de la llamada "acción directa", recogida hoy en todas las legislaciones y también en nuestra flamante Ley y que está provocando en la doctrina la necesidad de una revisión en la naturaleza jurídica del seguro hasta ahora llamado de responsabilidad civil, que de ser un seguro patrimonial que protege el patrimonio del asegurado atacado por una demanda de indemnización pasaría a ser un seguro instituido en favor de tercero.

Esta mancomunidad solidaria permite a la víctima, establecida la relación de causa a efecto, reclamar a cualquiera de ellos la totalidad de la indemnización que le sea debida o acordada, sin que se le puedan oponer para enervar el pago otras excepciones que las de que su conducta o la de un tercero, han sido la causa exclusiva y normalmente imprevisible del daño o que éste se ha producido por causa de fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo, quedando entre los deudores solidarios la posibilidad de repetición.

No pretendemos que el principio de la responsabilidad fundado en la culpa desaparezca del derecho positivo y sea sustituido por la teoría del riesgo creado o del riesgo profesional, pero sí que al igual que en el ámbito laboral ha sido aceptada sin discusiones y por una razón de equidad la del riesgo profesional, poniendo a cubierto al obrero de los daños que puedan sobrevenirle como consecuencia de su actividad laboral, sin tener que injertarlos en una base de responsabilidad patronal que carecería de sentido ante la inexistencia de culpa, en el ámbito de uso de vehículos a motor por la vía pública, hecho hoy normal, imprescindible y que por su peligrosidad innata ha tenido que ser regulado meticulosamente, al admitirse que crea un constante e inevitable riesgo, se proteja al usuario de la vía pública, obligando al que saca el mayor beneficio de su uso o desencadena las consecuencias del peligro potencial que crea a reparar los daños que cause sin necesidad de la prueba de su propia culpa o aun sin que ésta exista.

Y al igual que en el ámbito laboral, para que la carga que tal obligación impone no coarte la actividad del usuario ni haga correr a la

víctima el albur de una posible insolvencia, esa obligación se garantiza obligatoriamente por medio de un seguro.

Inspirado en estos principios, el legislador no tiene por qué entrar a considerar la conducta del agente, ya que su pretensión no es sancionarlo, lo que queda reservado de forma exclusiva al ámbito penal, sólo ha de tener en cuenta la relación de causalidad para obligarle a indemnizar por razones de solidaridad social, que también tienen un valor ético, aunque si se quiere carezcan de fuerza moralizadora sobre el agente. Precisamente este matiz es el fundamento de la limitación en el montante de la indemnización cuando no medie culpa del agente. Si existe culpa, la relevancia de ésta no es precisamente para generar obligación de indemnizar, que de todas formas existiría, sino para que en tal caso se eliminen los topes de indemnización y graduar ésta en atención a la entidad de la culpa (art. 111, L. N. Aérea).

Para nosotros el tremendo esfuerzo llevado a cabo por la doctrina y la jurisprudencia francesa para la elaboración de la responsabilidad por los daños derivados de cosas inanimadas buscando la responsabilidad del guardián a través del llamado "hecho de la cosa", carece totalmente de sentido, aunque reconozcamos que ha dado una solución al problema y sólo demuestra, como dice Guido Gentile, una prueba más de la gloriosa universalidad del derecho que por distintos caminos permite llegar a una misma solución, técnica no reprochable cuando la solución es justa.

Tal construcción no tendría sentido ni sería posible en el ámbito de nuestro Derecho civil, al igual que ocurrió en Italia, ya que lo que en él pudiera interpretarse como hecho de la cosa se circunscribe a los daños que resultan de la ruina de todo o parte de un edificio (artículo 1.907), explosión de maquinaria, humos o caída de árboles, emanaciones de cloacas o materias infectantes (art. 1.908), sin que para nada y en correcta pureza de lenguaje se hable de hecho de la cosa inanimada.

Por ello hubo de extrañarnos al conocer el Proyecto de Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor remitido a las Cortes Españolas por acuerdo del Consejo de Ministros y publicado en el *Boletín de las Cortes* número 741, del 6 de julio de 1962, que en su artículo 44, no obstante haber sentado ya en el 43 el principio absoluto de que le conductor de un vehículo a motor, que con motivo de la circulación de éste cause un daño a tercero, "está obligado" a abonar los daños y perjuicios causados, de esa obligación derivaba una responsabilidad civil que incomprensiblemente ya no tenía su asiento en la simple causación del hecho, sin excepción alguna, como exageradamente se pretendía en el artículo 43, sino que nacía: a) De las conductas sancionadas por la Ley penal. b) De las conductas en que intervienga culpa o negligencia civil. c) De los comportamientos no comprendidos en los apartados anteriores, a menos que se pruebe que el hecho fué debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. No se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos

del vehículo o la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos.

La contradicción entre ambos preceptos era notoria.

Por una parte, podía interpretarse que lo que se pretendía era que tanto la responsabilidad civil derivada de delito, como la derivada de culpa extracontractual o aquella otra que se hacía nacer de algo tan vago como "los comportamientos no comprendidos en los apartados anteriores" quedaba sujeta y alterada por el principio general del artículo 43, que en el fondo no era otra cosa que la presunción absoluta de responsabilidad sin posibilidad alguna exculpatoria, lo que lógicamente no podía admitirse por quedar en abierta contradicción con lo dispuesto en el apartado c) del artículo 44, que ya ligado con el 43 permitía llegar a la conclusión de que lo regulado era la presunción de responsabilidad con inversión de la carga de la prueba, cosa que si era lo que se había querido decir se podía haber dicho con más claridad.

Por otra parte, podía interpretarse que lo que se pretendía decir o dejar sentado es que quedaba subsistente la responsabilidad civil derivada de delito, tal como está regulada en el Código penal; que quedaba subsistente la responsabilidad civil extracontractual regulada conforme al artículo 1.902 del Código civil y que se creaba una nueva responsabilidad de tipo objetivo o con fundamento en el riesgo a la que, en definitiva, debía aplicarse exclusivamente el ordenamiento procesal civil regulado en la propia Ley.

Quedaba, pues, con tan desacertada fórmula, sin resolver el problema, cualquiera que fuese el criterio interpretativo a seguir.

Quizá por eso, consciente de ello la Ponencia encargada de su estudio, aceptando las enmiendas presentadas en la forma que se razona en el informe elevado a la Comisión de Justicia de las Cortes, refundió ambos artículos en el que definitivamente pasó a ser el 39 de la Ley con una ligera corrección de estilo. Esta definitiva redacción, aceptada por la Comisión de Justicia y aprobada en el Pleno, es más correcta y lógica, si bien notoriamente incompleta.

Falta en ella una determinación de las personas responsables, pues sólo se menciona como tal al conductor, olvidando al propietario o al que se aprovecha del vehículo, que es para quien precisamente tiene fundamento la aplicación del principio de responsabilidad objetiva o principio del riesgo. Y, claro es, no se prevé el difícil problema de señalar al responsable en los casos de usufructo del vehículo, adquisición con pacto de reserva de dominio, arrendamiento, comodato u otra clase de cesiones. Consecuente con esta omisión, al no haber pluralidad de responsables no se establecen normas de solidaridad, pero es notorio el desconocimiento de la realidad que ello supone y de la indefensión que se puede producir para la víctima ante dicha realidad.

Quedan, además, sin regulación la compensación de culpas cuando concurren la de la víctima o un tercero con la del conductor; el derecho de repetición (sólo está previsto el del asegurador); el caso de daños mutuos en una colisión de vehículos: la limitación cuantitativa de la

indemnización en los casos de responsabilidad objetiva; el supuesto del transporte benévolo; la indemnización de perjuicios a los prestadores de auxilios y, finalmente, la posible responsabilidad civil de los dueños de talleres por defecto en las reparaciones o de los fabricantes por el empleo de piezas sin homologar cuando tal requisito sea exigido.

No acertamos, pues, a comprender cómo habiéndose captado por el legislador la insuficiencia de nuestro derecho positivo para afrontar el problema y decidido a regular con carácter singular y de especialidad el accidente de automóvil han podido ser omitidas en la Ley previsiones recogidas en las legislaciones especiales que sobre la materia se han promulgado en diversos países y que son imperscindibles para que la construcción resulte armónica y eficaz.

Confiamos en que estos defectos sean corregidos antes de la fecha prevista para entrada en vigor de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor.

Ahora bien, nosotros nos permitimos opinar que la obligación a reparar el mal causado a que se refiere el artículo 39, aunque prácticamente no tenga relevancia alguna para alterar el régimen de responsabilidad civil derivada de delito tal como se regula en el Código penal, aunque montada esta responsabilidad cuando entra en juego la subsidiaria por la insolvencia del responsable directo en la sola relación de dependencia no susceptible de interpretación extensiva, como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo, pueda seguir planteando problemas en los casos de arrendamiento (alquiler de vehículos sin conductor, hoy tan frecuente) y comodato, por no citar otros casos de cesión en los que no se da la dependencia exigida por el Código penal y en los que ni siquiera nos imaginamos la interpretación que a tal respecto pueda darse al citado artículo 39, si es que se estima que la nueva regulación altera el régimen del Código penal.

Lo que no admitimos de modo alguno es que pueda quedar subsistente tan pronto como entre en vigor la nueva Ley el régimen derivado del artículo 1.902 del Código penal, ya que sería absurdo que este principio tradicional de responsabilidad basada en la culpa, que precisamente es el que ha sido combatido a ultranza y totalmente derrocado en lo que a uso de vehículos a motor se refiere en todas las regulaciones especiales que sobre tal materia se har hecho en diversos países de Europa y América, por ejemplo, Italia (art. 2.054 del Código civil), Suiza (art. 58 de la Ley federal sobre circulación por carretera, de 19 de diciembre de 1958), Portugal (art. 56 del Código de la Estrada, puesto en vigor el 1 de enero de 1955) y, en América, el artículo 21 de la Ley del Tránsito terrestre de Venezuela, de fecha 16 de agosto de 1960, persista después de la nueva regulación, lo que equivaldría a no haber dado ni un solo paso en favor de la víctima, que continuaría con las mismas dificultades que hasta ahora en el logro de su pretensión reintegrativa.

En resumen, quedaría la nueva regulación de la responsabilidad civil, de la que tanto se comenta su objetividad, reducida única y exclusivamente a los accidentes debidos a causas inherentes al funcio-

namiento del vehículo, que en el porcentaje de ellos es prácticamente insignificante.

No, decididamente ese no puede haber sido el criterio del legislador o, al menos, esperemos que no lo será el del intérprete.

Sin embargo, que la materia es opinable precisamente por la falta de claridad y precisión en la Ley lo demuestra que el señor Pera Verdaguer, en su obra "La Ley del automóvil", dice a este respecto en la página 220: "Examinadas ya las cuestiones relativas a la responsabilidad civil en general, y a la responsabilidad civil subsidiaria, reiteramos que en cuanto a la dimanante de una actuación criminal serán de especial aplicación los preceptos de los artículos 19 y siguientes y 101 y siguientes del Código penal, y en lo atinente a la derivada de culpa o negligencia no punible, repetición de la norma del artículo 1.902 del Código penal, sobre culpa extracontractual, a la que deberá estarse."

Rotundamente nos pronunciamos en contra de tal criterio por ser contrario el principio que debe informar esta legislación especial.

En este sentido, es más correcta la interpretación que de la nueva Ley hace el señor Hernández Gil en sus manifestaciones publicadas en el diario *A B C*, de fecha 16 de abril de 1963, al decir que la nueva Ley "permitirá sortear el insuficiente artículo 1.902 del Código civil", con lo cual implícitamente se supone que lo entiende derogado, como es lógico, por la nueva Ley, bien entendido que a los solos y exclusivos efectos de los accidentes originados por vehículos a motor y *no con carácter general*.

No obstante, aunque la interpretación que se dé a la nueva regulación en su día sea esta, quedan en pie, por su falta de regulación expresa, los problemas que hemos planteado.

Hay, pues, que convencerse de que nos encontramos ante un hecho cierto y masivo que desborda el marco de instituciones creadas para regular situaciones que se producían y producen con carácter de excepcionalidad, pero no con la tónica de regularidad y constancia, aparte del volumen, del accidente de tráfico.

Buena prueba de que determinadas instituciones no se adaptaban a la situación, cuando los hechos superaban la previsión del legislador, la tenemos en las regulaciones especiales que ha sido necesario arbitrar en legislación laboral, arrendamientos urbanos, expropiación forzosa y legislación aérea, por sólo citar las más importantes.

¿Que todo esto es atomizar el Derecho? De acuerdo. Pero si no se quiere seguir atomizándole aún más, empréndase urgentemente una labor codificadora de conjunto para que los nuevos Códigos pierdan ese sabor de vetustez e inadaptación a la realidad que tienen los actuales.

Es necesario no volver la espalda a la realidad y afrontar de cara el problema sin empeñarse inútilmente en sacar partido de lo que ya no sirve para poner remedio a la situación creada.

Cierto que en lo que a uso de vehículo de motor se abrió brecha con la nueva Ley, pero ya hemos visto, solo muy someramente, que

en la regulación de la responsabilidad civil, sin duda el aspecto más importante, el intento no ha sido, o así al menos nos lo parece a nosotros, muy afortunado. De sus deficiencias y mala orientación no cabe esperar una solución correcta.

## CAUSAS DE EXONERACION

### *Consideraciones generales*

Las causas de exoneración tienen, a nuestro modo de ver este problema, una doble finalidad. De una parte, una razón de tipo ético preconiza su admisión, ya que la protección a ultranza de la víctima y el fundamento de orden social que impone la exigencia de su indemnización, no pueden degenerar en lo que Ripert calificaba de la busca de un responsable a toda costa. Por mucho que se objetivice la obligación de indemnizar no debe irse más allá de lo que la razón y el buen sentido aconsejan, pero aparte de esto existe una razón de tipo netamente jurídico, y es la de que su concurrencia rompe el nexo causal, y al quedar destruido éste, se pierde la atracción hacia el gran centro, como ya se dijo, siguiendo a Guido Gentile, alrededor del cual gravita todo el sistema.

Ahora bien, la diferencia de matiz está en la valoración de los elementos integrantes de cada una de ellas, aspecto éste sumamente delicado, a nuestro entender, y que nosotros vamos aquí a apuntar solamente, ya que el estudio detallado excedería las proporciones de este trabajo. Queremos con esto indicar que, siguiendo otras pautas marcadas, tratamos de dar la máxima amplitud dentro del marco estricto de cada una de ellas, a tales causas, para buscar, como ya hemos dicho repetidas veces, la armonía y equilibrio del sistema. En suma, se trata de dulcificar un poco la dureza que ya de por sí implica la objetividad de la obligación de indemnizar, pero no como una concesión al viejo sistema espiritualista de la culpa, sino pensando en el gravamen que para el usuario del vehículo puede representar la exigencia del seguro obligatorio y desembocamos así, ligando con ella, en la segunda finalidad, que no es otra que la de que mientras la técnica del seguro, por lo que afecta a la garantía de la obligación de indemnizar, siga manteniéndose en los términos y bajo la estructuración que ahora tiene, lógico es que cuanto más amplio sea el espectro a cubrir, mayor será la exigencia de prima por parte del asegurador, y un excesivo montante de ésta podría provocar un desequilibrio en el normal desenvolvimiento de la industria del automóvil o de la economía en general, por gravitar exclusivamente sobre el usuario de vehículos, medio de transporte necesario y factor integrante de precios, elementos éstos muy de tener en cuenta.

Otra cosa será, como ya tenemos dicho en otra ocasión, el día que el riesgo social que implica el uso de vehículos a motor sea cubierto a través de otro tipo de seguro que implique una auténtica previsión

social y no gravite exclusivamente sobre el usuario del vehículo. Es entonces únicamente cuando la simple causación del hecho podrá dar lugar a la efectividad de una pretensión reintegrativa sin limitaciones y que, a no dudarlo, sería la solución ideal a una situación de hecho que por su carácter, que ya nos atrevimos a calificar de probabilístico, desborda los cauces del derecho privado.

Bajo estos puntos de mira, e influenciados por la fuerza que sobre ellas proyectan, examinaremos las causas de exoneración.

#### a) *Conducta de la víctima.*

El término conducta de la víctima, en lugar del de culpa, no ha sido elegido caprichosamente. Se sigue con ello el criterio adoptado por la doctrina alemana que eligió la conducta de la víctima y no su culpa, por ser aquél un término más amplio que atenúa y dulcifica el alcance de la responsabilidad objetiva por resultar al autor o responsable del hecho más difícil probar que ha existido culpa de la víctima, para con ello poder lograr su exoneración, a que baste demostrar que su conducta ha sido descuidada o no conforme a un comportamiento normal, sin necesidad de incurrir en culpa, concepto éste que por su marcado matiz y contenido jurídico resulta siempre de difícil y delicada valoración.

Por otra parte, y siempre con el propósito de ir equilibrando los elementos configurativos de la obligación de indemnizar y evitar el peligro que para la víctima pudiera representar una valoración excesivamente amplia de su comportamiento, es necesario exigir un requisito complementario, y es el de que tal conducta, ya sea descuidada o hasta si se quiere culposa, no sea normalmente previsible por el conductor del vehículo.

Trataremos de explicar esto por ser corriente y normal en el hecho de la circulación.

El conductor medianamente experimentado tiene aguzado una especie de sexto sentido que le permite prever ciertas reacciones del usuario de la vía pública. Así, no es imprevisible para él el hecho de que cuando vea una pelota rodando por la calzada indefectiblemente detrás de ella viene un niño corriendo alocado. Si se propone adelantar un autobús o vehículo de servicio público detenido en la calzada, es normalmente previsible que por delante salga inopinadamente un peatón que acaba de descender de él. Si ve a dos personas charlando al borde del encintado y él marcha muy próximo al bordillo, fatalmente suele ocurrir que una de ellas se lanza a la calzada en el preciso momento en que está a su altura el vehículo. Sería interminable la enumeración de estos casos frequentísimos y de sobra conocidos de los conductores. No hay duda que en todos ellos hay una conducta descuidada y hasta culposa de la víctima, pero su posibilidad de previsión impide en una buena lógica que sean valorados como motivos de exoneración de la obligación de indemnizar, aunque sí puedan serlo hasta cierto límite de culpa en el conductor. La ventaja de este



criterio sería que los Tribunales no se verían forzados, como ahora, por desgracia, suele ocurrir, buscando la protección de la víctima, a imponer una condena en tales casos admitiendo la culpabilidad del conductor con entidad penal, que no sería justa, al saber que la víctima en tal caso no quedaría sin indemnizar, en fundamento, no a una conducta penalmente relevante, que sería excesiva, pero sí a una obligación de indemnizar que nacería de la simple causación de un hecho en el que es normalmente previsible un resultado dañoso que el conductor estaba obligado a evitar.

A poco que se medite se aprecian las innumerables ventajas del sistema que propugnamos.

La elaboración de esta causa de exoneración ha de completarse indefectiblemente con el concepto de exclusividad. Es decir, que para su plena efectividad es absolutamente imprescindible que la causa del accidente haya sido la conducta exclusiva de la víctima, cualquier ingerencia de conducta inadecuada por parte del conductor hace entrar en juego el factor compensatorio que obliga a soportar a cada parte las consecuencias de su conducta inadecuada en proporción precisamente de tal inadecuación, valoradas, claro está, en cada caso concreto.

En tal caso, la conducta de la víctima ha de tener una relación de causa a efecto con la producción del resultado dañoso para que entre en juego la posibilidad compensatoria.

También es preciso que por parte del autor material del daño no se haya provocado la reacción intempestiva de la víctima. Este caso, que en la doctrina suele ejemplificarse con el del perro exasperado previamente por la propia víctima de su mordedura al reaccionar el animal ante la provocación, y que de hecho se recoge como exoneración en el artículo 1.905 del Código civil, se suele dar con relativa frecuencia en el accidente de la circulación en términos muy semejantes.

Son muchas las veces que se oye a un conductor, autor de un atropello, achacar a la vacilación de la víctima la causa del evento, olvidando que tal vacilación ha sido provocada por el propio conductor al no observar una precaución elemental que le es totalmente exigible. En tal caso, no debe alcanzar poder liberatorio la supuesta culpa de la víctima, que de haber existido ha sido provocada indebidamente por el propio conductor, por lo que no es lícito que se beneficie de ella.

A este respecto, cabe observar que la nueva Ley de 24 de diciembre de 1962 ha omitido toda alusión a tan importante factor, y si bien es cierto que en su artículo 39 se emplea la expresión "debido únicamente", lo que abre la posibilidad de una interpretación correcta, no habría estado de más regular expresamente la compensación.

Esta compensación, inadmisibles en la órbita estrictamente penal, como es de sobra conocido, por tratarse en dicho campo de culpas concurrentes, valorables con absoluta independencia y acreedoras cada una de ellas del condigno castigo, plantea sin embargo en el campo civil, donde hay que admitirla para graduar la indemnización en fun-

ción a la culpa de cada uno, problemas de difícil y compleja solución.

El hecho de que una serie de factores puramente mecánicos, dependientes de leyes físicas, en los que el hombre se limita a desencadenar el evento, pero una vez éste en marcha escapa por completo a su dominio, produce en el accidente automovilístico una serie de consecuencias dañosas que hace extraordinariamente difícil atribuir a cada agente desencadenante un resultado dañoso concreto y delimitado.

Tal dificultad queda de manifiesto en el criterio vacilante de la doctrina y la jurisprudencia.

En primer lugar, y ya referidos a nuestro derecho positivo, tratándose de responsabilidad civil derivada de delito, es necesario señalar la cuota de que debe responder cada uno por imperativo de lo dispuesto en el artículo 106 del Código penal, criterio éste reafirmado por numerosas sentencias, de las que citaremos como más reciente la de 19 de enero de 1963. Dentro de su respectiva clase, es decir, de su participación en el hecho delictivo, los autores serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás, quedando siempre a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno, artículo 107 del Código penal, en el que palpita el propósito de salvaguardar los derechos de la víctima a su resarcimiento.

En resumen, entendemos que el criterio correcto a seguir cuando en la producción del accidente sobrevenido entre vehículo y peatón hay culpas concurrentes, es el de reducir la indemnización debida al peatón en proporción a su propia culpa al arbitrio del Tribunal. Con ello la culpa del conductor se sancionará penalmente y además satisfará, en la proporción que el Tribunal determine, los daños ocasionados.

Al peatón, como parte más débil, resultaría injusto sancionarle penalmente y su sanción prácticamente está en la reducción de su indemnización, también en proporción a su propia culpa o comportamiento.

Si la conducta del peatón es exclusiva e imprevisible para el conductor, éste quedará exonerado, pero siempre podrá ejercitar la oportuna acción civil contra el peatón en demanda de la reparación de su propio daño, pero ya por las normas comunes, es decir, al amparo del artículo 1.902 del Código civil.

Trataremos aquí de los daños mutuos con responsabilidades recíprocas en colisión entre vehículos y los derivados de ella con respecto a terceros ajenos a la conducción de vehículos implicados, problema éste de los más complejos y de difícil solución en materia de accidentes de vehículos a motor y cuya frecuencia demanda ya una solución legal que termine con la que jurisprudencialmente se viene sentando.

Con reiteración, y recientemente en sentencia de 8 de febrero de 1963, es el siguiente: cuando en el accidente ha mediado culpa de los conductores implicados en él, cada uno soporta los daños propios y con respecto a los sufridos por personas extrañas al desencadenamiento del accidente, entre las que se encuentran los ocupantes, no conductores, de los vehículos implicados, serán soportados por todos

los conductores solidariamente, fijándose la cuota correspondiente a cada uno en proporción a su respectiva culpa en la producción del accidente.

Acepta con ello nuestro más Alto Tribunal la doctrina de la "neutralización", rechazando implícitamente la de la compensación, ya sea jurídica o matemática.

El fundamento de la neutralización está en que se colocan frente a frente dos presunciones de responsabilidad a cargo cada una de los respectivos conductores, que se anulan o neutralizan, a menos que uno de los conductores pueda probar la culpa exclusiva del otro, con lo cual entra en juego el principio de responsabilidad basado en la culpa.

A primera vista, la solución parece justa, pero sólo en principio, ya que tropieza con dos escollos prácticamente insalvables. El primero está en las consecuencias del accidente en función de la masa de los vehículos implicados: en una colisión entre un vehículo de gran tonelaje y otro ligero, la peor parte, en la mayoría de los casos, la lleva el ligero, con lo que puede ocurrir que siendo de menor entidad la culpa del ligero, soporte una mayor pérdida.

El segundo escollo está en el acierto del Tribunal para graduar el montante de la indemnización que debe pagar al no implicado cada uno de los causantes en función a su propia culpa.

La primera dificultad se ha pretendido salvar por diversos caminos que tienen un punto común de nacimiento: los abordajes. Es en derecho marítimo donde más se ha tratado de buscar una solución al problema, sin que en realidad se haya llegado a un criterio unánime. Sin entrar en la polémica entablada a este respecto indicaremos que dos son las orientaciones seguidas en el caso de colisión mutua con daños recíprocos, ya medie culpa común, indeterminada o caso fortuito. Según una, cada uno de los propietarios soportará sus propios daños; según la otra, cada propietario los soportará en proporción al peso o valor de los buques. Parece a primera vista que esta última es la más equitativa, quizás ello sea el motivo de que en la Ley de Navegación Aérea ya citada, y no obstante haberse recogido en la Ley de Bases de 27 de diciembre de 1947 el criterio de que cada empresario soportase sus propios daños en caso de colisión de aeronaves, en el artículo 123, párrafo segundo, de la Ley, se aceptó el criterio de responder en proporción al peso de la aeronave.

Pera nosotros este criterio de proporcionalidad a la masa del vehículo quizá fuese el más equitativo, si bien no dejamos de reconocer que el problema escapa a un rigor matemático, y sólo la ponderación de los Tribunales, al hacer uso del arbitrio que a tal efecto ha de concedérseles, podrá resolver cada caso concreto.

Mazeaud sostiene, y no sin razón, que todo sistema que no condene a cada uno de los guardianes (en nuestro Derecho esta expresión de guardián no es adecuada, pero puede ser sustituida por la de conductor) a la reparación de la totalidad del daño sufrido por el otro es inexacto. Rechaza, pues, los siguientes sistemas: constitución de una masa de perjuicios y reparto de ella por mitad; constitución de

una masa y reparto desigual en razón al nexo causal y obligación para cada uno de reparar la mitad o una fracción variable del daño sufrido por el otro. En resumen, rechaza la neutralización y la compensación, ya sea matemática o jurídica.

Resulta en extremo difícil pronunciarse por un sistema determinado, y no obstante nuestra simpatía por el de la proporcionalidad en función a la masa no se nos oculta el problema que frente al seguro obligatorio provoca cualquier solución que se adopte, salvo el de la reparación total, y es el de si la compensación que en cualquiera de las otras soluciones ha de operarse, abstracción hecha de la fórmula de la neutralización que todavía complica más la cuestión, debe aprovecharla en su beneficio el asegurador.

Veamos un ejemplo: A y B entran en colisión. A sufre daños por valor de 50.000 pesetas, B por valor de 25.000. B tendría que pagar a A 50.000, y A a B 25.000; pero como 25.000 se compensan en última instancia, sólo quedarían 25.000 a pagar por B a A, o bien, esas 25.000 a repartir entre los dos.

El asegurador de la responsabilidad civil de B sólo tendría que pagar a A 25.000 pesetas o la mitad de esta suma, según el criterio que se adoptase, con lo cual A soportaría a su cargo el resto hasta las 50.000, en que se cifran sus daños.

Parece más justo y más lógico que el asegurador de A pague a B las 25.000 pesetas, y el de B a A las 50.000, sin operarse compensación alguna.

Como al fin y al cabo el seguro que se imponga no puede ser otro que el de responsabilidad civil es de extraordinaria importancia fijar legalmente el criterio a seguir, ya que el asegurador sólo cubre el patrimonio del asegurado en la cuantía que el Tribunal fije la suma a abonar por éste con independencia del valor real del daño. Y piénsese que en el caso de mantenerse el criterio de la neutralización al soportar cada conductor sus propios daños, la Compañía aseguradora del oponente no tendría que abonar absolutamente nada y el conductor dañado sólo cobraría de la Entidad aseguradora si tenía concertado un seguro a todo riesgo, que no puede imponerse bajo la fórmula de obligatoriedad.

El problema es curioso y delicado y pone bien de manifiesto lo que ya hemos dicho tantas veces, y es que esta materia ha de regularse valorando adecuadamente todos los aspectos para que el sistema resulte equilibrado.

Baste este apunte o indicación, ya que pretender profundizar en él nos llevaría más allá de los límites de este trabajo.

Esta regulación cuya importancia no es preciso poner de relieve y que en todas las legislaciones sobre la materia ha sido tratada, sea cual fuere el criterio adoptado, ha sido también omitida inexplicablemente en la Ley 122/962 de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor.

b) *Conducta de un tercero.*

En realidad esta causa de exoneración no necesitaría ser expuesta, ya que, si es otro el causante del accidente, sobre él recaerá en todo caso la obligación de indemnizar.

Ahora bien; creemos que, sin que con ello se rompa la pureza sistemática de este trabajo, cabe analizar aquí los supuestos, no del tercero extraño a los vehículos implicados en el accidente, sino al que plantea con respecto a la liberación o no del propietario o titular del vehículo de su obligación de indemnizar, establecido el vínculo de solidaridad, por el acto del conductor. En otras palabras, lo que en la doctrina se viene llamando responsabilidad por el hecho ajeno y que nosotros, para ser consecuentes, tenemos que denominar obligación de indemnizar por el hecho ajeno.

Ya nuestro Código civil, en los artículos 1.903 a 1.907, transfiere la obligación de reparar el daño causado, establecida en el artículo 1.902, a una serie de personas que en ellos se enumeran. Es curioso observar que en el 1.902 no se habla para nada de responsabilidad, sino que se establece una obligación nacida de una acción u omisión en la que intervenga culpa o negligencia, siempre que éstas no estén penadas por la Ley, según el complemento que a dicho precepto añade el 1.903 del mismo Cuerpo legal. Es decir, que el legislador parece que ha querido huir aquí del concepto de responsabilidad; sin embargo, luego en los artículos 1.903, 1.905, 1.906, 1.907 y 1.908 habla ya de responsabilidad, a nuestro juicio, y para nuestro criterio, impropia, aun admitiendo que el concepto responsabilidad esté empleado en estos artículos en sentido vulgar.

El problema está en determinar si la transferencia del uso de la cosa, en este caso el vehículo, exonera al titular o propietario del mismo de su obligación de indemnizar los daños resultantes de su uso.

De nada serviría aquí, sin perjuicio de que ello pueda ser objeto de estudio en cada caso concreto, contemplar todos los supuestos en que pueda darse el uso o conducción del vehículo por persona distinta de su titular o propietario.

Salvo el caso de la utilización ilícita, sin o contra la voluntad del propietario, en todos los demás casos, siempre hay la posibilidad de admitir la existencia de un acuerdo expreso o tácito, y tanto da que el propietario saque de ello un beneficio, como puede ocurrir en el arrendamiento, o que lo haga graciosamente, en cuyo caso el beneficio es sólo para el usuario.

Pero como la razón de indemnizar no está basada exactamente en el beneficio que el propietario o usuario saquen del vehículo, sino en el riesgo que va implícito en el vehículo, como cosa intrínsecamente peligrosa, es lo mismo que se haga derivar la obligación de indemnizar de la razón de propiedad o de la de uso.

Planteado así el problema desembocamos forzosamente en otro verdaderamente intrincado cual es el de resolver sin lugar a equívocos cual es el de la posición de la pluralidad de deudores, que situados fren-

te a un acreedor único, que es la víctima, deben satisfacer a éste su pretensión reintegrativa del daño que le ha sido causado.

El hecho de que el vehículo, que forzosamente ha de tener un propietario, pueda originar durante su uso un daño teniéndolo entre sus manos persona distinta de aquél, cosa frecuentísima en este terreno, nos lleva a contemplar lo que ocurre al enfrentarse la víctima como único acreedor a un grupo de posibles deudores en el que pueden estar incluidos desde el propietario o titular del vehículo, es decir, el que lo tiene inscrito a su nombre, hasta el conductor efectivo pasando por el arrendatario, mandatario, familiar, amigo, empleado o dependiente o cualquier otra situación que pueda imaginarse, si es que las expuestas no abarcan todos los supuestos.

Supongamos el caso más complicado. El propietario de un vehículo se lo deja a un amigo; este amigo se lo arrienda a otro; el arrendatario, a su vez, contrata los servicios de un mecánico, y éste, conduciendo el vehículo, atropella a una persona o causa daños en la propiedad ajena. Planteado así el caso, tenemos un acreedor único, la víctima, o varios acreedores, si plurales han sido las víctimas, que no tienen ningún vínculo entre sí y cada uno acciona directamente contra un grupo o pluralidad de deudores. Si el problema tratamos de resolverlo con las normas del derecho común estatuido, colocaremos a la víctima en una grave dificultad frente a la posible insolvencia del conductor, único hoy en el que se centra la obligación de indemnizar basada en la culpa por él contraída, o si nos basamos en la nueva Ley, en razón a la presunción de responsabilidad establecida en el artículo 39.

Ante la posible insolvencia hemos de pensar a quién se transfiere la obligación de indemnizar. Si la culpa tiene relevancia penal y la responsabilidad civil deriva del delito, no tenemos otro recurso que acudir a los artículos 21 y 22 del Código penal, en los que se establece quiénes son los responsables subsidiarios; pero en cuanto salgamos, y salimos pronto en la hipótesis planteada, de la relación de dependencia, se acabó para la víctima toda esperanza de ver satisfecha su justa demanda, ya que la responsabilidad civil subsidiaria de los amos respecto de sus dependientes, establecida por el artículo 22 del Código penal, no constituye vínculo de solidaridad, según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de enero de 1963.

Otra reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de enero de 1963, interpretando correctamente la legalidad vigente, cierra herméticamente toda puerta a la víctima. En ella se dice terminantemente: "El arrendamiento de un animal o una máquina, en la especie, un automóvil de turismo sin conductor, no se halla en situación de dependencia respecto al arrendador en lo que concierne al uso del objeto de la locación, pues, como lo demuestra la lectura del artículo 1.543 del Código civil y de los que integran el Capítulo II del Título VI, Libro 4.º, del mismo Cuerpo legal, aplicables por analogía al arrendamiento de bienes muebles, su obligación con el arrendador queda circunscrita a usar de la cosa arrendada como un dili-

gente padre de familia destinándola al uso pactado, y en defecto del pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa, según la costumbre de la tierra: pero en el disfrute del automóvil, el locatario, en lugar de estar subordinado a la voluntad directiva del arrendador, puede realizar los actos de goce de un modo autónomo e independiente, obrando a su libre arbitrio y con arreglo a su propia conveniencia y capricho, sin intrusión posible por parte del cedente del uso", añadiendo más adelante: "La responsabilidad civil subsidiaria establecida en el artículo 22 del Código penal no se funda en la culpa "in vigilando" o "in eligendo", ni aun siquiera en el principio "cuius commoda eius incommoda", como modernamente se pretende por parte de la doctrina, sino que tal responsabilidad es la contrapartida de las atribuciones que en orden a la dirección de la actividad del responsable criminalmente corresponde a las personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria sobre los que están subordinados a sus órdenes, en virtud de las cuales están en condiciones de influir de manera eficiente en la conducta de los mismos", y finalmente añade: "el interés público de proteger económicamente al perjudicado por el delito, podrá ser satisfecho por el legislador con la modificación del citado precepto del Código penal, o por el medio que técnicamente considere más adecuado, pero no por los Tribunales mediante una interpretación arbitraria y desorbitada de la Ley". Contra el sistema que venimos siguiendo hemos extractado ampliamente esta interesantísima sentencia por la trascendencia de sus declaraciones. Queda patente la insuficiencia de los actuales textos legales para resolver una situación de hecho; se respeta absolutamente la legalidad constituida, no obstante la corriente doctrinal opuesta a ella, y, finalmente, se reprueba, y con razón, el que una interpretación jurisprudencial pueda ir más allá de lo que la deba ser permitido. Los Tribunales aplican la Ley, pero no la hacen. Es, en consecuencia, el legislador el que debe proveer lo pertinente para resolver estos problemas, criterios todos ellos correctos, y por lo que hemos tenido ocasión de pronunciamos al comentar el sistema seguido por la jurisprudencia francesa.

Un criterio idéntico se sigue en la sentencia de 5 de diciembre de 1962, en el caso en que el dueño de un vehículo *cede* éste a un amigo.

Fuera de la órbita penal y si, al no existir culpa de este signo, se pretende por la víctima su resarcimiento al amparo del 1.902, entrara en juego el 1.903 para determinar las personas por quienes se debe responder y que, aunque no lo diga la Ley, ha de entenderse que se trata de una responsabilidad refleja, secundaria o subsidiaria, según los casos, pero en la que tampoco cabe forzar con una interpretación jurisprudencial el criterio de la Ley para ir más allá de lo que ésta dispone expresamente, con lo que quedan fuera del amparo legal las situaciones expuestas en la hipótesis presentada y con ello sin posible efectividad la pretensión reintegrativa de la víctima, sin que entendamos sean aplicables al caso las normas establecidas en la

sección cuarta del Título I del Libro IV del Código civil, artículos 1.137 a 1.148, referentes a las obligaciones mancomunadas y solidarias, ya que, aunque se traté de una pluralidad de deudores, no configuran ninguna de tales situaciones.

La nueva Ley 122/1962, de 24 de diciembre, nada resuelve tampoco sobre el problema, ya que centra la obligación de indemnizar en el conductor, sin establecer vínculo alguno de solidaridad con el propietario u otras personas que puedan utilizar el vehículo en su provecho. Tal regulación es extraordinariamente anómala, ya que tampoco prevé la formación de la pieza de responsabilidad civil subsidiaria, no obstante hacer alusión, en los artículos 23 y 24, al responsable civil subsidiario, a menos que se entienda tal problema resuelto con la supletoriedad a que se refiere la disposición final primera. Claro está que la acción civil concedida a la víctima la habrá de ejercitar ésta directamente contra el asegurador por imperativo de lo dispuesto en el artículo 42, pero vuelve a planteárenos el problema de si tal acción sólo cabe en el caso de responsabilidad objetiva o sin culpa prevista en el artículo 39 o afecta también a la derivada de culpa extracontractual, si es que queda en vigor el artículo 1.902, ya que por lo que respecta a la acción civil nacida del delito parece que no hay dudas de que habrá de ejercitarse y resolverse en la forma prevenida en los artículos 19 y siguientes del Código penal. Ahora bien, las propias palabras del Excmo. Sr. Ministro de Justicia, pronunciadas en las Cortes en defensa del Proyecto, son terminantes al decir: "Esta es la poderosa razón de que el Proyecto de Ley, al lado de la responsabilidad civil nacida de las conductas sancionadas por la Ley Penal y de las causas *por culpa o negligencia civil*, reconozca la existencia de una nueva fuente de responsabilidad que tiene su origen en el daño producido a un tercero por la peligrosidad inherente al creciente desarrollo del tráfico y a la utilización de vehículos de motor."

Con ello queda en pie la duda de la supervivencia del artículo 1.902 a efectos de responsabilidad nacida del uso de vehículos a motor y eliminada la posibilidad de establecer una relación de solidaridad entre las diversas personas que, por las razones apuntadas, puedan quedar frente a la víctima como posibles deudores de la indemnización a éste reconocida con tanta amplitud por el artículo 39 de la Ley. Frente al hecho ajeno tenemos, pues, en primer plano, la obligación del asegurador, nacida del seguro obligatorio con la posibilidad de éste de repetir, una vez efectuado el pago, contra las personas y en los casos enumerados en el artículo 44. Con semejante regulación no acertamos a comprender cuál es la protección que se pretende dispensar a la víctima, no obstante el carácter de ejecutivo que la Ley da a su título, que, aparte de lo dudoso de su origen, será siempre fácilmente enervado por el asegurador, impidiendo esa rapidez y efectividad de que se le ha querido dotar.

No cabe duda que habría sido más eficaz, como se ha hecho en otras legislaciones, establecer un nexo de solidaridad entre todos los



posibles deudores y, en última instancia, permitir la acción conjunta contra éstos y el asegurador, que es, en fin de cuentas, lo que en sustancia representa la acción directa, con lo cual se evitaban las molestias y entorpecimiento que para la víctima representa el proceso de exclusión por insolvencia que implica la responsabilidad subsidiaria y la inútil o, lo que es peor, ineficaz búsqueda de un responsable civil que sólo en la relación de dependencia que de él tenga el causante directo puede generar su obligación de responder por el hecho de otro.

La solidaridad establecida en la Ley entre el propietario, el conductor y, en general, todo aquel que utiliza el vehículo en su provecho, ya que aquí no tenemos una palabra tan feliz como la de "detenteur", que según la jurisprudencia francesa y suiza abarca todas las situaciones indicadas, ante la víctima y, en última instancia, el asegurador, establecida la obligatoriedad del seguro, es la única forma eficaz y segura de proteger a la víctima.

Nosotros, sin embargo, vamos más lejos aún.

Brevemente nos atrevemos a apuntar una idea que pudiera ser la clave para una solución, dado que la subsidiariedad en los angostos límites en que está enmarcada no permite lograrla, y la solidaridad, con ser de momento la vía más aceptable y prácticamente la elegida, no simplifica el problema en los terminos apetecibles.

En el pausable anhelo de proteger a ultranza a la víctima, la fórmula del seguro obligatorio ha tomado ya carta de naturaleza, y como complemento de él y con marcado matiz de previsión social, el Fondo de Garantía cubre las deficiencias de aquél o su ausencia en determinados casos. Es decir, se ha buscado una doble institución capaz de satisfacer todos los casos en que no entren en juego las causas de exoneración, la justa pretensión de la víctima.

El seguro, en su modalidad de cobertura de la responsabilidad civil, elimina el riesgo de la insuficiencia patrimonial del asegurado frente a la reclamación de la víctima. Ahora bien, con arreglo al condicionado de la póliza tipo y salvo convenio complementario sólo garantiza las indemnizaciones de que puedan ser civilmente responsables el propietario, sus familiares o asalariados: escapan, pues, a la cobertura las restantes situaciones a las que se hizo mención en la hipótesis presentada. Ahora bien, tales supuestos, particularmente los de arrendamiento y cesión, pueden ser previstos también en la póliza o particularmente en los de arrendamiento exigir una póliza especialmente concertada a tal efecto. Con ello queda cubierta con el seguro toda la gama de modalidades que puedan presentarse de utilización del vehículo por persona distinta del propietario. Arrancando de tal supuesto, y siendo un hecho cierto que la responsabilidad civil derivada del uso del vehículo está cubierta en todo caso, tan pronto como dicha responsabilidad haya sido establecida en justicia o aceptada por convenio entre las partes con la anuencia del asegurador, la víctima puede dirigirse directamente contra éste en demanda de su indemnización o bien la simple causación del accidente ya faculta a la víctima para dirigirse contra el asegurador para atraerle como parte al procedimiento en

que se ha de dilucidar la hasta el momento presunta responsabilidad civil que él cubre, sin que veamos la necesidad de que la víctima tenga que soportar las molestias de la búsqueda del responsable civil, sabiendo de antemano que éste está siempre a cubierto con un seguro que responde patrimonialmente por él.

Quizá la nueva Ley, al colocar en primer plano al asegurador frente a la víctima, abre una posibilidad para el criterio que sustentamos, siempre, claro está, que lo que ahora y en ella es impropia-mente una acción ejecutiva que se hace nacer de la simple causación del hecho y a través de un juicio pericial que no obstante su regulación en el Código de Comercio referido al seguro de incendios, que por ser un seguro de daños, admite, aunque un tanto problemáticamente, tal posibilidad, pero que resulta totalmente inadmisibile en el seguro de responsabilidad civil, que no es precisamente un seguro de daños, sino un seguro patrimonial que no constituye al asegurador en obligado a satisfacer la indemnización hasta tanto no se declare la responsabilidad civil del asegurado o haya un convenio aceptado por el asegurador.

Quizá el legislador se ha obsesionado un poco con la pretendida rapidez y por lograrla ha echado por tierra toda la construcción jurídica elaborada alrededor del seguro de responsabilidad civil, y dado que no puede ser otro el que se implante bajo la fórmula de obligatoriedad, se hace necesario respetar su naturaleza jurídica.

Por otra parte, la posibilidad de repetición de la entidad aseguradora no la vemos tan clara como la apunta el legislador en el artículo 44 de la Ley, puesto que en realidad resulta un tanto impropio considerar a la compañía aseguradora como perjudicada, ya que el aleas del contrato está precisamente en que sobrevenga el daño, y al sobrevenir resultaría un tanto extraño que la compañía se considerase perjudicada, ya que precisamente ha venido cobrando una prima calculada frente a tal eventualidad a través de unos estudios probabilísticos. Bueno está que a la compañía se le permita defender el patrimonio del asegurado, puesto que defiende el suyo propio, pero de ahí a darle una posibilidad de repetición es tanto como considerarla impropia-mente perjudicada por el simple hecho de sobrevenir el evento, que es precisamente la médula del contrato de seguro. Como muy bien dice Henri Capitant, citado por Quintano Ripollés en su magnífico estudio, que recomendamos, publicado en la Revista del Derecho Privado, número de enero de 1961, "el pago de la suma asegurada no es indemnización para el asegurado ni perjuicio para el asegurador", y añade luego el autor, "el pago de la póliza no es ni puede ser otra cosa que la contraprestación derivada de la condición cumplida en virtud del evento aleatorio, ya que, de no ser así, el seguro perdería sus básicas características de onerosidad y aleatoriedad".

Queda apuntada la idea con todas las reservas aconsejables en tan delicada materia.

Analizaremos, finalmente, el caso de utilización ilícita del vehículo. Tal utilización puede ser llevada a cabo bien por persona que tenga

con el titular o propietario una relación familiar, que se trate de un dependiente asalariado al servicio del propietario con carácter general o específicamente dedicado a la conducción del vehículo o que se trate de un extraño (sustracción del vehículo).

En realidad pueden hacerse de estas causas dos grupos: el primero abarcará la utilización del vehículo por personas unidas al propietario por algún tipo de relación, y el segundo por el extraño.

Para nosotros, en el primer grupo, y dada la naturaleza que venimos imprimiendo al accidente de vehículos a motor, y el propósito que inspira esta legislación y, sobre todo, por una razón eminentemente práctica, ha de entenderse que cualquier persona que conviva con el propietario o dependa de él por cualquier razón, tiene siempre una posibilidad de uso del vehículo, y de hecho cuenta, la mayoría de las veces, con una anuencia tácita del propietario para el uso, pero aun en el supuesto de que no exista esa anuencia y sí una prohibición formal de usar el vehículo por parte del propietario, lo que no admitimos es que tal circunstancia pueda esgrimirse por el propietario frente a la víctima para exonerarle de su obligación de indemnizar, ya que tal criterio iría contra el que lógicamente debe inspirar este tipo de legislación. No negamos que el problema en derecho es discutible y que los argumentos que se opongan a este criterio se sustentarán en sólidas razones, pero para nosotros será siempre más sólida la razón de protección social, y el fundamento de la razón de indemnizar lo buscamos en la propiedad, sin negar al propietario la facultad de repetición contra el que causó el daño por su culpa o utilizó ilícitamente el vehículo, cuestión ésta a debatir entre el propietario del vehículo y el que lo usó, pero sin que a la víctima se la pueda someter a eventualidades de insolvencia que sería injusto entorpeciesen la justicia de su pretensión reintegrativa.

Si el propietario ha tomado las medidas para evitar el uso del vehículo, tales como cerrarle el garaje o ponerle por cualquier otro procedimiento a buen recaudo, su empleo por persona aun de él dependiente, ya implicaría un elemento de fuerza, pero, aun en este caso, no dudamos por inclinarnos a centrar en el propietario la obligación de indemnizar.

Quizá parezca duro todo esto, pero piénsese que más duro es para la víctima inocente soportar las consecuencias de un riesgo que no ha sido por él creado y que, al fin de cuentas, proviene de una cosa de la que el propietario saca un provecho.

El uso por persona extraña totalmente al propietario, caso concreto de la sustracción del vehículo, ya plantea otros problemas. Parecería injusto que aquel que ha sido desposeído de una cosa tenga que responder de los daños ocasionados con ésta por la persona que consumió el despojo. Para todo hay un límite, y en este caso falla un elemento esencial que hace que quiebre el lazo causal, base primordial para la exigencia reintegrativa.

Ahora bien, en el esfuerzo que se viene haciendo por la doctrina extranjera para limitar todo lo posible las posibilidades de exonera-

ción, se perfila en este terreno, en Italia, el criterio, ya recogido por la jurisprudencia, de que no basta acreditar que el vehículo ha sido sustraído, sino que es necesario demostrar que no se dejó en condiciones de facilitar tal utilización ilícita. Así, por ejemplo, el hecho de dejar el vehículo abierto y con la llave de contacto puesta, si una persona se introduce en el vehículo y lo pone en marcha saliendo con él, el dueño viene obligado a indemnizar los daños que éste cause por haber facilitado con su descuido la utilización del vehículo. El criterio es igualmente aplicable a otras situaciones análogas que no es necesario detallar.

Personalmente no nos parece exagerado tal criterio, inspirado siempre, como todo lo de esta legislación, en la idea de protección a la víctima.

En Francia, el criterio es más restrictivo, y así se sostiene que aquel que es herido por un vehículo robado no puede prevalerse de la presunción de responsabilidad del artículo 1.384, al. 1, más que contra el ladrón, pero no contra el robado, que privado del uso, de la dirección y del control del vehículo no tiene su guarda. Así lo declararon las Cámaras reunidas el 2 de diciembre de 1941.

Mazeaud, comentando esta decisión, dice que hubo un momento en que creyó posible defender la tesis contraria, pero hoy renuncia a ello. La víctima tendrá forzosamente que dirigirse al ladrón y no al robado, perdiendo con ello toda posibilidad de ser indemnizado, ya que lo más probable es que el ladrón sea insolvente y no esté asegurado. No le queda, pues, otro recurso que dirigirse al Fondo de Garantía, a menos, claro está, que se compruebe, añadimos nosotros, que el propietario del vehículo o las personas por quien él debe responder hayan hecho posible por su culpa la utilización ilícita del vehículo, aceptando a este respecto las directrices que marca el artículo 75, párrafo 1, de la Ley Federal Suiza de 19 de diciembre de 1958.

El propio Mazeaud reconoce que el criterio de la jurisprudencia es duro y notoriamente restrictivo al valorar hasta qué punto la culpa del propietario ha hecho posible la utilización ilícita del vehículo, y aún admitida esa posibilidad, queda en pie el problema de si en los casos de utilización ilícita por sustracción no cabe pensar en una auténtica ruptura del nexo causal, ya que para que ésta no se diese sería necesario demostrar que la negligencia del propietario fué la causa del accidente, y en buenos términos tal negligencia sólo puede ser causa de la sustracción, pero no del accidente, a menos que concurren "circunstancias especiales", entre las que se citan por Mazeaud, recogidas de la jurisprudencia, que el accidente haya sido causado por el ladrón perseguido o la hipótesis en que el ladrón, antes de poner en marcha el vehículo, le empuja para no hacer ruido y éste se desliza por una pendiente, alcanzando a un transeunte.

Parece, pues, que no cabe pensar para la víctima en otra esperanza reintegrativa que la procedente del Fondo, posibilidad que en el ámbito de nuestro derecho queda abierta en méritos a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de 24 de diciembre de 1962.

Qué duda cabe que todos estos criterios interpretativos chocan violentamente con las actuales estructuraciones civilísticas, de marcada influencia clásica, pero esto no es razón para pretender conservarlas en un mundo que no camina por esos derroteros.

c) *Fuerza mayor.*

El nexo de causalidad falla o se quiebra cuando es posible atribuir el daño a agente distinto del causante material del mismo. Sin embargo, la conducta de la víctima o el hecho de un tercero no pueden considerarse, aunque se asemejen por sus efectos, casos de fuerza mayor.

La fuerza mayor no puede ir referida al actuar humano; ahora bien, el hecho de que este actuar humano sea consecuente a la fuerza mayor es lo que hace que el problema se plantee. En otras palabras, el problema surge cuando bajo la influencia de una fuerza mayor una persona causa un daño a otra.

En realidad, el daño debido a fuerza mayor no ha cobrado auténtica importancia hasta el momento en que se ha incorporado al derecho positivo la presunción de responsabilidad con la consiguiente inversión de la carga de la prueba y el concepto de responsabilidad con fundamento en el riesgo, agravando tal importancia el hecho de que no se considere fuerza mayor a efectos liberatorios, en el supuesto de daños producidos por vehículos a motor, los fallos o roturas de su propio mecanismo, lo que obliga a establecer una diferenciación, que hasta ahora no preocupaba, entre fuerza mayor y caso fortuito.

Ni legal ni doctrinalmente, no obstante su aparente construcción, puede decirse que exista un criterio diferencial.

Ahora bien, cabe preguntarse si es necesaria tal diferenciación o es indiferente.

Parece ser que al aceptarse la teoría del riesgo, y con el fin de reducir en lo posible el número de casos susceptibles de exonerar de la obligación de indemnizar, se hacía precisa la distinción.

Admitida, pues, sin que en ello tengamos personalmente mucho convencimiento, la necesidad de tal distinción o diferenciación, nos inclinamos por la tesis sostenida por Josseland, que ve en la "exterioridad" el carácter distintivo. "La fuerza mayor es la que hace irrupción desde fuera en el círculo de los dos adversarios", el caso fortuito, por el contrario, "es el acontecimiento anónimo que se produce en el interior de la empresa". "El individuo debe responder de todos los riesgos que crea; sólo la fuerza mayor puede exonerarle. Por el contrario, queda obligado si media sólo caso fortuito".

Este criterio interpretativo es precisamente opuesto al sustentado en nuestro Código civil, particularmente en el párrafo segundo del artículo 1.575, en el que se hace una enumeración de los que llama casos fortuitos extraordinarios, sin que acertemos a comprender cuáles puedan ser los ordinarios, a menos que se considere el caso fortuito extraordinario como fuerza mayor. Tampoco aclara nada el ar-

título 1.105, que solo establece distinción entre lo que no puede preverse y lo que, previsto, resulta inevitable. El hecho de que el Código emplee la expresión caso fortuito o fuerza mayor, no creemos, como algunos pretenden, que con ella establezca entre ambos una clara diferenciación. Posiblemente, el legislador los quiso diferenciar, pero el hecho es que no lo consiguió.

En realidad, no puede afirmarse, no obstante lo que se haya pretendido en contrario, que haya existido ni exista una perfecta diferenciación entre fuerza mayor y caso fortuito, sencillamente porque no hacía falta. Lo que daba valor también a la frase de Jossierand de que fuerza mayor y caso fortuito son los dos hermanos siameses de la no responsabilidad.

Ahora, sin embargo, creemos necesario hacer tal distinción a efectos liberatorios, y por eso nos inclinamos decididamente por el criterio de Jossierand antes expuesto, por la razón práctica de que es el que mejor se acopla a los accidentes de vehículos a motor.

Tendrá, pues, fuerza liberatoria como causa de exoneración la fuerza mayor, como acontecimiento externo e irresistible, y no la tendrá el caso fortuito, por producirse dentro de la empresa, en este caso, el vehículo, y todo lo que de él provenga por fallos o roturas de su mecanismo o piezas, aunque imprevisible, no exonera de la obligación de indemnizar, que en este caso debe recaer directamente en el propietario o el que utilice el vehículo en su provecho, pero no en el conductor si no se dan en él tales circunstancias, ya que en el caso en que el accidente sea debido tanto a fuerza mayor como a caso fortuito, lo que no podrá generar nunca es responsabilidad de tipo penal, a menos que el fallo no sea imprevisible, lo que puede ocurrir, y de hecho ocurre, en los casos de mal estado del vehículo o cualquiera de sus accesorios.

Queda entendido que al admitir este concepto de exterioridad e irresistibilidad, ligados en última instancia con la posibilidad de previsión, como elementos constitutivos de la fuerza mayor, su valoración por los Tribunales ha de hacerse con la mayor meticulosidad. Un caso ya suficientemente debatido por la jurisprudencia francesa, en cuyo derecho positivo, dicho sea de paso, impera el mismo confucionismo que en la muestra, nos servirá de ejemplo.

En numerosas y reiteradas resoluciones tiene decidido que el derrape o patinaje sobre hielo o nieve debe estimarse como culpa del conductor, incapaz de detener el vehículo aún rodando a velocidad moderada.

El caso fortuito o la fuerza mayor, dice, son acontecimientos imprevisibles e irresistibles. El ejemplo típico es el de la helada. No constituye fuerza mayor más que cuando sorprende al conductor en su marcha en curso, pero no si ha caído antes de su salida.

El acontecimiento, por tanto, debe ser exterior a la "empresa", y para que exonere al que bajo su influencia ha producido el daño no debe haberle provocado éste con una conducta imprudente, puesto

que entonces será él su verdadero "editor responsable" y no el acontecimiento externo.

Como decíamos antes, en realidad tanto la fuerza mayor como el caso fortuito han tenido poca importancia a efectos liberatorios en la responsabilidad extracontractual hasta que no se admitió la presunción de responsabilidad, ya que la ausencia de culpa era bastante para exonerar, y entonces el caso empezaba de hecho donde terminaba la culpa.

Resultaría ocioso el pretender hacer aquí un examen de los casos concretos que pueden presentarse y establecer el criterio a seguir en cada uno de ellos: estallido de neumático, rotura de dirección, avería en los frenos, mal estado de la carretera, deslumbramiento, niebla, hielo, nieve, etc. Frente a ellos, lo que sí está fuera de toda duda es que no debe generar, en la mayoría de los casos, una auténtica responsabilidad penal, aunque bien mirado son muchas menos de las que se creen las circunstancias en que los fallos mecánicos o el estado de la carretera, como causa de accidente, no entran dentro de lo previsible.

Permítasenos, a título ilustrativo, una pequeña digresión sobre estos dos puntos concretos por estimarlos de singular importancia.

#### *Defectos del vehículo o fallo de su mecanismo*

En este supuesto, cabe distinguir, en primer lugar, los auténticos fallos o roturas en el complicado mecanismo del vehículo que escapan a la normal previsión de un conductor y que, en realidad, no obstante la creencia general, son muy pocos, de aquellos que deben estimarse como normalmente previsible.

Según los datos estadísticos facilitados por la Jefatura Central de Tráfico, el porcentaje de accidentes en carretera debidos a averías se eleva al 14,89 por 100, lo que representa un total de 2.661 accidentes, de ellos 107 mortales, 1.362 con heridos y 1.192 con sólo daños materiales; a ellos hay que añadir 1.433 sobrevenidos en vías de núcleos urbanos por la misma causa, sin que en éstos conste el número de muertos, heridos o daños. Tales datos se refieren al año 1960.

Durante el año 1961 el porcentaje por carretera se eleva al 14,91 por 100, con un total de 3.151 accidentes, 97 mortales, 1.544 con heridos y 1.510 sólo con daños. Los ocurridos en vías urbanas se elevan a 1.465.

En el año 1962, los accidentes en carretera a causa de averías descienden al 10 por 100, con un total de 2.352 accidentes, lo que evidencia, dado el aumento considerable del parque nacional de vehículos, las ventajas de haberse mejorado sensiblemente el estado de los vehículos en circulación.

No tenemos datos de los ocurridos en vías urbanas.

El dato no es despreciable y merece meditarlo.

La técnica automovilística ha llegado a tal grado de perfección que los vehículos, teóricamente, salen hoy de fábrica dotados y cons-

truidos con materiales previamente sometidos a pruebas de resistencia que eliminan en su casi totalidad el riesgo de fallos mecánicos que puedan provocar el accidente. Está previsto también el desgaste y fatiga de tal material y su límite de resistencia. Nada se deja al azar. Todo ha sido meticulosamente ensayado y calculado. Pero lógico es pensar que merece una vigilancia constante por parte del propietario del vehículo para que todo esté siempre a punto y ese riesgo potencial, inherente a su uso, es el que le obliga a preocuparse constantemente por mantenerle en buen estado de funcionamiento.

Ya sabemos que todos los conductores o propietarios de vehículos no están plenamente capacitados, ni de forma absoluta obligados a tener los conocimientos técnicos suficientes para ocuparse personalmente de esa vigilancia que les permitiría el diagnóstico precoz, valga el término médico perfectamente aplicable en esta materia, de la avería; pero sí lo están, a poca que sea su experiencia, para percibir los síntomas de la "enfermedad" y acudir rápidamente a quien por estar "técnicamente" capacitado para diagnosticarla, lo haga y la remedie, evitando así a tiempo el resultado fatal.

Basta una ojeada de profano al parque nacional de vehículos en circulación para percatarse de que muchos de ellos no reúnen las mínimas condiciones de seguridad exigibles para poder circular y, sin embargo, a despecho de esa insuficiencia que salta a la vista, siguen circulando.

Pero aún hay más. Cualquier conductor no técnico, ni tan siquiera aficionado, pero medianamente experimentado, sabe que la avería, salvo rarísimas excepciones, "avisa" con la suficiente antelación para que no coja de sorpresa; pero él sigue agotando las posibilidades del vehículo, bien por economía bien por pereza, hasta que sucede lo irreparable, la mayoría de las veces en propio perjuicio del conductor que afronta un riesgo perfectamente previsible y, en consecuencia, evitable.

El desgaste del material es de fácil apreciación y es posible siempre reponerlo a tiempo. Neumáticos gastados, frenos insuficientes, dirección insegura, alumbrado deficiente. ¡No hace falta ser técnico para pulsar estas deficiencias que conducen al accidente! Basta un poco de sentido común y un poco de sentido de responsabilidad, para no convertirse en un suicida o en algo peor, si lo que se pone en juego es la vida de los demás, aunque la propia merezca también nuestro respeto.

El conductor o propietario consciente debe, en todo momento, mantener su vehículo en perfecto estado de funcionamiento y someterlo periódicamente a las revisiones y cuidados que las propias casas constructoras aconsejan, procurando que todos y cada uno de sus elementos se mantengan dentro de los límites de seguridad marcados, en evitación de fallos casi siempre previsibles.

Cierto que casi todo esto está regulado en teoría y no ha escapado al legislador su previsión.

Los vehículos han de ser reconocidos antes de su puesta en circu-



lación o garantizarse por el fabricante que reúnen las mismas características que el prototipo aprobado (arts. 209 y 243 del Código de la Circulación).

También deben someterse a reconocimiento los reconstruidos o reparados (arts. 247 y 254 del Código de la Circulación).

Periódicamente, cierta clase de vehículos deben ser reconocidos para comprobar su estado de funcionamiento (art. 253).

Es decir, que en "teoría" todos los vehículos que circulan están en perfectas condiciones de hacerlo con seguridad y garantizado esto por un control técnico.

En la práctica, desgraciadamente, no es así, siendo numerosos los factores que motivan esta deficiencia: ocupando el primer plano la ineficacia de control técnico que urge corregir y que sólo será auténticamente eficaz el día que exista la dotación suficiente para el montaje de estaciones o centros oficiales de verificación y comprobación provistos de material adecuado para tal operación.

Las sobrecargas excesivas, tanto de pasajeros como de mercancías, deben ser vigiladas con más celo. Fatiga el material, provoca un desgaste prematuro y disminuye sensiblemente la seguridad en la circulación. Todo ello coopera tarde o temprano en la producción del accidente.

Como se ve, aunque pueda darse algún caso de fallo auténticamente imprevisto, la mayoría de ellos son debidos a falta de vigilancia y cuidado en el vehículo, lo que en realidad representa una negligencia o descuido en el conductor o propietario, que pueden ser generadoras de auténtica culpa.

El problema es delicado e íntimamente unido con el de la prevención del accidente.

El perfeccionamiento de la investigación sumarial en este aspecto, cosa para la que hoy van existiendo ya medios técnicos eficientes, facilitaría una sanción penal para el conductor descuidado que eliminaría ese temor a que, lograda la reparación del daño por medios fáciles y cómodos para el conductor o propietario (seguro, por ejemplo), debilite en éste los frenos inhibitorios de cautela.

Otro aspecto dentro de esta causa es el de los defectos de fabricación o reparación del vehículo.

El conductor o propietario, por una falta de conocimientos técnicos que no en todos los casos pueden ser exigibles, han de confiar reparaciones de averías o revisión de sus vehículos a personas que por ostentar pomposa y cuántas veces inmerecidamente la cualidad de técnicos, hacen mal uso de la confianza en ellos depositada, unas veces por ignorancia, en ellos inexcusable, otras por descuido o codicia imperdonables, poniendo, a quien confía en ellos, en un riesgo cuyas consecuencias fatales a veces deben de algún modo compartir, si no asumir íntegramente.

El fabricante, por su parte, una vez aprobado el prototipo o autorizada la fabricación de piezas que por sus características o empleo deban ser sometidas a homologación, no puede por ninguna razón

apartarse de las garantías mínimas de seguridad a que se ha comprometido, y cualquier omisión por su parte, que naturalmente puede pasar desapercibida para el usuario del vehículo, es bastante para provocar un accidente cuya responsabilidad debe alcanzarle plenamente y, en consecuencia, correr a su cargo la obligación de indemnizar, que sería injusto en este caso hacer recaer sobre el propietario del vehículo.

El propietario o conductor del vehículo han de tener un margen de confianza en el fabricante o en el taller de reparación, y éstos a su vez un sentido de responsabilidad dentro de su peculiar función.

Mucho se ganará en el terreno preventivo si fabricante y reparadores sienten que sobre ellos gravita una responsabilidad penal y una obligación de indemnizar.

### *El estado de la vía*

No se nos escapan las dificultades que encierra este aspecto que ofrecen una doble vertiente. De un lado, el comportamiento del conductor ante el estado de la vía por la que discurre y el consiguiente atemperamiento a tal estado en evitación de accidentes.

Del otro, la propia Administración en su más amplio sentido encargada de velar por su buen estado, evitando que desidias o negligencias en su conservación puedan ser causa de accidentes.

Con respecto al primer aspecto, surgen las siguientes observaciones:

¿Influencia del estado de la vía en el accidente? Indudable. ¡Pero ¡cuidado! Cuando el accidente se atribuye alegremente al estado de la vía, bien por ser mala o por defectos de señalización, no debe olvidarse que el vehículo lo conducen hombres y que si la máquina carece de posibilidades de darse cuenta del estado de la vía, el hombre sí es capaz de ello y, aun a despecho suyo, está obligado a adaptar la marcha de su vehículo a tal eventualidad y tener paciencia y el sentido común suficiente para no torturar el vehículo hasta el punto de sobrepasar el límite de su resistencia provocando la avería y con ella el accidente, para luego descargar su conciencia y hasta su responsabilidad en quien tiene aquélla bajo su guarda.

No hay duda que muchas veces el desperfecto u obstáculo productor del accidente surgen de improviso y arteramente, pero hay que reconocer que son las menos.

El porcentaje de accidentes debidos a condiciones de la carretera, excluidos los agentes atmosféricos, alcanza el 7,04 por 100, el menor juntamente con estos últimos (5,55 por 100), que se registró como causa de accidentes el año 1960.

Como dato curioso y aleccionador de la totalidad de accidentes en 1960, el 52,47 por 100 tuvieron lugar en recta. Elocuente dato demostrativo de hasta dónde puede llegar la estulticia humana dejándose vencer por un mecanismo más o menos ingenioso hasta el punto de perder su dominio y con ello la vida o la integridad física.

El segundo aspecto referido a la responsabilidad de la Administración, o mejor, para lo que en nuestro sistema es más preciso, obligación de la Administración a reparar las consecuencias dañosas del accidente, es problema en extremo delicado, y por ello necesitado de una más perfecta regulación que evite a la víctima una laboriosa e ineficaz pretensión.

Nos limitamos a enunciarlo, por ser tema que requiere un amplio y meditado estudio.

Ahora bien; admitida la obligación de indemnizar sin que la causa liberatoria pueda ser la ausencia de culpa, los Tribunales no tendrán que buscar a ultranza un responsable penal, y los fallos mecánicos que auténticamente escapen a la normal previsión de un conductor no tendrán que generar responsabilidad penal, ya que no exoneran al propietario del vehículo de su obligación de indemnizarlos en lo que se constituye por imperio de la Ley por el simple uso del vehículo, sin que en tal caso resulte correcto hablar de responsabilidad, ya que si el conductor es a la vez el propietario responderá por sí, y si el propietario es distinto del conductor, lo que cabría decir es que se transfiriere a aquél la garantía del cumplimiento de la obligación.

No obstante, no en todos los casos de fallo mecánico debe recaer la obligación de indemnizar en el propietario. Puesto que los vehículos automóviles están sometidos a un riguroso control en su fabricación, y su puesta en circulación exige como requisito previo el control técnico que implica la aprobación del prototipo y además las piezas vitales para la seguridad de la circulación exigen hoy el requisito de la homologación, es decir, el ensayo previo del modelo para su aprobación y la garantía de que la serie fabricada responde a las características del prototipo, es preciso que el legislador prevea tal circunstancia y establezca expresamente la responsabilidad del constructor en tales casos e incluso la del reparador que no haya empleado piezas homologadas, ya que sería injusto en tales casos centrar la obligación de indemnizar en el propietario del vehículo. Nada de esto está previsto en la Ley núm. 122/1962, de 24 de diciembre.

En términos generales, puede decirse que el criterio que ha venido en la práctica imperando en nuestros Tribunales es el de que donde termina la culpa empieza el caso. Ahora bien; esta solución simplista tiene una consecuencia de difícil superación y es que si la culpa tiene dos ámbitos o esferas, la penal y la civil, cuando no había culpa penal la absolución debía fundarse en la ausencia de sus elementos integrantes, lo que bien podía conducir, y de hecho conducía, a que el accidente era fortuito, con lo cual no podía hacerse declaración de responsabilidad civil en la órbita penal, que, salvo que el presupuesto de hecho de la sentencia no llevase a la conclusión negativa del evento, quedaba la posibilidad de intentar la reparación en vía civil al amparo del 1.902 del Código civil, probando la víctima la existencia de culpa en el causante. Lo insólito y difícil de tal pretensión salta a la vista y refuerza nuestro criterio sobre el concepto unitario de la culpa. Lo que en la órbita penal era caso, en la civil podía no serlo. No vemos

la posibilidad de afirmar racionalmente tan disparatado criterio. El matiz que podía llevar a tal apreciación es tan sutil y quebradizo que resiste todo ensayo de criterio diferenciador que seriamente pretenda buscar una solución efectiva.

Puede que se nos tache de radicalismo en nuestras apreciaciones, pero lo cierto es que pretendemos buscar fórmulas prácticas que den soluciones concretas y efectivas a la pretensión reintegrativa del daño sin conculcar las normas fundamentales, pero también huyendo de sutilezas y confusionismos que, no obstante ser habituales, tan poco dicen en favor del estricto sentido de justicia que debe presidir las resoluciones de los Tribunales y que puede darse el contrasentido de que el propio juzgador reconozca la improcedencia de su resolución y tenga que lamentarse de la inexistencia de norma adecuada para la resolución que en conciencia estima justa, pero se ve imposibilitado de adoptar por no permitirlo una recta interpretación de los preceptos legales aplicables al caso.

Por lo expuesto nos parece correcto lo que al respecto establece la nueva Ley de 24 de diciembre, en su artículo 39. El elemento descriptivo que se consigna al final del artículo facilitará la interpretación y no habrá duda alguna sobre la exterioridad ajena, tanto a la conducción, lo que esperamos se interprete referido a desfallecimiento del propio conductor, como a las roturas o fallos de piezas o del mecanismo, con lo que todo lo interior a la "empresa" en la especie, el automóvil, no tendrá poder liberatorio.

Queda en pie el problema de la concurrencia de fuerza mayor externa y culpa del conductor, que puede darse y que nosotros apelamos para su solución al criterio de la previsibilidad. Un ejemplo: el conductor, que advertido de un desbordamiento continúa su marcha y se ve sorprendido por un corte en la carretera o cualquier otra incidencia consecuenta a la riada, sobre la que ya estaba prevenido, lo que motiva que origine un daño. La fuerza mayor, extraña en este caso, queda anulada por la conducta imprudente de quien continúa su marcha a sabiendas del peligro que corre. Este mismo criterio es aplicable a los casos de tormenta, nieve, helada, mal estado de la carretera, deslumbramiento y otros semejantes. Creemos que este criterio simplificaría extraordinariamente las soluciones.

En suma, la exterioridad y la imprevisibilidad son los elementos básicos para admitir la fuerza mayor como causa liberatoria en los accidentes de vehículos a motor. Lo interior de la "empresa" podrá exonerar de responsabilidad penal, pero no de la obligación de indemnizar en razón al riesgo potencial creado.

*Limitación de la indemnización en determinados casos.  
Razones que la aconsejan.*

Está fuera de toda duda que al objetivarse la obligación de indemnizar, se hace necesario mantenerla dentro de ciertos límites, con el fin de no hacer más onerosa la posición del que ha causado el daño

sin mediar culpa alguna por su parte y evitar que la víctima pueda prevalerse de su privilegiada posición para intentar una pretensión reparadora que exceda de lo que la equidad y un elemental sentido de ponderación aconsejan.

Ese equilibrio al que constantemente venimos aludiendo y que es la clave de todo el sistema que ha de montarse para regular la responsabilidad civil automovilista, es la razón fundamental que aconseja tal medida.

Mientras tanto que el seguro obligatorio, bajo la fórmula hasta ahora empleada de seguro de responsabilidad civil, sea la única utilizable para cubrir la posible insolvencia del causante del accidente y garantizar a la víctima el cobro de su indemnización, y tal seguro gravite única y exclusivamente sobre el titular del vehículo, se impone formalmente esta limitación para evitar un excesivo encarecimiento de la prima.

La limitación propugnada sólo entraría en juego en dos circunstancias, una cuando el accidente sea debido a causas inherentes al funcionamiento del vehículo sin mediar culpa del conductor; otra, en los casos de daños sobrevenidos a personas transportadas benévola-mente, siempre que medie culpa por parte del conductor.

La primera cuenta, aparte de su favorable acogida en la doctrina, con un precedente legislativo en nuestra Patria, cual es la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960. En ella se fijan, en primer lugar, en el artículo 117, unas determinadas sumas correspondientes a vida entera, incapacidad total permanente, incapacidad parcial permanente e incapacidad parcial temporal. Claro está que esta fijación previa tiene en dicha Ley una razón especial, dada la naturaleza del riesgo que se cubre y sin que sea lugar éste para entrar en el estudio de la diferencia que puede existir entre la naturaleza del riesgo automovilístico y el que representa el transporte aéreo tratado a estos efectos como transporte colectivo de viajeros. Pero es el caso que la propia Ley, que sienta el principio de que la razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá, hasta los límites que se establecen en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados, justifiquen que obraron con la debida diligencia (art. 120), viene luego después a declarar que tales límites preestablecidos no podrán amparar a las personas enumeradas, transportista, operador o sus empleados, si se prueba que el daño es el resultado de una acción en que medie dolo o culpa grave.

Es decir, que cuando el accidente sobreviene sin mediar dolo ni culpa, cualquiera que sea su entidad e incluso en el accidente fortuito, en el que, aunque no lo diga la Ley, entrará también el debido a fuerza mayor, la indemnización se fijará teniendo en cuenta la tabla de valores fijada en el artículo 117, pero si media dolo o culpa grave tal limitación no entra en juego y la víctima o sus herederos podrán esgrimir todos los factores de estimación para valorar el daño sufrido,

que sólo el arbitrio judicial centrará ya en sus justos límites haciendo uso de su facultad soberana de apreciación.

El precedente citado y una suprema razón ética y moral son para nosotros, en primer lugar, el motivo que justifica el fijar unos topes máximos de indemnización en caso de accidente sobrevenido como consecuencia de causas inherentes al funcionamiento del vehículo sin mediar culpa del conductor, y, en segundo lugar, no rompe ese equilibrio tantas veces aludido que puede desorbitar el montante de la prima.

Por lo que respecta al caso de transporte benévolo, en el que no debe reconocerse a la víctima derecho a indemnización más que en el caso en que medie culpa por parte del conductor, en tal supuesto deben entrar en juego los topes máximos ya fijados.

Para los que sitúan el transporte benévolo en el campo extracontractual, sus argumentos en el fondo vienen a unificarse en la compensación de culpa valorando como culpa del transportado la aceptación por parte de éste de los riesgos del transporte.

En realidad, no son necesarios tales argumentos, una razón de equidad aconseja no permitir a quien es transportado benévolamente ir más allá en su demanda de indemnización de lo que en términos de estricta justicia debe concedérsele, y entra también en juego el factor ético y moral.

#### *Transporte benévolo y transporte gratuito.*

Esta materia ha sido abordada ya ampliamente por nosotros en un trabajo especialmente a ella dedicado, próximo a ver la luz. También fué expuesto, más condensado, en la conferencia pronunciada con motivo del V Curso Internacional de Derecho de la Circulación celebrado en Madrid del 25 al 31 de marzo de 1963; ahora sólo vamos a limitarnos a transcribir las conclusiones a que llegamos en ambos trabajos por estimarlas suficientes, dada la índole de éste, para con ellas cerrar el panorama que hemos trazado sobre lo que debe ser la responsabilidad civil automovilística.

Tales conclusiones son las siguientes:

El transporte benévolo entra de lleno en el campo jurídico.

Es de naturaleza contractual.

La víctima tiene acción para reclamar del transportista o personas que por él deban responder, la indemnización por daños personales y patrimoniales, sólo cuando haya existido culpa por parte del conductor.

Debe la víctima prevalerse de la presunción de responsabilidad, sin que pese sobre él la carga de la prueba.

La cuantía de la indemnización por daños personales no podrá exceder de unos límites máximos que marcará la Ley.

La de los daños materiales, de su valor efectivo, objetivamente considerado.

Cuando el accidente sea debido a causas inherentes al funciona-

miento del vehículo, sin mediar culpa del conductor, el transportado a título benévolo no podrá reclamar indemnización (no responsabilidad por el hecho de la cosa).

Arbitrio judicial para reducir la indemnización en atención a las circunstancias concurrentes.

El transporte gratuito es contractual y se regirá por las normas que regulan el contrato de transporte, salvo que haya mediado dolo o culpa del transportista o dependiente.

## CONCLUSION

Creemos haber expuesto con concisión, no exenta de claridad, las directrices de lo que debe ser la ordenación de la responsabilidad civil automovilística. Nos hemos concretado a los que estimamos puntos esenciales de ella sin tener la pretensión de haber agotado el tema, de extraordinaria amplitud y complejidad.

El ordenamiento sustantivo penal, el procesal y el referente al seguro obligatorio y Fondo de Garantía, son complemento obligado de lo tratado aquí. Quizá uno de los mayores aciertos de la Ley de 24 de diciembre de 1962 es haber abordado en conjunto la regulación de esta materia.

Confiamos en que el estudio meditado de la Ley y de los problemas que ha de plantear su aplicación sirvan de guía para una revaloración de la misma que la invista y dote de esa eficacia intimidativa y reparadora que se propugna en su exposición de motivos.

No cerráramos adecuadamente esta exposición y faltaríamos con ello a nuestro propósito de ofrecer soluciones concretas, si no aportásemos como complemento de lo expuesto unas bases de lo que a nuestro modesto juicio debe ser la regulación de la responsabilidad civil en el ámbito automovilístico, ya que esta nueva rama del Derecho, no obstante haber sido codificada, está sujeta a posibles mudanzas impuestas por una realidad que constantemente la supera.

## BASES PARA UNA REGULACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL AUTOMOVILISTICA

### BASE I

La obligación de reparar los daños e indemnizar los perjuicios causados, ya provenga de ilícito penal, de ilícito civil o de causas inherentes al funcionamiento del vehículo, sin mediar culpa del conductor, debe ser regulada por las mismas normas, sin perjuicio de que éstas puedan ser aplicables por el Juez penal o el Juez civil. Esta uniformidad es necesaria para evitar tratos desiguales y para que la cobertura del seguro obligatorio opere bajo el signo de idénticas normas.

El problema se simplificaría aún más si llegase a admitirse el concepto unitario de la culpa, pero aun no aceptándole, se hace precisa esta unidad de regulación.

## BASE II

Imponer legalmente al conductor la obligación de indemnizar, corriendo a su cargo la prueba de las causas de exoneración, que habrán de ser: la conducta exclusiva de la víctima o de un tercero normalmente imprevisibles y la fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo.

Establecer que, solidariamente con el conductor, respondan de tal obligación el propietario del vehículo y aquellas personas que le utilicen en su provecho o saquen un beneficio de su utilización por otro, excepto cuando el vehículo haya sido utilizado ilícitamente contra su voluntad, salvo que la utilización haya sido posible por su culpa.

## BASE III

En el caso de que el accidente haya sido debido a causas inherentes al funcionamiento del vehículo, sin mediar culpa del conductor, la obligación de indemnizar deberá recaer exclusivamente en el propietario o persona que saque provecho del vehículo.

## BASE IV

Establecer la facultad de repetición entre los deudores solidarios, y de éstos con el tercero causante.

## BASE V

Se entenderá por propietario el que tiene inscrito el vehículo a su nombre.

## BASE VI

Daños mutuos con responsabilidades recíprocas. En caso de colisión mutua con culpa de varios conductores se hace necesario establecer una fórmula que logre una solución adecuada que no lesione el patrimonio de los dañados, habida cuenta de la existencia del seguro obligatorio.

Tanto el sistema de compensación como el de neutralización (este último aceptado por el T. S.) y cualquiera de los dos aceptables sin el seguro obligatorio, no ofrecen ante éste una solución justa.

Desde el momento en que el conductor o propietario de uno de los vehículos implicados tenga que soportar a su costa todo o parte de los daños por él sufridos, se establece una franquicia para el asegurador que equivaldría a que éste no esté obligado a abonar los daños si media culpa por parte del asegurado, lo que va en contra del principio generalmente aceptado en materia de seguro de responsabilidad civil y que provocaría un enriquecimiento injusto en favor del asegurador, que dejaría de cubrir el siniestro parcial o totalmente, no obstante percibir la prima, lo que es contrario a la aleatoriedad de este tipo de seguro, aunque hoy se pretenda sostener que no se trata de un seguro aleatorio.



El único criterio justo sería que cada conductor o propietario abone íntegramente los daños causados, sin perjuicio naturalmente de que se opere la compensación hasta el límite de concurrencia, operación ésta a realizar entre los aseguradores, pero no entre los asegurados, a fin de que éstos perciban íntegramente el importe de sus respectivos daños.

Si con motivo de la colisión resultan daños a terceros, se constituyen los causantes en deudores solidarios hacia el tercero dañado, bien por partes iguales o señalando cuota en función al grado de culpa de cada uno.

#### BASE VII

Regular la concurrencia de culpas entre causante y víctima fijando la indemnización en atención al comportamiento de cada uno.

Con esta regulación, para la víctima, si su conducta es negligente o descuidada, como quiera que sería impropio sancionarla penalmente, su sanción está en reducir el montante de su indemnización.

#### BASE VIII

La indemnización por daños en las personas debe tener un límite máximo fijado por la Ley, revisable en atención a la coyuntura económica, en los casos en que la obligación de indemnizar nazca como consecuencia de hechos en que no haya mediado culpa del conductor y sea debido a causas inherentes al funcionamiento del vehículo.

Este límite debe ser aplicable en los casos de transporte benévolo o de cortesía cuando en la producción del hecho haya mediado culpa del conductor.

En el transporte benévolo, si no media culpa del conductor, la víctima no debe tener derecho a indemnización en méritos al principio de aceptación del riesgo.

El transporte gratuito se reputará contractual y se regirá por las normas del contrato de transporte.

#### BASE IX

Establecer legalmente la responsabilidad civil de fabricantes y dueños de talleres de reparación cuando se compruebe que el accidente es debido a defectos de construcción o reparación o a la fabricación y empleo de piezas sometidas a homologación que no se ajusten a la calidad o características del prototipo aprobado o carezcan de las marcas de homologación.

En tales casos, sin perjuicio de que la víctima obtenga la indemnización de cualquiera de los deudores solidarios, éstos podrán repetir contra el fabricante o reparador.

#### BASE X

Establecer legalmente el derecho de los prestadores de auxilios a ser indemnizados por los daños que sufran como consecuencia del auxilio.

## BASE XI

Establecer la preferencia de las indemnizaciones debidas por muerte e lesiones sobre cualesquiera otras causadas por el siniestro.

## BASE XII

Amplio arbitrio del Juez para fijar la indemnización a pagar valorando todas las circunstancias.

La existencia del seguro obligatorio no debe producir el temor de que la indemnización se fije con largueza. Debe buscarse la indemnización justa y sobre el criterio del juzgador para fijarla debe pesar la circunstancia de que el seguro, sin perjuicio de carácter de industria privada, tiene una proyección social indudable y vamos caminando hacia el riesgo socialmente aceptado.

## BASE XIII

Se establece la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil. La cuantía tanto da que sea ilimitada como limitada, siempre que el límite mínimo fijado por la Ley sea bastante a cubrir el importe de los siniestros que como término medio se vienen produciendo y el montante de las indemnizaciones que se vienen acordando por los Tribunales en atención a la coyuntura económica.

No debe existir el temor a que las indemnizaciones se desorbiten ante la fórmula de ilimitación. La ponderación de los Tribunales evitará este peligro.

Obligatoriedad para vehiculos extranjeros circulantes en territorio nacional bien por carta verde o seguro fronterizo.

Fuerte sanción en ausencia de seguro a regular su cuantía y exigibilidad en la reglamentación del seguro.

Los garajistas o personas dedicadas a la reparación de vehículos, vendrán obligados a asegurar su responsabilidad civil frente a terceros por los daños que causen con los vehículos que les hayan sido confiados en razón a sus funciones y que sean utilizados en el ámbito de la actividad profesional del suscriptor del contrato.

De aceptarse la fórmula del seguro limitado debe prever la Ley que en el caso de que las indemnizaciones a pagar sean superiores al capital máximo asegurado, éste se repartirá proporcionalmente entre los perjudicados debiendo satisfacer el resto el responsable civil. En caso de insolvencia de éste, entrará en juego el Fondo de Garantía, siempre que la suma percibida no haya alcanzado los límites fijados a las indemnizaciones por esta Institución.

## BASE XIV

Regular las exclusiones de la cobertura del seguro que deberán alcanzar :  
Al conductor o propietario.

Respecto a las personas transportadas:

Al cónyuge, ascendientes, descendientes y dependientes o empleados del propietario conductor o toda persona que con la autorización de aquel tenga la guarda del vehículo, cuando éstos sean responsables del accidente.

Respecto a las cosas transportadas:

Los causados en las mercancías u objetos transportados, salvo en lo que concierne al deterioro de los trajes de personas transportadas cuando sean consecuencia del accidente corporal.

Respecto a los daños materiales:

Los resultantes de operaciones de carga y descarga; los resultantes de desintegración atómica; los que afecten a inmuebles, cosas o animales alquilados o confiados al asegurado o a su conductor a cualquier título.

#### BASE XV

Acción directa de la víctima contra el asegurador o contra éste y los dueños solidarios conjuntamente.

Imposibilidad de oponer excepciones para enervar el pago que provengan del incumplimiento de cláusulas del contrato o de hechos posteriores al siniestro que afecten a la validez de la póliza.

#### BASE XVI

Creación del Fondo de Garantía que cubrirá los casos de ausencia de seguro; insolvencia o autor desconocido y en general cuando el riesgo no esté cubierto y que deben extenderse a los casos en que el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al funcionamiento del vehículo, con lo que se daría al Fondo su auténtico carácter de previsión social.

La indemnización a pagar por el Fondo debe estar limitada en la cuantía que se establece en la BASE VIII, haya mediado o no culpa y en todo caso tener en cuenta la situación económica del perjudicado.

El Fondo no tendrá obligación de pagar cuando la víctima perciba alguna indemnización a causa del siniestro, cualquiera que sea su procedencia.

El Fondo sólo debe pagar en casos de muerte o lesiones. Sin embargo, podría ampliarse su intervención en casos en que el accidente que sólo cause daños materiales implique la ruina del perjudicado.

#### BASE XVII

Deberá crearse un organismo encargado de estudiar y tarificar cualquier riesgo que haya sido rechazado por una Compañía o Entidad aseguradora.

El acuerdo que se adopte obligará a la Compañía bajo sanción de retirada de la licencia si se niega a aceptarlo.

## OBRAS CONSULTADAS

1. ADRIANO DE CUPIS: *Limite e condizioni dell'azione civile per danni da incidente stradale.*
2. CONDE PUMPIDO: *La nueva ordenación de las responsabilidades penal y civil de la circulación.*
3. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil común y foral.*
4. DE MIGUEL GARCILÓPEZ: *La responsabilidad sin culpa.*
5. FLORIÁN, Eugenio: *Elementos de derecho procesal penal.*
6. GUIDO GENTILE: *Responsabilidad civil automovilística.*
7. H. BREBBIA: *Accidentes de automotores.*
8. JANSSENS-BRIGODE: *L'assurance de responsabilité.*
9. MAZEAUD-A. TUNC: *Traité théorique et pratique de la Reponsabilité civile délictuelle et contractuelle.* V. edición.
10. PERA VERDAGUER: *La Ley del Automóvil.*
11. QUITANO RIPOLLÉS, Antonio: *Derecho penal de la culpa; Seguros y responsabilidades civiles delictuales.* "Revista de Derecho Privado". Enero de 1961.
12. REVISTA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. Octubre, noviembre y diciembre de 1960.

# La responsabilidad civil en la nueva Ley de Accidentes de Tráfico

JOSE MARIA REYES MONTERREAL

Juez de Primera Instancia

Si difícil es glosar una nueva Ley, mal puede acertarse en el comentario cuando la novedad afecta a materia que diariamente se nos repite y en que el legislador ha establecido instituciones y normas hasta aquí desconocidas, acuciado, ciertamente, por la necesidad de regularla de forma distinta a como se venía haciendo, en vista de que los precedentes legales fueron impotentes para corregir las tremendas consecuencias del accidente de tráfico.

En verdad, no cumpliría su elevada misión el Derecho penal si no tuviera la flexibilidad necesaria para ir corrigiendo su normación positiva en el transcurso del tiempo, a fin de atemperarla a las exigencias de la defensa social, que es su meta.

Esa labor de adaptación ha de ser, por tanto, tan continua y conatural a la propia razón de ser de aquél, que podría afirmarse que la nota característica más saliente de los Códigos penales ha de ser su eterna mutabilidad, a medida que las realidades de la vida, a que sirven, van cambiando, de suerte que, cuando los mismos permanecen sin alteración, en cierto espacio de tiempo, aquéllas imponen de tal modo una nueva normación, que ha de establecerse en leyes especiales que desbordan el Ordenamiento común.

Y es que la Justicia penal es perfecta en cuanto cumple exacta y oportunamente su inexcusable fin de prevención y defensa, norma rectora de sometimiento de todas nuestras actividades a aquél, como fin digno de ser perseguido, y que, como apunta PRINS (1), consiste en salvaguardar, con medidas apropiadas, el patrimonio de seguridad y moralidad social cuya custodia nos está confiada.

Al proyectar estas consideraciones generales y tan concreta idea teleológica sobre el Ordenamiento penal que plasma en el Código de 1944, y tratar de encontrar en él las normas sancionadoras de fenómeno criminoso de tanta monta y frecuencia en nuestros días, como el originado por el uso y circulación de vehículos de motor, pronto se

---

(1) Citado por DEL ROSAL, en *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, pág. 142.

ve cómo la escasa normativa deducida del viejo artículo 565, no es apta, ni mucho menos, para sancionar delitos que van teniendo amplia repetición y enjundia y matices tan singulares que claman por la específica y más moderna regulación legislativa.

Por eso surgió la Ley de 9 de mayo de 1950, que, tratando de remediar la insuficiencia, tipificó conductas exclusivamente derivadas del creciente fenómeno de la circulación, sancionándolas con normas que si entonces llegaron, en cierto modo, a alarmar a quienes vieron crudeza en ellas, ahora son, a todas luces, insuficientes —porque, precisamente, ya nacieron con el signo de ser incompletas o parciales (2)— para amminorar el número e intensidad de los eventos posiblemente criminosos, resultando pronto inoperante la Ley sin hallar compensación en disposiciones posteriores de otro tipo.

Así, puede decir ahora el legislador español, con indudable acierto, por conocimiento de causa, que no basta una perfecta regulación gubernativa, tendente a prevenir tales hechos, mediante un cúmulo de normas prácticas y bien calculadas, si su destinatario hace caso omiso de ello, o temerariamente las desprecia, a sabiendas del riesgo que corre y en el que coloca a sus semejantes (3).

Ciertamente; a esos semejantes, frente a los que todo conductor de vehículo de motor se suele sentir superior e irresponsable y que, prácticamente, constituyen evidente obstáculo a la velocidad que parece el signo distintivo del quehacer diario de aquél, pues, como ha dicho CAMARGO (4), todo transeúnte es un obstáculo que se interpone al designio de correr, de llegar pronto a un sitio determinado, o simplemente de seguir una determinada dirección.

Estamos en el siglo de la prisa y de la motorización, con toda la secuela de problemas de tipo responsabilista, civil y penal, que, no siendo exclusiva de nuestra Patria, acarrea el muy complejo del tráfico por tierra, mar y aire (5), y que importa la patente lucha entre el rebelde, posible responsable, que se obstina en no calcular el posible riesgo, y el legislador, que puede ceder en su empeño de cumplir la sagrada misión de prevenirlo; lucha que evidencia, sin más, la imposibilidad de seguir considerando que las consecuencias de ese temerario desprecio a que alude sean originadas por una mera impericia o infantil imprudencia, como sinónimos conceptos de la simple omisión de diligencia o desatención, en general, involuntaria, porque cuanto más se

(2) Ya advierte CUELLO CALÓN (*Ley penal del automóvil*, pág. 24) que dicha Ley no castiga todos los hechos peligrosos para la circulación automovilista sino tan sólo los que encierran un peligro grave para la seguridad colectiva, pues otros muchos que constituyen un riesgo para aquella, quedan, y en gran número, relegados en cuanto a su regulación y sanción, a las insignificantes, y hoy, a causa de la progresiva desvalorización de la moneda, verdaderamente ridículas sanciones del Código de la Circulación.

(3) Exposición de motivos de la Ley de 24 de diciembre de 1962.

(4) *Concepto psicoanalítico de la imprudencia*, "Anuario de Derecho penal", tomo III, 2.º, págs. 301 y sgs.

(5) JIMÉNEZ ASENJO, en el Prólogo a nuestra obra *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, 3.ª edición, 1958, pág. 20.

precie el agente de mejor conductor, de mayor pericia o técnica en el manejo del vehículo, más consciencia ha de tener de las sorpresas que nos tiene reservadas y de los riesgos de la conducción misma, y, entonces, va a ser necesario concluir pensando que quien, imprudentemente si se quiere, pero a sabiendas de todas las consecuencias de su quehacer, debiéndolas prever del modo más riguroso, como posibles en cualquier momento y ocasión, llega a preverlas, pero no adopta la prudencia que el progreso de la técnica hace cada vez más adoptable, tanto es como querer que el resultado lesivo se produzca.

Por esa convicción, por nuestra propia experiencia profesional que nos permite observar, como objetivos espectadores, las circunstancias concurrentes en los sucesos contemplados y sus características, y por el conocimiento de la trasnochada eficacia de prescripciones penales, al respecto, decíamos en otra ocasión (6) que "consciente debe ser quien conduce de que sus manos dirigen un instrumento mortífero con el que, en cualquier momento, puede producir un daño que, si lo prevé y no pone medios adecuados para evitarlo, es tanto como quererlo". Estaremos, acaso, en presencia de un dolo eventual o indirecto, porque se dan en él los elementos esenciales que, para CUELLO CALÓN (7) lo tipifican: previsión de un resultado dañoso que no se quiere directamente (no se quiere el resultado, pero no se deja de quererlo) (8) y aceptación de este resultado.

No se diga que es que el conductor no siempre se representa el resultado lesivo, pues el mal está tanto en la representación y no adecuación de su conducta, como en la omisión del deber de representárselo (9), porque, ante la eventualidad de los riesgos diarios, todo el que conduce un vehículo ha de pensar constantemente en que ocurra lo peor, de suerte que podría decirse que quien desentiende aquella, ya de por sí no es un conductor perfecto, porque le falta la facultad tan esencial como la adecuada previsión y constante representación del riesgo, que quizá, en el estado actual de las cosas, sea hoy la más exigible para conducir, y quien no reúne todas las cualidades necesarias para manejar el vehículo, como acertadamente dice el Padre BERISTAIN (10).

---

(6) *Temas médico-legales*, en "Rev. de Der. Judicial", núm. 11, pág. 102

(7) "Derecho penal", tomo II, pág. 414.

(8) Ello constituye ese temerario desprecio de las previsiones legislativas a que antes hemos aludido, tomando términos del preámbulo de la Ley a que nos venimos refiriendo.

(9) Ausencia u omisión de representación que podrá ser voluntaria o por involuntarios defectos de concentración, si éstos, según señala MIERKE (en *Med. Klin.*, 1960, 55), proviniendo de fenómenos de insuficiencia funcional del organismo, se manifiestan siempre como limitación del poder de concentración, que repercute tanto en los actos orgánicos como en los psíquicos, de donde resulta muy importante probar el poder de concentración para apreciar la capacidad de conducir.

(10) *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, en "Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia", diciembre 1962, pág. 853, n.)

tiene la obligación de no coger el volante. "Si lo coge, ya actúa anti-jurídicamente, como quien conduce en estado de embriaguez" (11).

En el mismo sentido, refiriéndose RUIZ VADILLO a los casos de incapacidad funcional o inexcusable impericia, advierte (12) que no es que se conduzca "descuidadamente", es que no se sabe conducir o no se tienen condiciones para conducir.

Un mucho a esta concepción, siquiera implícitamente, parece enderezarse el legislador penal, a través de la Ley de 24 de diciembre de 1962, regulando esta concreta manifestación de la realidad social con un sistema punitivo que si, en algún caso, pudiera suponer el contrasentido a que alude el prestigioso Fiscal últimamente citado (13), al comentar el precedente proyecto —y que ya en la Ley desaparece en buena parte, suavizando alguna de sus penas—, podrán ser justas siempre si se acomodan a las realidades y circunstancias de cada caso concreto, mediante el principio de flexibilidad en su aplicación en razón del arbitrio judicial que establece el artículo 12 de aquélla (14).

Pues bien; sin más preámbulo y centrandolo, por ahora, nuestras meditaciones sobre el aspecto reparatorio del daño causado, a que la Ley que comentamos se refiere, haremos un somero examen de los Títulos III y IV, dedicados, respectivamente, a regular el Ordenamiento netamente civil de la cuestión y el procesal civil.

Adviértese en el nuevo Texto cómo se ha preocupado el legislador de ponderar el efecto netamente económico de las infracciones, regulando la materia con innovación del sistema y de los preceptos, creación de instituciones y una nueva técnica, a fin de conseguir la mayor facilidad y rapidez en la satisfacción del indudable derecho del perjudicado a la efectividad del crédito de aquéllas derivado, entrando, por otra parte, las Entidades aseguradoras y el contrato privado que las liga al responsable en pleno juego en el litigio que, para depurar la responsabilidad civil, se origina y establece.

Caracteriza, al respecto, al nuevo Ordenamiento su punto de mira prevalente sobre el asegurador, con absoluta prevalencia en relación con él directa o subsidiariamente responsable por el hecho determinante de la responsabilidad misma, partiendo de la base de esa obligatoriedad del seguro a que se refiere el artículo 40 de la Ley, cuando, a los efectos de conseguir la rápida reparación del daño, lo que más parece im-

(11) Efectivamente, la embriaguez no sería relevante en el manejo de vehículos de motor si no constituyera causa de disminución o pérdida de las facultades precisas para conducir.

(12) *Algunas observaciones a los Títulos I y II del proyecto de Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor*, "Rev. de Der. Judicial", núm. 12, páginas 75 y 76.

(13) Trabajo acabado de citar, págs. 71 y 72.

(14) Dice que cuando no sea preceptiva la imposición de pena en grado máximo, el Tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias y trascendencia del hecho, la personalidad y conducta del inculpado, la utilización que este hiciera del vehículo cual medio necesario para su trabajo, así como el socorro prestado a la víctima, podrá imponer las penas en el grado que estime conveniente, motivándolo en la sentencia.



portar es la garantía de aquél y no la situación económica del responsable directo o principal.

Hagamos sobre esto ciertas consideraciones:

1.ª Si lo que trata de procurar el nuevo Texto penal es poner freno a esa vertiginosa línea ascendente de accidentes en la circulación, con sus dos resultados legales—responsabilidad penal y responsabilidad civil o extradelictual, análoga a la genericamente contemplada por el artículo 1.902 del Código—, la inclusión de esta última en los Títulos que vamos a examinar justifica el temor que abrigamos de que no va a lograr la consecución de aquellos fines preventivos, en cuanto la existencia, en todo caso, de un seguro obligatorio, dará en la práctica una absoluta seguridad a cualquier infractor meramente civil de que su patrimonio no sufrirá merma, cualquiera que sea el resultado de la acción dañosa, si ésta, sobre todo, no reúne todos los caracteres precisos para ser incriminada como delito, proyectando sus resultados en la exclusiva esfera penal.

Esta novedad creemos que podrá incrementar en la práctica la impunidad del conductor y del propietario del vehículo, en cuanto no respondiendo el asegurador con el simple carácter subsidiario con que realmente lo venía haciendo —más, en puridad, por consecuencia del contrato, que a todo trance trataba de incumplir, que por la influencia de éste en la acción sancionable—, sino que se le señala en el artículo 42 como directamente legitimado pasivamente para soportar el efecto de la acción reparatoria concedida al perjudicado o sus herederos, el responsable material o causante del hecho va a poder, desde ahora, pensar que en aquellos casos en que no se le juzgue penalmente, el hecho por él realizado no le va a suponer quebranto patrimonial alguno.

Se da margen —y esos son nuestros temores— a esa confianza cuando la impunidad aludida es, a nuestro juicio, una de las causas determinantes de la frecuencia en los accidentes de tráfico. Así señalábamos en otro lugar (15) esas influencias aduciendo que la responsabilidad civil, que es la que más importa, queda cubierta por una amplia y generalizada red de seguros que hace insensible todo deber de reparación, a la par que ésta satisface plenamente el interés del perjudicado, a quien poco importa, y hasta trata de evitarla, una vez que ha cobrado, la sanción penal, pues bien dice JIMÉNEZ ASEÑO (16) que es evidente que al interesado en el delito lo que mueve su acción no es el impulso romántico de perseguir el crimen por el crimen, sino que se le pague lo que cree que se le debe (17).

---

(15) En ello reparábamos en el trabajo citado. *Temas médico-legales*, página 104.

(16) En el mismo Prólogo de nuestra obra antes citada.

(17) En este sentido, leemos en JARDI (*Responsabilidad civil derivada del delito*, "Rev. Jur. de Cataluña", núm. 2 de 1959, pág. 229) que "el perjudicado busca únicamente una reparación del daño y una indemnización del perjuicio. En el fondo de su corazón le es indiferente que el autor de aquellos sea o no responsable desde el punto de vista criminal, pero como la atribución de la res-

Y todo ello cuando, como al principio indicábamos, uno de los fines perseguibles por el Derecho penal es la intimidación, la seguridad de sentirse responsable en todos sus aspectos, consecuencias y esferas, por el hecho realizado, o aquella coacción psicológica que explica FEUERBACH (18) y que más operará en el ciudadano cuanto más conciencia tenga de la inflexibilidad y certeza (19), y lleva razón el Padre BERISTAIN cuando asegura que la eficacia de la pena no depende de su dureza, sino de su certeza (20).

2.<sup>a</sup> Que, pese a la importancia que, como factor determinante de la responsabilidad netamente civil, por conducta no criminosa, tienen los accidentes de la circulación, quizá fuera más acorde con la sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, en general, incluir en el Código civil el nuevo régimen meramente privado del ilícito, en el Título XVI, capítulo II, del Código civil, que se inicia con el artículo 1.902, como una más de aquellas de las causas determinantes de la responsabilidad extracontractual, irradiada en su regulación del Código penal y reglada por el civil.

Evitaríamos con ello esa constante pugna entre normas del último con la ordenación procesal y sustantiva de la responsabilidad civil, que acertadamente denuncia QUINTANO RIPOLLÉS (21), sin que veamos otra justificación al no hacerlo que el natural propósito legislativo de establecer en la nueva Ley todo un completo ordenamiento del uso y circulación de vehículos de motor, sustrayendo del contenido del Código penal todo delito que en ellos tenga su origen, y del civil, las consecuencias privadas de ilícitos civiles, extracontractuales y extra-penales, por supuesto, cuando la culpa extracontractual y su reparación, en el más amplio sentido, debe ser uniforme a todos los eventos, cualquiera que sea la causa que los determine, sin que esto sea impe-

---

ponsabilidad civil depende de su declaración de culpabilidad, y ésta, en gran parte, del auto de procesamiento que se decreta, aquella etapa procesal se convierte, tanto por parte del que cometió el acto, como por parte de quien resultó perjudicado, en factor de regateo, para alcanzar, privadamente, una transacción sobre el importe de la indemnización. Con el ánimo de llegar a un acuerdo, o una vez realizado el convenio, se producen corruptelas de todas clases: declaraciones testificales o dictámenes periciales falsos o exagerados, a fin de abreviar los trámites para el procesamiento, o de conseguir un sobreseimiento. En pocas palabras: "Se prostituye la Justicia".

(18) Citado por DEL ROSAL, en *Principios de Derecho Penal*, pág. 107.

(19) Dice DOSITEO BARREIRO (en *Responsabilidad sin culpa y culpa sin responsabilidad en los accidentes de tráfico*, publicado en la "Rev. de Der. Español y Americano", julio-agosto, 1958, pág. 304), "que la pena es una amenaza permanente que pesa sobre todos los sujetos sometidos a la Ley penal, y que ha de actualizarse para mantener viva la intimidación, y por imperio de la justicia retributiva".

(20) Trabajo citado, pág. 854.

(21) Advierte en *Seguros y responsabilidades civiles delictuales*, en "Rev. de Derecho Privado", enero, 1961, pág. 4, que ante nuestro sistema positivo en esta materia, es evidente el hecho de que tanto la dogmática penal como la civil incitará soluciones que aboquen al confusiónismo, inevitable a veces en esta especie de *no man's land* de la culpabilidad, utilizando indiscriminadamente por los cultivadores de ambas disciplinas.

dimento para dedicar, dentro de las normas generales del Código, a la específica responsabilidad por el uso de tales vehículos, los preceptos que, más enérgicos, respecto de los ordinarios, demanden las circunstancias del caso y la frecuencia de los hechos perseguidos.

El resultado práctico es, de momento, desgajar, una vez más, ramas del Derecho público o privado para engendrar derechos o instituciones específicas, haciendo temer que, probablemente pronto, de seguir así, el Código penal y el civil, con regular casos generales, vendrán a perder en la práctica su adecuada calificación de ordenamientos comunes, porque solamente podrán proyectar sus normas a muy singulares y concretos casos.

3.<sup>a</sup> Que no empece a esta observación que el Código civil mismo reenvíe al penal para que por éste se rijan las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas (art. 1.092), tanto porque en la materia que estudiamos no hay preceptos específicos del último para normatizar las que nacen de infracciones al régimen jurídico del tráfico, cuanto —y esto es lo que más importa— porque la acción civil que constituye el tema de los Títulos III y IV de la nueva Ley, es precisamente, en nuestra opinión, la que no nace del delito de tráfico, sino que es mera y exclusiva reparación civil de hechos que, aun producidos con ocasión de usar y circular con vehículos de motor, no han engendrado infracción penal alguna cuyas consecuencias civiles deban depurarse por el Código penal o por esta Ley especial, si se quiere, sino manifestaciones de una culpa extracontractual que en todo momento y caso está reservada por el Código civil a su propia regulación y conocimiento, cabalmente, en el artículo 1.902 y sus concordantes.

De todos modos, a la hora de comentar la Ley nueva, tendremos que partir del hecho de la inclusión de este tema en su normativa, y a esta realidad habremos de estar cuando examinemos en el futuro todo tema de responsabilidad civil derivadas de infracciones, civiles o penales, de las leyes del tráfico, comenzando desde ahora, tras breves consideraciones generales, el examen de los Títulos a que nos queremos referir.

I. GENERALIDADES A PROPÓSITO DE LA MATERIA.—Convendrá, ante todo y para delimitar conceptos, consignar la circunstancia general y harto sabida de que, como suele decirse, de todo delito o falta nacen dos clases de acciones: la penal, para perseguir el crimen, en cuanto tal, y la civil, para obtener aquellos tres efectos que engloba la genérica expresión “responsabilidad civil”: la restitución, la reparación y la indemnización, que hubimos de comentar en otra ocasión y cuyas meditaciones damos aquí por reproducidas (22).

Pero para mejor comprender los Ordenamientos de la Ley nueva, debemos concretar esa idea de dualidad de consecuencias —penales y civiles— de “todo delito o falta”, en el sentido de que no es rigurosa-

---

(22) Vid. nuestra *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, 3.<sup>a</sup> edición, págs. 219 a 290.

mente cierto entenderlo de este modo, cual literalmente viene haciéndose, pues la acción civil surge con una autonomía tal que obliga a concluir sosteniendo que el significado de la supuesta afirmación legal deducida del artículo 100 de la L. E. Cr. sólo es exacto cuando lo interpretemos en el sentido de que “de todo hecho ilícito” puede surgir una acción penal y una acción civil, porque el concepto de ilicitud civil ha de ser siempre más amplio que el de la penal, pues, como sabemos, hechos ilícitos no penales engendran, en cambio, acción civil para demandar sus consecuencias y, de otro modo, no habiendo delito, mal podría decirse que de él surja esa acción civil reparatoria.

Mejor que nosotros lo explican GÓMEZ ORBANEJA y HERCE (23). al decir: “El delito entra como especie de un concepto más general: el acto ilícito. Lo que hace del acto ilícito delito es exclusivamente el estar sancionado con una pena: “castigado” por la Ley (C. p., art. 1). Con otras palabras, esto quiere decir que el delito, en cuanto tal, no produce otro efecto jurídico que la pena. Pero el *acto* que lo constituye es a la vez fuente de obligaciones civiles si lesiona derechos subjetivos privados (C. c., art. 1.089). Cuando el artículo 100 dice que “de todo delito a falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”, lo que debe entenderse simplemente es que el *hecho*, además de punible, esto es delito, puede ser un ilícito civil.

Por ello está claro que no es que el delito, en sí, produzca, como tal, dos males aun dentro de su esfera penal: uno social y otro individual, o privado, sino que el *acto ilícito* es capaz de originar el mal penal del delito, de carácter social, y, a la vez, una lesión meramente civil, que afecta tan sólo a la esfera privada y, generalmente, patrimonial, del perjudicado u ofendido, demostrándolo así la multitud de hechos ilícitos que sólo producen, como delitos, un ataque al bien social y no a ningún particular, por lo que pudimos señalar en otro lugar (24) que “esta doble ofensa, que la generalidad de los autores pone de manifiesto cuando se trata de justificar la exigibilidad de la responsabilidad civil, como remedio a la lesión del particular ofendido o perjudicado por el delito o falta, no es, por lo demás, absoluta, pues si bien es cierto que el artículo 19, ya citado, la hace aplicable, por su generalidad a todos los responsables criminalmente ex delito o falta, habrá que examinar caso por caso, ya que es evidente la realidad de que hay delitos que no engendran esta última responsabilidad, y es por lo que, según ya dijimos también, nos parece más acertada la expresión del artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando hace nacer necesariamente de todo delito o falta una acción penal y, posiblemente (“puede nacer también”), una acción civil reparatoria”.

Por lo mismo, afirma SILVA MELERO que el daño es condición fundamental que determina que no todo delito dé lugar a una respon-

(23) *Lecciones de Derecho Proccsal*, tomo II, págs. 86-87.

sabilidad civil, por la razón de que no todas las actuaciones penales son daño (25), y JIMÉNEZ ASEÑO (26) explica perfectamente cómo la acción civil y la penal difieren en realidad, tanto en su esencia como en sus caracteres y vida propia, porque la “acción civil nace del hecho ilícito (arts. 1.089. y siguientes del Código civil), en cuanto fuente de las obligaciones civiles sólo exigible en la vía criminal, si tal hecho alcanza la categoría de delito, puesto que lo único que desaparece es la competencia procesal para conocer de ella, pero siempre a reserva de acudir a los tribunales civiles”. Finalmente, el T. S. resume estas ideas, declarando (27) que una cosa es la reparación penal y otra la obligación civil de reparar los daños.

Con estos temperamentos es como habrá que entender la opinión de AGUILERA DE PAZ, afirmando que al Derecho penal interesa satisfacer ese daño social y ese daño privado (28), pues la afirmación no la tenemos por del todo exacta, 1.º, porque el Juez penal cumple con la imposición de la pena, consiguiente al delito, en sí, en su manifestación de infracción del tipo criminoso atacado, en los casos en que el perjudicado por el mismo hecho renuncia a la satisfacción del perjuicio que se le ha inferido; 2.º, porque, de no ser como decimos, en todo caso, habría que reparar en la vía penal ese daño privado —en el que si estaba interesado el Ordenamiento penal, de típico carácter de Derecho público, nada jugaría la voluntad del perjudicado mismo—, y ello aunque no lo quisiera el ofendido, cuando esas normas punitivas no han de consentir el más mínimo respeto a la autonomía de voluntad de los particulares (29), y 3.º, porque, en otro caso, cuando el hecho ilícito se considera que no constituía delito, pero sí había producido un daño privado reparable, el Juez penal tendría que proseguir sus actuaciones hasta ejecutar la reparación a que el perjudicado, de todos modos, tiene derecho.

Entonces, en verdad, lo que ocurre es tan sólo que se aprovecha la oportunidad de un proceso penal, depurador de la existencia y consecuencias públicas de un ilícito, para entender y conseguir, al mismo tiempo, la reparación del daño que, en el campo civil exclusivamente, el hecho mismo ha determinado. Hay solamente un fuero atrayente, a favor de la jurisdicción penal, para conocer de ambos efectos posiblemente deducibles del ilícito, en general, y cuyo ejercicio es conjunto,

---

(24) *Acción y responsabilidad...*, pág. 215-216.

(25) *El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal*, “Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia”, diciembre 1950, pág. 642.

(26) *Derecho Procesal Penal*, tomo I, pág. 162.

(27) En los importantes fallos de 21 de octubre de 1910, 3 de octubre de 1931, 12 de febrero de 1932 y 13 de noviembre de 1934.

(28) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2.ª edición, tomo I, pág. 512.

(29) Lleva razón BARREIRO (en trabajo citado, pág. 304) al apuntar que no deja de ser un injerto un tanto extraño en el proceso penal la existencia de una obligación sobre la cual las partes pueden ejercitar su poder dispositivo, con entera amplitud prácticamente.

de oficio, por el Ministerio Fiscal, haya o no acusador particular (30), a menos que se haga expresa y total renuncia a la obtención de la efectividad de la reparación, por el particular que exclusivamente tiene derecho a demandarla y a impedir que se demande (31), o expresa reserva del derecho del ofendido a pretenderlas en la vía civil separada (32); normas todas ellas que no podrán dejar de tenerse en cuenta como aplicables a la específica esfera que estamos estudiando, por la vigencia que expresamente da a las disposiciones del Código penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal la disposición final primera de la Ley de 24 de diciembre de 1962.

Así las cosas, nos ponemos en trance de hacer todavía una distinción básica entre las mismas consecuencias civiles contempladas por el Texto nuevo, según deriven de un hecho ilícito declarado expresamente como delito o de la mera responsabilidad, extradelictual, de culpa o negligencia —por otra parte, no contractual—, ya que, en cuanto a la depuración de lo primero parece dedicarse el Título II de la Ley, centrándose el contenido de los III y IV, en la interpretación que nos sugiere —sin perjuicio de inevitables normas de aclaración, que no se harán esperar—, a los eventos de esa responsabilidad que, con carácter genérico, regula el artículo 1.902 del C. c., o bien, cuando derivando ciertamente de un delito, el ejercicio de la acción reparatoria se ha reservado expresamente para verificarlo en la jurisdicción civil.

Planteando así la cuestión, habrá que examinar la materia pensando que, a pesar de aparentes contradicciones deducibles de la no sosegada meditación de lo que precede, el Ordenamiento civil y procesal, materia de esos Títulos, concretará su campo de operancia a los siguientes eventos:

A) Cuando los Tribunales de lo penal dejan expedita la vía civil, porque la responsabilidad de este tipo no está condicionada por la existencia del delito, sino que lo que se condiciona es la competencia del Juez penal sobre aquélla; y esto en razón de que, como advierte QUINTANO RIPOLLÉS (33), “ante un ilícito aún sin calificar, esto es, sin tipificar en un ordenamiento determinado, el legislador y, en su caso, el jurista llamado a interpretarlo o valorarlo, ha de buscar con preferencia la tipificación penal, y sólo en forma excluyente, la civil, en ausencia de la primera” (34).

(30) Artículo 108 de L. E. Cr.

(31) El mismo artículo, en relación con el 112..

(32) Artículo 112 de la misma Ley.

(33) *Ilícitud civil y penal*, en “Rev. Jur. de Cataluña”, núm. 3 de 1957, página 213.

(34) Por lo mismo, ha sostenido GRAVEN (en *Introducción a un enjuiciamiento criminal racional de prevención y defensa sociales*, en la “Rev. Gral. de Leg. y Jurisprudencia”, diciembre 1953, pág. 694), que la primera etapa en toda actuación, el estado preliminar a todo proceso penal, evidentemente, será siempre la investigación del hecho declarado delictuoso y el descubrimiento de su autor, y que toda la fase previa de investigación y de sumario es indispensable en la inmensa mayoría de los casos.

Pero esa permisión a la vía civil tendrá lugar en los siguientes casos:

a) *En los supuestos de muerte del responsable penal*, como reconocieron los fallos del T. S. de 22 de mayo de 1901 y 12 de abril de 1904. El hecho y sus consecuencias son evidentes, ya que si, por el carácter personalísimo de la pena, se extingue la acción penal persecutoria del delito (35), en cambio, frente a los herederos del mismo la acción civil puede ejercitarse, como permiten el artículo 115 de la L. E. Cr. y las sentencias del mismo Tribunal de 3 de febrero de 1889 y 9 de julio de 1941.

b) *Por la declaración de rebeldía* (sentencias de 6 de diciembre de 1895, 28 de mayo de 1904 y 22 de enero de 1919), pues, como dice FENECH (36), a propósito del contenido del artículo 843 de la Ley de Enjuiciamiento Crimial, al acordar la suspensión de la causa por esta circunstancia, se reservará a la parte ofendida por el delito la pretensión que le corresponda para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios.

c) *Por auto de sobreseimiento de la causa* (artículo 635 de la L. E. Cr. y sentencia del T. S. de 19 de febrero de 1902).

d) *Por expresa reserva de la acción civil derivada del hecho ilícito incriminado como delito*. Así se deduce del ya dicho artículo 112 de la misma Ley y de las sentencias de 17 de diciembre de 1914 y 17 de marzo de 1924, al ser consecuencia de que nada obliga a ventilar la mera cuestión civil en el proceso penal, porque, como dice el mismo profesor FENECH (37), el ejercicio de la acción civil en el proceso penal no constituye elemento de procedibilidad del proceso instructorio ni del proceso decisorio, por su carácter contingente, sino que queda únicamente en su derecho a pedir que en el fallo se reconozca el perjuicio y se condene al culpable al resarcimiento.

Los supuestos acabados de expresar son consecuencia del principio general de nuestro ordenamiento penal, que aquí basta con recordar: el artículo 111 de la L. E. Cr. (38), del que es necesaria secuela el 114 de ella (39).

B) Por los hechos nacidos de culpa o negligencia, no constitutivos de delito, incluso en los supuestos en que ni siquiera haya actuado la autoridad competente en materia criminal. Es el caso del artícu-

---

(35) Porque, como indican GÓMEZ ORBANEJA y HERCE (obra citada, II, página 97), al culpable fallecido no es que habrá que absolverlo; es que no se le puede absolver ni condenar.

(36) *El Proceso Penal*, pág. 84.

(37) Obra citada, pág. 295.

(38) *Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviere pendiente la acción penal no se ejercerá la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme, salvo siempre lo dispuesto en los artículos 4.º, 5.º y 6.º de este Código.*

(39) En su párrafo primero, a cuyo tenor: *Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.*

lo 1.902 del Código civil que, cuando se refiere a hechos lesivos ocasionados con motivo del uso o circulación de vehículos de motor, cede, como ley general, en beneficio de la especial que ahora estamos comentando.

Para nosotros, en estos supuestos concretos, no ha de ser de aplicación la prevención general del artículo 116 de la L. E. Cr. (40), porque la interpretación que creemos debe darse a esta norma es que no pervivirá la acción civil cuando se declare la inexistencia del hecho, si tratamos de derivar de él la reparación civil, pero no cuando ésta no se busque a través de la existencia de un hecho delictivo, sino de un ilícito que, habiendo existido con vigor para producir delito o no, por sí es capaz de engendrar responsabilidad netamente civil, como la del 1.902, ya referido.

Fuera de esos excepcionales supuestos, y pese a la ausencia de un explícito precepto en la Ley nueva, entendemos que el hecho de que el legislador separe ahora en sendos Títulos el ordenamiento penal y civil, no permite pensar que en el actuar procesal criminal se excluya el tenor de la responsabilidad civil dimanante del hecho incriminado penalmente, determinando su alcance y depurando hasta sus últimas consecuencias. Por el contrario, en caso de ejercicio conjunto —que, por Ley, ha de ser lo normal— de ambas acciones, regirán los Títulos I y II, no pudiendo entrar en juego los III y IV, sino en los eventos excepcionales antes mencionados.

Así se deduce de los artículos 19, párrafo 2.º (41); de los apartados *c*) y *d*) del 21, estableciendo providencias que el Juez puede adoptar para obtener fianza que garantice las responsabilidades pecuniarias, o fijar la pensión provisional en favor de la víctima; del 24, concediendo intervención en el sumario al responsable civil subsidiario; figura ésta que nada tiene que ver en materia de depuración de consecuencias estrictamente penales; del artículo 26 (42); del 31, para el que la determinación cuantitativa de la responsabilidad civil, en los casos en que no pueda hacerse en la sentencia, se practicará en trámite de ejecución, fijando en el fallo las bases a que deba acomodarse; del 36, regulando la ejecución del fallo, con inclusión de la cuantía de la indemnización si se hubiera fijado en aquél o, en su caso, en la forma antes dicha; del 37 (43) y del 38, que, por último, determina

---

(40) Según la cual *la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, o no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer.*

(41) Ordena que el Juez proceda a la tasación de los daños, haciendo saber a los perjudicados su derecho a personarse en las diligencias, así como el ofrecimiento de las acciones.

(42) Dice que en el escrito de calificación habrá de determinarse la persona o personas en quienes se concrete la responsabilidad civil, fijando en lo posible la cuantía en que se aprecien los daños y los perjuicios causados.

(43) Establece que *el Magistrado, si la sentencia no hubiera fijado la cuantía de la responsabilidad civil, practicará de oficio las pruebas periciales que estime oportunas, conducentes a la determinación cuantitativa de aquella, y una vez verificadas, se dará vista de todo ello al Ministerio Fiscal y a la acusación*



que “practicada la prueba, en término máximo de cinco días, el Magistrado, por medio de auto, fijará la cuantía de la responsabilidad civil impuesta por la sentencia”.

Pues bien; en el Ordenamiento sustantivo civil (objeto del Título III) hay que señalar, en primer término, la asignación legal del carácter de responsable civil directo al asegurador para la satisfacción al perjudicado de las consecuencias económicas de esa responsabilidad civil. Y es responsable directo porque, aun cuando el artículo 39 preceptúa que el conductor del vehículo de motor está obligado a reparar el mal causado, el 42 confiere al perjudicado y a sus herederos, a estos fines, “acción directa contra el asegurador”, a lo que no obsta el hecho de que la misma esté condicionada, cuantitativamente, por la propia cobertura del riesgo, es decir, con la Ley, “hasta el límite del seguro obligatorio”, por donde pensamos que, considerándose por el exceso al asegurado como asegurador del propio riesgo, el perjudicado o sus herederos podrán demandar del propio autor del hecho la reparación del daño en la parte que exceda de lo obligatoriamente asegurado. Así lo deducimos, primero, de la autorización expresa que, al efecto, hace la Ley misma al advertir que esa acción directa contra el asegurador se da hasta el límite cubierto y que se entiende “sin perjuicio de las demás acciones que le correspondan” (44), expresión ésta que ampara no sólo la utilización de las restantes, de otra índole y naturaleza, sino de las que, siendo de la misma que estudiamos y tendente, por tanto, a obtener la reparación, no puedan dirigirse totalmente contra el asegurador; y, segundo, porque si se hiciera en esos supuestos responder al Fondo de Garantía, a través de una interpretación generosa del inciso final del artículo 45 (45) —interpretación que para nosotros no es admisible—, la consecuencia práctica será que los asegurados tiendan a no elevar mucho la cuantía del premio del seguro, para evitarse aumentos de prima, si ellos no iban nunca a responder.

Para la mejor puesta en marcha de estos efectos legales, queda obligado el propietario del vehículo, por el artículo 40 de la Ley, a suscribir una póliza de seguro que cubra sus responsabilidades civiles por los daños a que se refiere el artículo 39, llevándose el rigor de este precepto al extremo de prohibir la circulación de los vehículos de motor no asegurados.

Al analizar esta institución y la norma que la contiene, convendrá señalar:

1.º Que esa obligatoriedad del seguro se restringe a la garantía de los daños no propios, los que seguirán en el futuro siendo suscep-

---

*particular, si la hubiere, así como al penado y, en su caso, a los responsables civiles declarados en la sentencia por un plazo común de cinco días, dentro del cual podrán solicitar que se complete la prueba practicada, proponiendo la que consideren conveniente a su derecho, que será admitida o rechazada por el Magistrado sin ulterior recurso.*

(44) Artículo 42.

(45) Preceptivo de que el Fondo responde... cuando no se produzca la asistancia o indemnización por los medios previstos en los artículos anteriores.

tibles de aseguramiento con el simple carácter voluntario. Sólo se preocupa el legislador del derecho de los terceros, para que éstos se vean garantizados en todo momento y sin enojosas dilaciones de procedimiento, ni riesgos de ineffectividad por insolvencia, en relación con la satisfacción del derecho a que, por los supuestos previstos en la Ley, resulten ser acreedores.

Efectivamente, la no obligatoriedad del seguro para esos daños propios es fruto de meditación y sereno cálculo por los preparadores de la Ley, buscando, según parece, la obtención del fin preventivo del delito, meta del legislador, quien cree, con buena lógica (que deseamos sea realidad), que “la técnica de incriminación establecida en el ordenamiento penal elimina todo temor de que la póliza de seguros pueda debilitar en el conductor los frenos inhibitorios de la cautela; el seguro está creado para la protección de la víctima y no del culpable” (46). Y dudamos mucho que se consiga el efecto, porque, pese a todo, ahora se facilita más, precisamente a través de la obligatoriedad del seguro, la responsabilidad extraña, la de la entidad aseguradora —hasta aquí tan dudosa en el campo jurídico y que, sólo por cierta práctica, se venía haciendo efectiva en las actuaciones penales, mediante, sobre todo, la prestación de fianza—, de suerte que siempre y por ministerio de la Ley habrán de responder aquéllas, lo que sólo tendrá el correctivo de que el asegurador mismo y, en su caso, el Fondo, podrán repetir lo pagado del propio asegurado o del tercero causante de los daños. Piénsese que ni siquiera el conductor corre el riesgo de tener que pagar la prima, porque la obligación de asegurar el vehículo recae exclusivamente sobre su propietario (art. 40).

2.º Creemos que la cuantía del seguro vendrá fijada por el mismo legislador, en disposición complementaria ulterior, cuando dicte, al efecto, las normas que ya se prevenen por la Ley misma. Y es de deducir que será aquél quien la determine, tanto por la expresión legal, “hasta la cuantía que se fije”, cuanto de que si el espíritu y fin de la implantación de este seguro obligatorio es el que acabamos de exponer, parece que no debe concederse a los propios obligados la facultad de fijar cuantitativamente el riesgo que el legislador trata de garantizar, porque lo normal sería que se asegurase lo menos, para evitar el pago de de una crecida prima (47).

3.º Esta obligación se lleva al extremo, ya dicho, de que los vehículos no asegurados no podrán circular, y en relación con esa obligatoriedad será preciso concretar a qué vehículos de motor habrá de afectar la norma, si sólo a los normalmente destinados al transporte

(46) Exposición de motivos de la Ley.

(47) Es de desear que, al hacerlo, pondere el legislador las razones que, comentando el proyecto de esta Ley, expone CONDE PUMPIDO (en *Las leyes españolas sobre los accidentes de circulación*, en “Rev. de Der. Español y Americano”, núm. 31, año 1962, pág. 203), para que, al fijarlo, se evite un agravamiento exclusivo sobre el propietario del vehículo, que puede, incluso, ver encarecidas las primas actuales, que aconsejan más bien que se comparta socialmente señalándose módulos ínfimos y supliendo el Estado la diferencia.

de personas y de cosas, como automóviles, camiones, motocicletas, etc., o los que, funcionando también por el mismo sistema de motor se dedican a fines específicos, como los propios de faenas agrícolas, concretamente, los tractores, de tan frecuente circulación rodada (48). Entendemos que ha de abarcar a los que, teniendo ese sistema de funcionamiento, pueden crear el riesgo a que la Ley provee, siendo, en todo caso, preciso estar a lo establecido en el artículo 1.º de la misma, en relación, complementaria, con el 4.º del Código de la Circulación (49).

Al decidirse el legislador por este sistema, se inspira en la búsqueda de acabadas garantías para víctima o perjudicado y sus herederos, frente a riesgos de insolvencia y frente, también, a la postura normalmente mantenida hasta aquí por las compañías de seguros, con frecuencia reacias a satisfacer la cantidad asegurada o la pedida como responsabilidad civil, propicias un tanto al regateo y a la componenda con el perjudicado, a quienes, a cambio de una eventual absolución, se le forzaba a inmediata renuncia compensada con una satisfacción económica igual al perjuicio a cuya indemnización aspiraba justamente.

Ya hemos denunciado esto en otras ocasiones, a propósito de la posición de las compañías en el proceso penal (50), meditando con más sosiego la intervención que las mismas debían tener, según Ley, en la instrucción sumarial y no, ciertamente, para mostrarnos partidarios de que a aquellas hubiera de dárseles beligerancia, por una parte, para que pudieran utilizar la vía penal como perjudicadas por el delito, y por otra, totalmente opuesta, para que los perjudicados trataran en la misma vía de que las compañías cumplieran la obligación, exclusivamente privada, derivada de su contrato.

Ahora, la cuestión acerca de esta discutida intervención sumarial —que nosotros descartábamos en cuanto, dentro del concepto “ofendido” del artículo 109 de la L. E. Cr., no era posible comprenderlas (51), —queda resuelta en el sentido de que, si conforme al Ordenamiento procesal penal de la nueva Ley, podrán o no tener mayor in-

---

(48) PIOLACHS, ha señalado —en *Accidentes de Tráfico*, en “Folia Clínica Internacional, núm. 7 de 1960— la necesidad de incluir en lo que llama “accidentes de la motorización”, los producidos en el curso de trabajos agrícolas (sembradoras, trilladoras, tractores, aventadoras, etc.) y durante la nivelación de terrenos (niveladoras, extractoras de tierra, grúas, etc.).

(49) El art. 1.º dice que la presente Ley sanciona determinadas conductas relacionadas con la circulación de los vehículos de motor por carretera, otras vías públicas y demás lugares transitables y regula el procedimiento para exigir la responsabilidad penal y civil derivada de aquellas. Y el 4.º del Código de la Circulación, se refiere cuando habla de los vehículos de motor a todos los que están dotados de un dispositivo mecánico de propulsión, que sirva para el transporte de personas y de cosas y que circule por las vías públicas sin intervención de carriles.

(50) Cf. *Acción y responsabilidad...*, págs. 115 y sgs. Coloquio sobre Aspectos de la legitimación en la responsabilidad civil, en el Instituto Español de Derecho Procesal, el 27 de febrero de 1958. *Posición de las Compañías de Seguros en el Proceso penal*, “Rev. de Derecho Procesal”, núm. 1 de 1959, páginas 123 a 166.

(51) Vid. la cita anterior.

tervención en las diligencias de tipo criminal, lo cierto ha de ser que la misma no se produce por el hecho de considerarlas como perjudicadas u ofendidas, sino por el contrario, como sujetos de quienes, incluso en aquella vía, se va a demandar el cumplimiento de ciertas responsabilidades o prestaciones pecuniarias que de la Ley se deducen (52).

En consecuencia, la primera afirmación que hay que hacer —aunque este aspecto queda irradiado de nuestro actual comentario—, será el de que, definitivamente, tendremos que descartar la corruptela, que tanto hemos denunciado por verla repetida con más frecuencia de lo pensable, de ofrecerles el procedimiento, al cumplir con lo ordenado, exclusivamente, a nuestro juicio, para otros eventos por el artículo 109 de la referida Ley.

En realidad, con esta innovación de la de 1962 parece como si más preocupasen en estos casos los intereses privados del lesionado, cuya reparación se busca a toda costa, que el mal social que el imprudente uso de vehículos de motor está originando, con verdadero motivo de alarma para la paz y seguridad públicas. Es una especie de triunfo del egoísmo privado, a quien nada preocupa la gravedad criminosa del caso cuando sus intereses económicos se han satisfecho del todo, y, por supuesto, una solución, bien justa pero poco técnica desde el punto de vista del Derecho penal, cuya misión es prevenir el mal, porque viene a soslayar el interesante tema del grado de incriminación que a estos hechos corresponde, pues, como dice BARREIRO (53), en un régimen de seguro obligatorio repugna menos una conducta sin culpa, si se sabe que ha de revertir sobre una persona que tiene calculado como negocio la posibilidad de verse obligada a la reparación de los daños y que ese cálculo le permite, aun en este caso, salir bien librada económicamente.

Por tanto, aun adaptándose con ello el legislador al sistema que sigue una buena parte de los restantes países y al precedente español del seguro obligatorio de accidentes de trabajo, no ha podido desdeñar, y ha hecho muy bien porque el efecto prevencionista no puede descuidarse, el tema de la responsabilidad penal con una acentuación de penas, ya que de no haber paliado los efectos prácticos de esa impunidad civil, los fines de defensa social habrían de verse mal parados, en momentos en que, como advierte el P. BERISTAIN (54), la reacción contra los delitos de tráfico debe ser más rápida, más enérgica y, sobre todo, más científica.

En efecto, esos fines y no aquéllos, de neto matiz privado (con ser tan respetables) han de ser prevalentes ante delitos que no proyectan exclusivamente sus efectos en la esfera del interés particular. De ahí que ahora se haga, si cabe, más necesario que, antes de nada, se siga dando preferencia a la jurisdicción criminal para entender

---

(52) Artículo 21.

(53) Trabajo citado, pág. 308.

(54) Trabajo citado, pág. 850.

del ilícito, al margen de ese efecto—siempre secundario para el Derecho penal—, puramente privado, desoyendo ahora, como nunca, cierta corriente doctrinal, muy en boga, de facilitar más aún la satisfacción del ofendido, con fácil manejo y expeditivo uso de las acciones civiles, o que tratan de conciliar los intereses penales a las exigencias del ofendido, que no para mientes en dificultades técnicas de incriminación, para abocar a la desintegración del Derecho penal por exclusión de estos ilícitos (55), posiciones que, para nosotros, lejos de contraponerse, pueden encontrar plena satisfacción, como hasta aquí ha ocurrido, con el ejercicio de la mera acción penal, con la ventaja de que el control del Instructor, en un proceso en que no reza el principio dispositivo de las partes, evitará en la práctica las inadmisibles componendas privadas a que con frecuencia se llega, cuando no a la omisión de denuncias, también harto frecuente, o el entorpecimiento y retraso en la depuración de consecuencias penales típicas, perseguibles, por supuesto, de oficio, y que en todo caso sólo incumbe resolver libremente a los órganos soberanos del Estado.

Por eso ha advertido CLARÍA OLMEDO (56) que, frente al peligro o al quebrantamiento del orden jurídico, el Derecho penal prevé la posibilidad de su completa reconstrucción, teniendo el Estado el poder de mantener o reconstruir ese orden, atacado por la conducta de un individuo; poder que es, a la vez, irrenunciable, desde el punto de vista de su ejercicio (57). Por ello es preciso evitar la falsa piedad que, a veces, anima de evitar lo que tenemos por irreparable perjuicio del autor, la privación o suspensión de su permiso de conducir, olvidando que nuestra misión de Jueces, como señala el P. BERISTAIN (58), debe tener presente la obligación de considerar en primer lugar el bien común, y que cuando conste una duda prudente contra la capacidad del imputado, el Juez debe inclinarse en este caso, no *pro reo*, sino *pro populo*.

---

(55) Vid. en este sentido, a JARDI (en el trabajo citado), MERLE (en *Las consecuencias penales y civiles del delito de imprudencia*, en "An. de D. Penal y Ciencias Penales", mayo-agosto 1958, págs. 217 a 225); en cierto modo, a BARREIRO (trabajo citado), y SILVA MELERO (en *Culpa penal y riesgo automovilístico*, en el mismo "Anuario", enero-abril 1958 págs. 9 a 19), separando una responsabilidad penal (la de los supuestos de la ley de 9 de mayo de 1950 y los casos de imprudencia temeraria), civil (los daños, cualquiera que sea su cuantía, cuando se trata de simple imprudencia o negligencia) y la administrativa (infracciones reglamentarias).

(56) *La pretensión penal*, en "Rev. de la Esc. de Estudios Penitenciarios", enero-febrero 1958, págs. 129 a 160 (separata).

(57) Ante esta idea, nos tiene que indignar la frecuente absolución en la vía penal de muchos delitos de tráfico, por el mero hecho de estar acreditada en el sumario la reparación del perjuicio privado, o por plantear el ofendido en juicio una "renuncia" a aquella, y que no supone más altruismo que la vergonzosa connivencia con el agente, a fin de procurar, entre el autor del hecho, su Compañía de Seguros y la víctima, la impunidad de aquel y la ineficacia de la Justicia, a la que sólo se acude para forzar la satisfacción del interés egoísta de la reparación.

(58) Trabajo citado, pág. 852.

Tras de hacer estas consideraciones, a propósito del Ordenamiento civil de esta cuestión, examinaremos a grandes rasgos el Ordenamiento procesal; que es objeto del título IV de la Ley.

II. AMBITO DE APLICACIÓN.—Si nos hemos extendido en las precedentes explicaciones fue porque así creemos posible delimitar mejor el alcance de las normas reguladoras de la responsabilidad civil, como objeto de contemplación por el título IV de la Ley, normación legal que, por lo dicho, no operará más que en los casos siguientes:

A) Cuando la jurisdicción penal ha depurado totalmente las consecuencias penales, en estricto sentido, del hecho, ante una expresa reserva del ofendido al ejercicio independiente o autónomo de la adecuada acción civil.

B) Cuando la jurisdicción penal, que estaba conociendo, tanto de las consecuencias penales como de las civiles del supuesto delito o falta, ha puesto fin al proceso o se hizo imposible su prosecución, por concurrencia de alguna de las circunstancias a que hemos aludido: sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento, rebeldía, muerte, etc.

En los demás eventos, la depuración de los efectos meramente civiles del delito se producirá en la vía penal misma, conforme al Ordenamiento procesal del título II de la Ley, salvo, claro es, que hubiera en ella mediado una expresa renuncia del ofendido a la persecución de los efectos civiles de la infracción, caso éste en que tampoco podrá ejercitarse luego, por separado, la acción civil.

III. REQUISITOS DE LA DEMANDA.—Al iniciarse esta vía, exclusivamente civil, a que nos referimos desde ahora, y pese a la ausencia de normas legales reguladoras de una serie de imprescindibles cuestiones, para las que no basta una genérica remisión a las leyes procesales ordinarias, habrá que estar a los preceptos sustantivos de ésta en orden a capacidad, representación y postulación, no mencionadas siquiera por el precepto.

En este sentido, y teniendo en cuenta que el ejercicio separado de la acción civil engendra un auténtico proceso ejecutivo según la Ley que comentamos, lo primero que precisará es que la demanda lleve la firma del Letrado y Procurador, se redacte con hechos y fundamentos legales, se cumplan los demás requisitos de redacción y bastanteo de poder y cuantos son aplicables, como veíamos con más detalle en otra ocasión (59).

Cuida la Ley especial de advertir que esta demanda, en cuanto a tiempo, ha de presentarse en el plazo de un año a contar desde que se produjo el hecho que da lugar a la misma. Nos extraña que a estas alturas, en que tan depurada va siendo la técnica legislativa y la dicción de conceptos, aparezcan aún algunos como éste, referido al cómputo del plazo, no en función de la fecha en que la acción haya

(59) *El llamado juicio ejecutivo en la L. E. C. española*, págs. 124 y sgs.

podido ejercitarse, sino de la de origen del hecho que la engendra, cuando, aparte de que así lo establece el artículo 1.969 del C. c., no siempre el ejercicio de la misma depende de la voluntad del actor, mayormente en caso como el contemplado, en que, por la naturaleza de la acción misma, precisa que la jurisdicción penal, en la mayoría de los casos, haya dejado expedita la vía civil.

Por consiguiente, bastará decir aquí que la demanda ha de interponerse dentro de un año a partir de la fecha de comisión del hecho solamente en el supuesto de que éste constituya un ilícito civil, o sea, en los que la jurisdicción criminal no intervino por exclusión absoluta de tipicidad penal en aquél; pero que en los demás casos en que hubiera sido necesario depurar previamente el carácter posiblemente criminoso del hecho, aquel plazo ha de computarse desde el día en que la vía civil quedó libre, o, dicho, con la Ley, de otro modo, desde el día en que la acción pudiera ejercitarse, lo que es lógico al no ser posible ni justo, dado el contenido de los artículos 111 y 114 de la L. E. Cr., hacer cargar al perjudicado con las consecuencias de un inejercicio a él no imputable (60).

Advierte también la Ley que este plazo puede interrumpirse, por las causas establecidas en la legislación común, debiendo acudirse al artículo 1.973 del C. c., que considera como tales el ejercicio ante los Tribunales, la reclamación extrajudicial del acreedor o cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor, siendo manifestaciones concretas de lo primero las que examinábamos en otra ocasión (61): la demanda de pobreza (sentencias de 23 de noviembre de 1892, 9 de marzo de 1899, 10 de enero de 1912 y 25 de enero de 1945); la celebración del acto de conciliación (sentencia de 15 de octubre de 1914), aunque fuera intentado ante Juez incompetente (sentencia de 7 de octubre de 1899), con tal de que la demanda principal se haya presentado antes de transcurrir dos meses desde la fecha de aquél, lo mismo cuando se hubiera celebrado que si sólo se intentó (sentencia de 9 de octubre de 1906).

IV. EL TÍTULO EJECUTIVO.—Rigen, por otra parte, siquiera también con carácter supletorio, las normas rectoras de la L. E. C., a propósito de los requisitos del título que sirva de base a la ejecución, título que aquí tiene la especialidad de ser nueva creación del legislador y consistente, a tenor del párrafo segundo del artículo 51 de la Ley de 1962, en el dictamen pericial de valoración ratificado ante la autoridad judicial.

Ya existe precedente de este título en nuestro Derecho, precisamente para exigir también del asegurador su obligación de satisfacer el

---

(60) Sobre este punto pueden verse los fallos del T. S. de 16 de noviembre de 1932, 9 de febrero de 1920, 17 de abril de 1928, 26 de junio de 1909, 20 de marzo de 1930, 24 de diciembre de 1941, 9 de marzo de 1942 y 9 de junio de 1946.

(61) *Acción y responsabilidad...*, págs. 370 y 371.

importe de los daños asegurados, como vemos en el artículo 410 del Código de Comercio.

Pero a la vista del nuevo título ejecutivo, será preciso examinar someramente las características del mismo en torno a su modo peculiar de crearse, lo que implica el tema de su integración o atribución de fuerza ejecutiva.

En torno a la creación, si bien el aludido precepto se refiere al dictamen de peritos como título de ejecución, se hará preciso examinar los antecedentes a través de los cuales se llega a tal dictamen, y que están en la certificación de las diligencias tramitadas en la vía criminal, en unos casos, y en la certificación o copia de la declaración del accidente, en otros, pues ambos son los puntos de partida para llegar a esa valoración pericial que constituye el título.

Efectivamente, a estos documentos se refiere el artículo 49 para decir que cualquiera de ellos se presentará al asegurador, quien en el plazo de ocho días, con facultad de intervención de su perito en la valoración del que haya designado el perjudicado, para tasar los daños, abonará la cantidad que ambos peritos fijen de común acuerdo.

Pero interesará concretar cuándo conviene tomar como base para el ejercicio de esta acción civil separada uno u otro documento, porque si, en los casos en que interviene la autoridad judicial, vale la certificación de las diligencias sumariales instruidas, cuando, precisamente, y como antes comentamos, dentro de la instrucción sumarial y del Ordenamiento penal todo se dan normas concretas para la depuración de los efectos civiles de los delitos de tráfico y, como también hemos visto, mientras actúa tal jurisdicción penal, no puede promoverse sobre el mismo hecho cuestión civil alguna, parece lógico concluir que, para que pueda surtir efecto en vía ejecutiva la certificación de esas actuaciones criminales, se requerirá la concurrencia de alguno de los motivos por los que queda expedito el uso de la acción civil, por agotamiento de la penal, muerte del responsable, rebeldía, sobreseimiento, absolución... Porque en ninguno de esos casos se ha podido depurar la responsabilidad civil en la vía criminal, pero se intentaba conseguir, y como las diligencias criminales, por las normas genéricas de la L. E. Cr., de supletoria aplicación, suponían el ejercicio conjunto de las acciones civiles y penales, y, al efecto, se han practicado cuantas actuaciones fueren oportunas para resolver íntegramente sobre las primeras, la certificación de aquéllas contendrá los elementos precisos para servir como base al título ejecutivo que se ha de presentar en la vía civil para obtener la restitución, la reparación o la indemnización que no pudo lograrse en vía criminal.

En los restantes supuestos, es decir, cuando el hecho no constituya delito o cuando, abierta la vía criminal, se hubiera hecho expresa reserva para el ejercicio separado de la acción civil ante la jurisdicción de este orden, lo que se tomará como base será la previa declaración que el perjudicado ha de hacer, según el artículo 48, ante el Juez Municipal, Comarcal o de Paz, o bien en vía notarial, ante el del Ju-



gar de comisión o del domicilio del perjudicado, de su residencia o paradero, con indistinto carácter, sobre las circunstancias del hecho, identificación de las personas lesionadas, los objetos dañados, vehículos y conductor y especificación de la entidad aseguradora.

No habrá, sin embargo, obstáculo a que la misma certificación de las actuaciones criminales pueda servir de antecedente del título de ejecución en vía ejecutiva, en los casos en que haya mediado la reserva expresa del perjudicado para el ejercicio separado de la acción civil, con tal de que la misma se haya instado y concedido después de que el instructor hubiera practicado las diligencias básicas necesarias para la ulterior reclamación civil.

Complemento de uno y otro documento inicial parece que es para la Ley que comentamos la valoración pericial, por un perito, de los daños causados. Pero se hace obligado decir que, pese a la literal interpretación a que conduce este artículo 49, tal valoración es complementaria solamente de la declaración del perjudicado, cuando se tomó como base de la demanda la certificación o copia de la misma, no en el supuesto de que ésta se fundamente en la de las diligencias sumariales practicadas porque, precisamente dentro del Ordenamiento correspondiente, se prevé ya la necesidad de que el Juez instructor, conforme al párrafo segundo del artículo 19, acuerde "la tasación de los daños por perito nombrado", de donde deducimos que cuando, por la concurrencia de alguna de las causas arriba expresadas, se pueda ejercitar la acción civil en el proceso de ejecución, acompañando la certificación de lo actuado en aquella vía, la tasación está ya hecha, del mismo modo previo al litigio, que se hará en los eventos en que, no habiendo actuaciones penales, se vaya a la ejecución con base en la declaración del propio perjudicado.

Entonces, presentada la copia o certificación de ella, con el dictamen del perito designado por el reclamante, o en otro caso, la certificación de las diligencias criminales, de donde también constará la valoración, se está en trance de *crear* el título ejecutivo, mediante el dictamen pericial a que se refiere el párrafo segundo del artículo 51, a cuyo fin, dentro de las precisas diligencias para la creación, se hace necesario que todo aquello—certificación y valoración unilateral—se presente al asegurador, como responsable civil directo, a fin de que, según la Ley, en el plazo de ocho días, pueda designar su propio perito y abonar la cantidad que ambos fijen de común acuerdo.

Este trámite, por lo dicho, será común a los dos medios de acreditar la reclamación, o sea, la certificación o copia de la declaración o de las diligencias actuadas en la vía penal. Pero el precepto sugiere dos consideraciones:

a) ¿Qué se entiende por asegurador? Creemos que dado el carácter urgente de estas actuaciones, los trámites a cubrir con las Entidades aseguradoras, deberán tenerse por evacuados con la persona de sus agentes o delegados en el punto donde la demanda se interponga, habida cuenta de que, de ser preciso practicarlas con el Di-

rector Gerente o Casa Central, muy difícilmente podrían respetarse los términos.

b) Ese plazo de ocho días ¿es, efectivamente, común para designar perito, por su parte, y abonar la cantidad que ambos fijen? Dada la imprecisión deducible del precepto, entendemos que en dicho período de tiempo es imposible que, en la generalidad de los casos, puedan realizarse ambas operaciones. Cabrá, por el contrario, que, siendo el plazo consecuencia de la conformidad, habrá que aplicar también en este evento el de diez días a que alude el artículo 51, tanto porque no se puede prestar conformidad a lo que no se conoce, como porque, siendo este último consecuencia de un incidente por disconformidad, se hará común al otro evento (62). Nos parece que, en definitiva, la duda queda aclarada interpretando que para abonar la cantidad se dan diez días, y el plazo de ocho a que se refiere el artículo 49 ha de entenderse limitado a la emisión del dictamen pericial.

Pues bien; si la declaración del siniestro, antecedente del título de ejecución, se verifica, como vemos, bien ante Notario o ante órganos de la Justicia municipal, ya está dicho que esta diligencia de creación del título tiene en unos casos carácter extrajudicial y en otros jurisdiccional. La primera vía continuará cuando, asegurador y perjudicado, designen sus respectivos peritos, y el primero se conforme con la valoración dada y abone la cantidad. La segunda cuando, no mediando acuerdo entre los peritos o disconformidad (63) del asegurador con el unánime peritaje de los designados por las partes, hay que acudir al Fondo de Garantía, sin que éste haga designación de tercer perito o el designado no emita dictamen en el plazo señalado, pues entonces es necesario instar del Juez Municipal o Comarcal unas diligencias, que enmarcamos dentro de la jurisdicción voluntaria, en las que designe al tercero, por el trámite del artículo 616 de la L. E. C., y que por no contener especialidad alguna en estos casos, releva de todo comentario.

La vía propiamente ejecutiva no queda, sin embargo, abierta con el cumplimiento de estos trámites, que juzgamos encaminados tan sólo a la creación del título de ejecución, o de aquel de donde resultará la deuda, sino que es preciso aún, para que al mismo se tenga con fuerza de tal, otras diligencias preparatorias enderezadas a integrarle o atribuirle tal carácter. Así dice el párrafo segundo del artículo 51 que *el dictamen fundado de los peritos será título ejecutivo, previa ratificación bajo juramento ante el Juez competente, conforme al artículo anterior.*

De aquí cabe deducir dos importantes consecuencias:

- 1.ª Que no basta, a estos efectos, la mera tasación pericial en or-

(62) Diez días da también el artículo 409 del Código de Comercio, de donde los preceptos que comentamos debieron tomar inspiración.

(63) Advertimos con URÍA (*Derecho Mercantil*, pág. 482), que una cosa debe ser la tasación de los daños y otra la indemnización, porque si ésta requiere el consentimiento del asegurador, en cuanto está sometida a una serie de factores de orden jurídico extraños a la ciencia de los peritos, la valoración no puede dejar de ser consentida en cuanto es un acto de pura pericia.

den a justificar o valorar el simple montante económico de los daños y perjuicios causados—entidades éstas por las que hemos de entender, desde ahora, tanto lo que constituye la restitución como la reparación e indemnización—, sino que su dictamen debe razonarse y *fundarse*, de suerte que especifique y concrete los antecedentes y elementos de ponderación tomados como base o fundamento de las conclusiones a que los peritos lleguen, y así, por ejemplo, en materia de indemnización, se comprenderán no sólo los perjuicios materiales, sino los morales, si éstos fueren de procedente reclamación, discriminando puntualmente sobre el lucro cesante y el daño emergente, con ponderación de lo realmente no percibido y podido percibir por causa del accidente, la clase de actividad o profesión del ofendido, gastos de asistencia medico-farmacéutica, los rendimientos normales de su oficio, su incapacidad o defecto, en caso de no total sanidad.

A este respecto, habrá que entender que en el supuesto de que se tome como antecedente de esta pretensión la certificación de las actuaciones criminales, donde ya se habrá hecho una tasación pericial, siquiera unilateral, ello no es supuesto de excepción a la exigencia de fundabilidad de la tasación de los dos—o tres—peritos, tanto porque aquella valoración inicial, al no exigirse por el Ordenamiento penal que tenga riguroso carácter fundado, se suele limitar a la determinación cuantitativa de los daños reales, sin concretar debidamente los conceptos, cuanto porque, precisamente por ser unilateral y emitida sin audiencia del responsable, no debe tenerse, sin más, por título ejecutivo.

2.<sup>a</sup> El dictamen hasta aquí elaborado de modo extrajudicial—salvo el supuesto antes dicho de designación de tercer perito por el Fondo o por el Juez—, aun habiendo conformidad de los peritos que lo emiten y fundamentación de sus conclusiones, no supone, sin más, el título de ejecución pretendido, sino que se hace precisa la *ratificación bajo juramento* de los emitentes ante el Juez competente.

Muy interesante será señalar cómo la decisión de los peritos, aceptada o no por el asegurador, constituye título de ejecución al aparecer del dictamen la existencia de la deuda cuyo cumplimiento se demanda en aquella vía, aunque venga creado o integrado por actos no propios del que resulta deudor, novedad cuya significación y trascendencia no es posible pasar por alto, puesto que hay que denunciar que el asegurador responsable queda privado, prácticamente, de las más elementales garantías procesales concedidas a todo demandado para poder intervenir en la formación del título que de modo tan enérgico se le va a enfrentar, ya que no la tuvo en la confección de este dictamen (64).

---

(64) No falta razón a CONDE PUMPIDO (trabajo citado, pág. 206) cuando denuncia que “el que una parte interesada pueda con su sola manifestación crear una obligación contra tercero, es algo que está reñido con los más elementales principios jurídicos. La declaración ante Notario e incluso la hecha ante la Autoridad judicial, de haber existido un hecho de los que dan lugar a responsabilidad civil, limitándose a señalar las personas lesionadas, los objetos dañados, el vehículo y conductor, carece de las más elementales garantías puesto que el

En torno a quien sea ese Juez competente para recibir la ratificación, también modifica en este aspecto la Ley las normas generales de competencia, ya que no es el indicado en la de Enjuiciamiento Civil, como de Primera Instancia, que es competente no sólo para entender del proceso ejecutivo, sino también para la práctica de todas las diligencias preparatorias o atributivas de fuerza ejecutiva al título, sino que se bifurca la competencia atribuyéndosela a aquél para la ejecución propiamente dicha, y al Municipal o Comarcal para la preparación del título.

Ha de ser el del domicilio de la Entidad aseguradora o de cualquiera de sus agencias, quedando así delimitado, en otro orden de cosas, el importante aspecto en materia competencial, de la por razón del lugar o territorio, en el sentido de que, por la remisión que expresamente hace el párrafo segundo del 51 al artículo anterior, resultará que, para entender del proceso ejecutivo, será competente el Juez de Primera Instancia del domicilio de la Compañía o de cualquiera de sus agencias.

Nada habría que decir ante este claro precepto, si no fuera advertir que no creemos que esa disyuntiva autorice al actor para, indistintamente, plantear su pretensión en un lugar u otro, por ejemplo, en Madrid, como normal sede de las Centrales, habiendo ocurrido el hecho en población distinta, cuando en ésta exista agencia de aquéllas, pues esto no será más que una facilidad del legislador para evitar entorpecimientos y dilaciones, de haberse hecho preciso centrar las reclamaciones en las Casas Centrales. No hay que olvidar que estas competencias se decidirán, en definitiva, por las reglas que rigen la materia genérica de la que estos preceptos son simples ramificaciones, o sea, del ejercicio de la acción civil derivada de un ilícito, posiblemente penal, y para esto deben regir las normas de aquélla que se tienen por seguras (65).

---

funcionario judicial o notarial actúa como mero órgano receptor de la declaración, sin facultades de investigación y comprobación de su veracidad. La intervención, pues, de un órgano judicial o notarial no añade en absoluto valor a la declaración privada fuente del nacimiento del futuro título ejecutivo. Todo lo más sirve para autenticar que la declaración se ha hecho."

(65) Este problema fue objeto de enconada controversia, incluso jurisprudencial, a propósito de si, en general, no era preciso para ejercitar la acción civil estar al fuero del lugar de comisión del hecho, y hubimos de examinarlo con detalle en nuestra obra *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, pág. 78, resumiendo aquí la postura defendida con base en que "tratándose, sin duda, del ejercicio de una acción personal y no existiendo lugar de cumplimiento de la misma ni del contrato, parece evidente que el "forum electionis" que regula la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo queda como norma de competencia el domicilio del demandado, y así lo reconoció la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1926, considerando como acción personal la que tiene su origen en el derecho a la cosa o al reconocimiento de un derecho, ora nazca de obligaciones consensuales, ya provenga de actos ejercitados lícita o ilícitamente; pero, aunque no faltan fallos en contra, nosotros nos inclinamos por atribuir competencia al Juez civil del lugar de comisión del delito o falta, mas en armonía con la norma prevalente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con la reiterada jurisprudencia

Así, pues, acreditado el cumplimiento de todos estos requisitos, y con presentación de la demanda, título y documentos antes dichos como precisos, con sus copias, se inicia el proceso ejecutivo, siempre ante el Juez de Primera Instancia, cualquiera que sea la cuantía de lo reclamado.

V. LA LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES.—Por cuanto va dicho, es poco necesario señalar que, desde el lado *activo* del proceso, el legitimado directo es el perjudicado u ofendido por el hecho de que la acción deriva, ya en su propio nombre, bien a medio de sus herederos, en cuyo evento ha de ser preciso acreditar el carácter de tales en la forma ordinaria.

Obsérvese, empero, que en ningún caso la legitimación puede resultar del título ejecutivo, como en los supuestos normales del proceso de ejecución (66), por cuanto del dictamen de los peritos, jurídicamente, no puede aparecer quién sea la persona o personas con derecho legítimo a la reparación si, por su propia naturaleza, debe limitarse a concretar la realidad de los daños y perjuicios y su determinación cuantitativa.

Entonces, el carácter de perjudicado no puede obtenerse, aunque también de modo documental—que no es lo mismo que resultar del título de ejecución—, sino a través de la declaración del ejecutante o de las diligencias sumariales, donde se le tuviera por tal, al menos presumiblemente, por habersele hecho el ofrecimiento de acciones del artículo 109 de la L. E. Cr.

Por lo demás, en esos supuestos en que se actúa derivativamente, o sea, por los herederos del perjudicado, rige la misma norma de acreditamiento por el acto justificativo de la transmisión *mortis causa* con que se actúa, que pusimos de relieve en nuestra obra últimamente citada (67), donde lo sintetizábamos como prueba de los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para que se produzca con éxito la traslación del derecho y, en definitiva, de la pretensión.

Podrá ocurrir en la práctica que, iniciada una reclamación por el directo perjudicado, sobrevenga su fallecimiento, supuesto de no difícil acaecimiento en estos eventos, debiendo continuar el proceso los herederos, de donde resultará que los mismos actuarán unas veces como originarios promotores del litigio y otras como simples continuadores o legitimados de modo derivativo. Por lo mismo, decíamos al examinar concretamente estos problemas (68) que cuando dicen las

---

del Tribunal Supremo, de la que apuntamos los fallos de 4 de mayo de 1915, 13 de febrero de 1916, 30 de enero de 1926, 3 de junio de 1927, 25 de febrero de 1928, 26 de julio de 1930, 28 de enero de 1931, 21 de junio de 1933, 26 de septiembre de 1934, 18 de abril de 1936, 12 de enero de 1942, 5 de enero de 1943 y 23 de abril de 1945, aunque en otros sitios se sufran los efectos dañosos (sentencias de 19 de julio de 1939 y 28 de septiembre de 1945).

(66) Vid. mi *El llamado juicio ejecutivo...*, págs. 128 y sgs.

(67) Página 130.

(68) En nuestra obra *Acción y responsabilidad...*, págs. 90 y 91.

leyes que la acción se transmite a los herederos del ofendido, debemos nosotros interpretar esta transmisión bajo dos aspectos: de *originarse* directamente, de *iniciarse* en aquéllos cuando la muerte es el hecho determinante del nacimiento de la acción—legitimación directa o principal—, y *transmitirse*, en sentido propio—legitimación indirecta o por sustitución—, cuando, no habiendo desaparecido la persona del ofendido, como consecuencia del hecho, nació en ella la acción reparatoria, pero por su inejercicio o por su ejercicio no agotado—si muere el titular sin terminarse de depurar las consecuencias reparatorias del delito o falta—los que son sus herederos adquieren o continúan en el ejercicio de ella; por lo menos, la Ley—por ese principio de transmisión—les faculta para proseguirlo.

Con ello creemos salvada la duda que plantea CONDE PUMPIDO (69) respecto a si la Ley nueva ampara una legitimación inicial o sobrevenida. Tampoco creemos que quepa problema en la práctica, en relación con la posible legitimación del cónyuge viudo en los supuestos de que no sea heredero de la víctima o perjudicado, sino exclusivo acreedor a su cuota viudal, porque para nosotros, en el proceso que estudiamos, siempre serán titulares derivativos de la acción los herederos en estricto sentido, sin perjuicio de que ejercitando la acción los mismos exclusivamente y no el viudo, del importe de lo obtenido por todos conceptos se deduzca para éste la cuota a que legalmente tiene derecho, a mayor abundamiento cuando en este trance no cabe judicialmente hacer determinaciones cuantitativas sobre participación concreta en el reparto que, por otra parte, son de posible concreción cuando, por la Ley sustantiva, se sabe la porción a que herederos y viudo tienen derecho. Piénsese que ni siquiera se hace esto en el más concreto y específico proceso de declaración de herederos, lo que no obsta a que en la resolución se aluda a la cuota viudal, “sin perjuicio de la cual” se hace aquélla (70).

Otro problema muy interesante, que no es ocasión ahora de examinar, es el relativo a si cuando el perjudicado obtiene la reparación o la indemnización, constante el matrimonio, el importe de la misma debe reputarse bien privativo suyo o ganancial, problema del que nosotros hemos ocupado recientemente (71).

En esos supuestos de legitimación derivativa, en definitiva, se habrá operado, como siempre, una sustitución de parte, sin que, como dice MANRESA (72), pueda por ello invalidarse el título que es base de la ejecución, sino que basta que el cambio se evidencie y esté legalmente constatada la sucesión.

¿Será posible la transmisión *inter vivos* del crédito nacido de esta responsabilidad civil, antes o después de iniciarse el proceso que estu-

(69) Trabajo antes citado, pág. 204.

(70) Sobre este concreto problema, ya nos extendíamos en consideraciones en nuestra obra últimamente citada, pág. 92.

(71) Cfr.: *El régimen legal de gananciales*, 1962, págs. 163 a 166.

(72) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo VI, págs. 378 y sgs.

diamos? O dicho en otros términos, la acción que aquí confiere la Ley a favor del perjudicado, dándole carácter directo contra el asegurador, ¿es tan personal que excluya su cesión o transmisión?

Creemos que ni por la doctrina general de la transmisión o cesión de créditos ordinarios ni por la específicamente establecida para la de créditos litigiosos habrá obstáculo a la sucesión en el derecho que estamos examinando. Si se considera no litigioso el crédito, porque aún no lo sea, no tiene un carácter personalísimo (73) que, por su naturaleza o por especiales razones, la Ley expresamente prohíba la cesión (74). Piénsese que, de ser personalísimo, tampoco podría transmitirse a los herederos del perjudicado, como no se pueden transmitir con su herencia los derechos, acciones y obligaciones que tienen este carácter. Si, por el contrario, se entiende que son o han llegado a ser litigiosos (concepto éste que, en general, se atribuye después de haberse contestado la demanda, trámite que en el proceso ejecutivo ha de parificarse a la citación de remate), tampoco vemos un principio de prohibición general ni especial deducible de la Ley, si, como sabemos, ésta no determina cuáles de entre los créditos en litigio sean o no transmisibles. En todo caso, no habiendo obstáculos generales a la cesión de los que penden de un proceso ejecutivo (75), no puede haber inconveniente en la del derecho que tiene el perjudicado a cobrar del asegurador la responsabilidad civil a que hubiere lugar.

Piénsese, en este sentido, que, antes de la Ley que comentamos, eran frecuentes los casos en que, no apareciendo legitimado, ni siquiera el propio perjudicado, para ejercitar su acción directamente contra el asegurador, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como dice URÍA (76), citando las sentencias de 4 de noviembre de 1932, 22 de septiembre de 1950 y 24 de marzo de 1953, ante el silencio de nuestra legislación, ha venido admitiendo la viabilidad de la acción conjunta de la víctima contra el asegurado, como responsable directo o principal, y contra el asegurador en concepto de responsable subsidiario. Y si esto es así, en casos de absoluta inexistencia del vínculo directo entre perjudicado y asegurador —que siempre había de considerarse como tercero—, no parece pensar en la existencia de impedimento para que, quien justifique traer causa, por la legítima cesión del crédito, del perjudicado mismo, pueda enfrentar aquél contra el responsable, con tal, claro es, de que se acredite el título que le legitima.

Por lo que respecta a la legitimación en su aspecto *pasivo*, el problema es también bastante claro, pero no exento de comentarios, pues si bien el artículo 39 establece la responsabilidad del conductor de vehículo de motor, y el 40 impone a su propietario la obligación de

(73) Vid. un interesante trabajo de MADRIDEJOS SARASOLA, sobre *Los derechos personalísimos*, en "Rev. de Dcho. Privado", abril 1962, págs. 270 a 285.

(74) CASTÁN, en *Derecho Civil español común y foral*, III, pág. 260.

(75) Así lo demuestra el hecho de que el T. S., en sentencias de 14 de febrero de 1903 y 8 de abril de 1904, la admitía cuando se operó la cesión antes de ser consentida la sentencia de remate.

(76) *Derecho Mercantil*, pág. 493.

tenerlo asegurado, el 42 concede al perjudicado o sus herederos acción directa contra el asegurador, preceptos que, a simple vista, podrían hacer dudar de quién ha de ser la persona que sufra prácticamente los efectos de la demanda.

A nuestro juicio, la Ley ha querido garantizar el derecho del ofendido a través de la implantación del seguro obligatorio, y aún haciendo responder al conductor o al propietario asegurado de la obligación de reparar, procesalmente se llega a desentender de uno y otro y de esos deberes sustantivos, excluyendo a aquéllos de la posibilidad de legitimarlos pasivamente, y, en su lugar, hace al asegurador objeto personal de la reclamación, como responsable directo, por obra y gracia de una especie de subrogación legal, a virtud del seguro, proyectando las consecuencias de éste, como vínculo exclusivo entre asegurador y asegurado, del que tanto la víctima como el propio conductor son terceros, más allá de su esfera interna, quedando claro que éste, como autor material del hecho, queda liberado de los efectos de la acción y de la obligación de prevenir el riesgo, por lo que tenemos que exista aquí un medio de aumentar la patente impunidad del mismo.

Con esta responsabilidad del asegurador se ahorra camino, respecto del sistema anterior en que era preciso que cuando aquél, amistosamente, no se ofrecía a satisfacer el daño causado por el asegurado o sus dependientes, el ofendido reclamase directamente a éste las consecuencias de una obligación abstracta e impersonal deducida del artículo 1.902 del Código civil, sin perjuicio de que el asegurado a quien se le demandase pudiera, en proceso aparte, repetir de aquél lo que, a virtud de su contrato de seguro, estaba obligado para cuando sucediera el evento previsto, no obstante a esta doctrina, que tenemos por única correcta, el que en la práctica hayamos conocido de esos supuestos de acumulación de sujetos obligados, a que antes aludíamos, dirigiendo la acción contra el ofensor y, subsidiariamente, contra el asegurador del riesgo.

Evidentemente, pese a la obligación del artículo 39, la Ley no autoriza el ejercicio directo de la acción reparatoria contra el propietario ni contra el conductor del vehículo (77), probándolo así no sólo la dicción literal del artículo 42, sino la misma obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil y, sobre todo, la implantación del Fondo Nacional de Garantía. En efecto, en el caso de que, de un modo excepcional, el vehículo no hubiera sido asegurado, lo correcto sería que el perjudicado o sus herederos dirigieran la acción contra el propietario

---

(77) Dice CONDE PUMPIDO (en el trabajo antes anotado, pág. 206) que no se le alcanzan las razones por las que, existiendo un obligado directo y principal, cual es el causante del daño contra quien también se puede dirigir el perjudicado, se priva a éste de la elemental facultad de elección en el ejercicio de la acción que de su derecho nace, y que debiera poder dirigir contra el responsable directo o contra el asegurador o contra ambos, a su arbitrio, imponiéndole en todo caso la necesidad de dirigirse exclusivamente contra el asegurador.



remiso (78). Pero no lo consiente así la Ley, sino que, por el contrario, hace que ese Fondo responda también de un modo directo, aunque en función supletoria del asegurador inexistente, frente al perjudicado o sus herederos cuando el conductor o el vehículo no fueran conocidos o en que, siendo identificados, *aquél no esté asegurado*, aparte de otros supuestos.

Tan sólo consideramos que sería posible dirigir la acción contra el propietario del vehículo en la parte no asegurada, es decir, cuando la cuantía de la indemnización o reparación exceda del montante económico cubierto por el seguro, tanto porque, por doctrina sustantiva, al asegurado se considera en este supuesto como su propio asegurador, por la diferencia, como porque el artículo 42 de la Ley hace reserva al ofendido o sus herederos de las demás acciones que puedan asistirle, cuanto porque sentar la doctrina de que también respondería el Fondo por el exceso —supuesto no expresamente consignado en la Ley— llevaría a la consecuencia práctica de que el asegurado —si, por otra parte, no se limita legalmente la cuantía asegurable— procuraría disminuir éste con tal de aminorar la cifra a pagar como prima.

Cabría preguntar si en el caso de que no cubriera el seguro obligatorio la totalidad de la cuantía del accidente, esa acción que tenemos por existente del perjudicado contra persona distinta del asegurador sería ejercitable frente al conductor o frente al propietario del vehículo. Según se infiere del espíritu y hasta de los términos de la Ley, parece que deberá dirigirse la acción contra el propietario y no contra el conductor, pues si bien éste, por el artículo 39, ha de responder de los daños —siquiera, como vemos, de un modo bastante teórico—, tal responsabilidad, que aquí sería subsidiaria para el caso de vehículo no asegurado, deriva de la omisión de la obligación de asegurar que, como vemos, pesa sobre el propietario, y, por tanto, debería ser éste quien responda prevalentemente, sin que esto, en nuestra creencia, obste a que, en caso de insolvencia del mismo, pudiera intentarse la reparación, en una responsabilidad supletoria de segundo grado, contra el propio conductor.

Al conceder la Ley esta acción directa contra el asegurador y, en su caso, contra el Fondo de Garantía, el efecto práctico perseguido —que ya consigna el propio legislador— es idéntico al obtenido con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo, en que los aseguradores abonarán de inmediato las resultas de aquéllos, independientemente de que, incluso por hechos que lleguen a ser constitutivos de delito, ejerciten frente al autor las acciones de reembolso a que tienen derecho (79). Así lo entendieron los fallos del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1952, 7 de octubre de 1953, 18 de marzo de 1954 y 7 de

---

(78) Incluso ello sería una sanción más enérgica que la simple administrativa que el precepto establece para la omisión del seguro obligatorio.

(79) Vid. por ejemplo, a BELTRÁN SIERRA, en *las Compañías Aseguradoras de Accidentes de Trabajo como perjudicado por el delito*, en "Foro Canario" enero-abril 1958, págs. 35 a 41.

febrero de 1956. Pero aunque parece necesario extender esta consecuencia al asegurador y al Fondo de Garantía, no por ello hay que considerarlos como perjudicados por el delito, sino como meros acreedores civiles a que, privadamente, le responda su asegurado por el desembolso por aquéllos realizado, porque precisamente su posición procesal penal sería absurda de tenerles por verdaderos perjudicados por el delito, si cuanto más adujesen la realidad de éste más cerca estaban de responder civilmente del mismo. Su posición, a estos efectos, ha de seguir siendo la misma hasta aquí tenida, cualquiera que fuese el modo, a nuestro juicio, vicioso de venir entendiéndolo de otra forma pues ya tenemos expuesta nuestra opinión a este respecto anteriormente (80), tesis que hemos visto confirmada por penalista de tan elevado prestigio como QUINTANO RIPOLLÉS, que llega a conclusiones incluso más radicales (81).

Ya va dicho implícitamente que, cuanto hemos expuesto a propósito del asegurador, es predicable del Fondo Nacional de Garantía, que habrá siempre de actuar con el carácter de responsable supletorio a que se refiere el artículo 45 de la Ley.

Uno y otro tendrán, por lo demás, derecho a repetir contra el asegurador y el responsable, y el Fondo, además, contra el propio asegurador en aquellos casos en que, sin especificación de causas, se haya operado la responsabilidad del primero por no haberse prestado *la asistencia o indemnización por los medios previstos en los artículos anteriores*.

Pero entiéndase bien que no se podrá ir contra el asegurador y el Fondo indistintamente, dado el carácter de reserva que éste adopta para los supuestos en que la reparación no sea posible obtenerla del primero, por no existir o por insatisfacción, por otra causa, del derecho del perjudicado. Por lo mismo, no habrá de explicar que en el caso de que se demande al Fondo de Garantía, el actor tendrá que justificar que no existe seguro o que se desconoce quien haya sido el vehículo o el conductor del mismo causante de los daños, o que, habiéndose intentado hacer efectiva la reparación del propio asegurador, éste no la había satisfecho, entendiéndonos que en este último evento no bastará con aducir o probar que se ha intentado esta satisfacción contra el mismo de un mero modo amistoso o extrajudicial.

Párrafo aparte merece, en relación con esto, cierta consecuencia que podrá deducirse en la práctica, por funcionamiento generoso de este sistema de responsabilidad del Fondo de Garantía, que en tal punto demanda la realidad de un tamiz harto riguroso con severo establecimiento de excepciones al principio. Nos referimos a la responsabilidad que se le impone en los supuestos de que el vehículo o su conductor no fueran conocidos, portillo que se ofrece propicio, como

---

(80) Consulté los trabajos a que hemos aludido en la nota 50 de este comentario.

(81) *Seguros y responsabilidades civiles delictuales*. "Rev. de Derecho Privado", enero 1961, págs. 3 a 16.

denuncia CONDE PUMPIDO (82), a conductas de mala fe y responsabilidades extrañas e inexistentes, que hace que cualquier consideración sobre el particular no sea estéril.

En primer término, creemos debe centrarse y reducirse esa responsabilidad, pese al aspecto doble de supuestos —no conocerse el vehículo o no conocerse su conductor—, al solo supuesto de que el vehículo sea desconocido, porque, conocido, la persona del conductor es irrelevante y siempre es posible determinarla, porque cabe indagar, a través de las Jefaturas de Tráfico o de Obras Públicas de la provincia a que la matrícula pertenece, quién sea el propietario del automóvil, con cuyo conocimiento, si es que esto no fuera suficiente, podremos perfectamente averiguar quién sea el conductor y cuál la Compañía donde el vehículo se hubiera asegurado.

Por otra parte, procesalmente hablando, poco nos importa quién sea ese conductor si, en todo caso, el responsable directo para soportar la acción es la Compañía de seguros, siendo totalmente factible la identificación de ésta en la forma antes dicha.

Por consiguiente, creemos que nunca deberá responder el Fondo cuando la acción que contra él se dirija se funde en el hecho de que, siendo conocido el vehículo, no lo sea la persona de su conductor. Porque las normas procedimentales exigen que, en materia civil, la parte actora nos aporte la prueba total de los hechos que alega y, en este caso, invocando la responsabilidad supletoria del Fondo, hay que exigirle la más acabada justificación de que no le había sido racional ni humanamente posible identificar al vehículo, no a su conductor.

Pero es que el criterio que haya de mantenerse en el quehacer judicial diario, cuando nos encontremos con acciones dirigidas contra tan repetido Fondo de Garantía, ha de ser de rigurosa exigencia, pues si, como decimos, la responsabilidad estudiada le incumbe, entre otros casos, cuando sea desconocido el conductor o el vehículo, la realidad nos va a plantear una serie de procesos temerarios y de mala fe, porque habrá casos en que se pretenderá que los daños que causemos a nuestro propio vehículo sean reparados por el Fondo de Garantía, con el pretexto, en la práctica realmente incontrolable, de que no conocemos al conductor ni al vehículo que los produjo. El seguro —y más si es obligatorio— y la convicción de que todo lo paga el mismo ha llegado al caso que nos contaban de que dos amigos que tenían sus respectivos vehículos deteriorados de pintura, se pusieron de acuerdo para chocar “de broma” y hacer que las compañías contrarias les restaurasen la pintura. Y es que, como asegura ciertamente BARREIRO (83), “en la mente de muchos automovilistas está, aunque parezca extraño a estas alturas, la idea de que todas las consecuencias legales de su actuación como conductores de la máquina están cubiertas por el seguro”. Piénsese entonces lo que puede originar esa incontrolable

---

(82) Trabajo citado, págs. 205 y 206.

(83) Trabajo citado, pág. 314.

posibilidad de achacar los daños propios de nuestra impericia o descuido a la conducta del conductor de un vehículo fantasma que si es motivo de responsabilidad para el Fondo constituirá para éste también una constante amenaza frente a la que será preciso no resolver a la ligera (84).

VI. CONTENIDO DE LA PRETENSIÓN.—Si la acción que se ejercita en el proceso ejecutivo tiende a obtener la responsabilidad civil, la pretensión se enderezará, en todo caso, a conseguir todos y cada uno de los elementos integrantes de la misma. No lo especifica la Ley comentada, limitándose, en su aspecto sustantivo, a concretar la doctrina general del artículo 1.902 del Código civil —ahora 39 de la Ley especial— a propósito de la concreta materia de accidentes de circulación, diciendo que el conductor del vehículo de motor *que, con motivo de la circulación, cause daño a las personas o a las cosas estará obligado a reparar el mal causado*, y a fin de integrar ese concepto de reparación será preciso acudir al contenido de la responsabilidad civil misma.

En efecto, dentro de ésta habrá que comprender, en general, tanto la restitución como la reparación en estricto sentido y la indemnización, pues sólo quedará satisfecho íntegramente el perjudicado cuando se le devuelvan las cosas que por el ilícito resultaren sustraídas, se le satisfagan los gastos y consecuencias de los daños, en el aspecto material, y se le indemnicen los perjuicios que, material o moralmente, se le hubieran irrogado, elementos todos de una plena responsabilidad civil (85) y que no es posible examinar aquí con detalle, limitándonos a hacer remisión a lo que anteriormente hemos estudiado (86).

Ya sabemos que esa valoración y fundamentación ha de resultar del dictamen de los peritos, que sirve de título ejecutivo, siendo oportuno consignar ahora que, al respecto, no discrimina la Ley sobre sí aquél vincula al Juez en el sentido de si la reparación, en sentido amplio, debe coincidir en su cuantía con la que del dictamen resulte, o si, por el contrario, es consentida discusión y prueba en torno a la fijación, sobre todo en la indemnización, y, ante la duda, pensamos que si lo que se ejecuta, por contenido y cantidad, es el dictamen de peritos y éste es, en este sentido, verdadero título de ejecución, la cantidad que en él se consigne, será, a falta de oposición, la que el Juez habrá de conceder en su sentencia, por lo que creemos hacer al perjudicado que, por donde menos, consiga que en el referido dictamen se haga imprescindible expresión y fundamentación de todos y cada uno de los

(84) En igual sentido, CONDE PUMPIDO, en el trabajo citado, págs. 205-206.

(85) Que, por otra parte, aunque se comprenden en el Código Penal, no son únicas para que el orden jurídico quede restablecido, porque, como dice SILVA MELERO (trabajo citado, pág. 655), "en ocasiones, se impone, independientemente de la pena, una concreta prestación, o surgen declaraciones vinculatorias con repercusión notoria en el derecho privado".

(86) Vid. nuestra *Acción y responsabilidad...*

extremos siguientes, que consideramos precisos para el éxito de toda pretensión reparatoria:

a) *La exacta determinación de los daños causados.*—Tanto en la declaración como en el dictamen pericial, debe concretarse exactamente en qué consistieron, el *quantum* del daño en sí, puntualizando en la medida de lo posible el preexistente estado de las cosas, el precio de su adquisición, su plena aptitud para prestar el cometido a que estaba llamado el vehículo y las cosas mismas deterioradas. No valdrá, por ejemplo, tasar ropa destrozada, sino en función de su estado anterior, ni considerar abonable íntegramente el precio de compra de una pieza del vehículo que, por totalmente inservible, debía haberse quitado del mismo antes de ocurrir el accidente.

b) *La posibilidad del daño y del perjuicio.*—Es preciso también el más objetivo examen de si uno y otro son racionalmente posibles, pues del hecho no deben extraerse más consecuencias que las que, sin él, se darían en beneficio del perjudicado. Por ejemplo y de modo gráfico decíamos en nuestra obra tan citada (87) que sería absurdo indemnizar perjuicios por pérdida de capacidad laboral de un lesionado cuando éste, estando sin lesionar, jamás quiso trabajar o, queriéndolo, con lesiones o sin ellas, no encontraba trabajo ni siquiera, de encontrarlo, podía haberlo realizado. “Pretender una indemnización a la sombra de las lesiones o de la ofensa, es, sencillamente, un *chantaje*, cuando, por cualquiera de aquellas circunstancias, los perjuicios no eran posibles.” O querer justificar unos perjuicios por rotura o sustracción de una máquina inservible, y que de otro modo había que renovar de inmediato, hubiera o no sido sustraída o dañada.

En relación con esto, será preciso probar el tiempo durante el cual el vehículo o las cosas no pudieran utilizarse como consecuencia del accidente; la edad, profesión u oficio del perjudicado, tiempo de duración de las lesiones corporales, posibilidad de ejercicio de la concreta actividad a que se viniera dedicando.

c) *La necesidad de los daños y perjuicios.*—Es lo que diariamente se viene exigiendo, a propósito del artículo 1.902 del Código civil, o sea, la acabada prueba del nexo causal entre el hecho y las consecuencias. Así dice el profesor CASTÁN (88) que el deber de indemnizar presupone tal hecho, de forma que sólo se han de indemnizar los daños que constituyen una consecuencia que obliga a la indemnización. Como excepción a esto, señalábamos en la anterior ocasión dicha (89) que el lesionado que, debiéndose poner en cura, la rehuye y contraviene las prescripciones facultativas, alargándose su imposibilidad para el trabajo por ese solo hecho, no debe, a la hora de la indemnización, imputar al agresor todo lo que se ha producido por su propio dolo o culpa.

Lo mismo hay que decir cuando, pudiendo resarcirse del daño o perjuicio por medios normales, totalmente aptos para reparar íntegra-

(87) Vid. *Acción y responsabilidad...*, págs. 266 y 267.

(88) Obra y tomo citados.

(89) Página 268.

mente las consecuencias, el perjudicado, con manifiesto abuso de derecho, pretende que la reparación se haga por medios o procedimientos más costosos, no por ello más perfectos. O cuando, a propósito de la interrupción del viaje a causa del accidente, se presentan las facturas de un hotel de lujo, donde, de haberlo tenido que pagar el ofendido, nunca se hubiera hospedado, y en las que se incluyen —como a veces hemos visto— el importe de pantagruélicas comidas, acabadas con copas de licor de las mejores marcas y donde no ha faltado el consabido cigarro habano.

d) *La realidad del perjuicio.*—No es exactamente igual a ninguno de los conceptos anteriores, pues aquí queremos referirnos al hecho, harto frecuente, de demandar una pensión, por inutilidad total, cuando, pudiendo dedicarse la víctima a una actividad profesional o laboral distinta a la que constituía su ocupación anterior, deja de ejercerla para asegurarse el resto de su vida a costa de la pensión reclamada y obtenida (90).

e) *La estimación del perjuicio.*—A este respecto bastará consignar ciertas sentencias del Tribunal Supremo que tienen exigido que el daño y el perjuicio sean apreciados por los Tribunales de Justicia, como las de 13 y 14 de julio de 1886, 30 de noviembre de 1932, 14 de noviembre de 1934, 4 de marzo de 1944, 15 de diciembre de 1947 y 23 de enero de 1948.

VII. TRAMITACIÓN DEL PROCESO.—Ninguna prevención específica establece aquí el legislador que modifique el rito procedimental de la L. E. C., para los juicios llamados ejecutivos, a la que expresamente remite la Ley en el artículo 52. En consecuencia, admitida la demanda, se procederá a despachar ejecución, tras de ser examinada aquélla, de oficio, por el Juez, para cerciorarse de que el título presentado no contiene ninguno de los defectos a que aluden los números 1.º y 2.º del artículo 1.467 (91); examen que, a propósito de esos requisitos extrínsecos, tendrá aquí la especialidad de comprobar si se había atribuido al dictamen pericial fuerza ejecutiva mediante la ratificación bajo juramento que se establece, ante la autoridad judicial competente.

En tal trance, dice el párrafo segundo del artículo 52, que el Juez de primera instancia, si no estuviera acordado con anterioridad, podrá fijar la pensión provisional a que se refiere el apartado d) del artículo 21, permisión legal que plantea las siguientes consideraciones:

1.ª ¿Cabrá que esta medida se acuerde de oficio? El término legal “podrá” induce a que nos inclináramos por la contestación afirmativa si la facultad no va precedida de ningún concepto legal que, a su vez,

(90) Consúltese lo que, en relación con esto, exponíamos en la obra citada, páginas 269 y 270.

(91) Cuando la obligación o el título en cuya virtud se hubiere despachado la ejecución fueren nulos, o bien cuando el título no tuviere fuerza ejecutiva, ya por defectos extrínsecos, ya por no haber vencido el plazo o no ser exigible la cantidad, o ésta ilíquida.

autorice al perjudicado o sus herederos para pretenderla. Pero entendemos que, estando ya dentro del proceso civil, ha de regir en toda su amplitud el principio dispositivo de las partes, y esa potestad conferida al Juez deberá restringirse y condicionarse al hecho de que, habiendo sido instada previamente la medida, él la considere procedente. La generosidad con que se provee al perjudicado de título ejecutivo y el riesgo de que el mismo pueda ir percibiendo pensiones que luego resultarían improcedentes, hace que se adopte esta facultad con extraordinaria cautela (92); de suerte que recomendamos al Juez que, en general, no la conceda, salvo el caso de que, a su vez, garantice el perjudicado —como, por ejemplo, suele hacerse en supuestos de embargo preventivo— la devolución de aquello que hubiera recibido, de no prosperar la petición ejecutiva toda.

2.<sup>a</sup> Desde otro aspecto, se condiciona esta medida a que “no estuviere acordada con anterioridad”. Aquí las dudas pueden ser mayores, por cuanto si están acordadas con plena vigencia, será porque aún está viva la vía criminal, que es donde únicamente cabe que, con anterioridad, se adoptasen, y, entonces, naturalmente, no podrán adoptarse aquí pero es, más que nada, porque entonces el juicio ejecutivo creemos que no tendría viabilidad, salvo el caso en que el proceso penal contuviera una expresa reserva de la acción civil para ejercitarla separadamente en esta vía.

La conclusión que pensamos debe obtenerse es que estas medidas se podrán adoptar en el proceso civil en cualquiera de estos supuestos:

- a) cuando en el proceso penal se hubiera hecho expresa reserva del ejercicio independiente de la acción civil;
- b) cuando, aun ejercitándose la acción civil conjuntamente con la penal, la medida en cuestión no se hubiera adoptado, y
- c) cuando, aun ejercitándose conjuntamente ambas acciones y aún habiéndose adoptado la medida en el proceso penal, éste hubiera acabado por alguna de las causas que no vedan el ejercicio de la acción civil.

La pensión, por lo demás, estará condicionada por las circunstancias del caso y deberá ejercitarse esta facultad del Juez, con más o menos garantías que, aunque no se especifican aquí, podrán buscarse en preceptos generales y analógicos de la L. F. C., cuando de no acordarse puedan seguirse perjuicios para la víctima o sus herederos, si

---

(92) Señala, a este respecto, CONDE PUMPIDO (trabajo citado, pág. 201), que “si bien es cierto que el buen juicio de los jueces y el carácter cuasi-objetivo con que... se pretende establecer la responsabilidad civil, reducen considerablemente las posibilidades del supuesto, basta para plantearse el problema con que pueda darse un caso en que se paguen con cargo a la fianza pensiones a un insolvente, y después se declare la irresponsabilidad penal y civil del imputado”, preguntándose si cabe que repita el afianzador, o exigir responsabilidad civil al Juez que tomó el acuerdo o, finalmente, si perderá el primero la cantidad correspondiente sin causa que lo justifique, y sin más derecho que el de repetición en virtud del principio de enriquecimiento sin causa, contra quien carece de bienes para hacer efectiva la obligación.

hay que aguardar hasta la resolución definitiva del proceso, con sus trámites todavía largos, sobre todo en caso de oposición y de declarativo eventual, conforme autoriza el artículo 1.479, incluso con la suspensión del juicio ejecutivo, por algún motivo de los que la Ley contempla (93).

VIII. EL TRÁMITE DE OPOSICIÓN.—Tras del embargo de bienes y citación de remate, que no ofrecen aquí especialidad alguna, tanto la Ley especial como la de Enjuiciamiento, dan paso a la oposición del ejecutado-asegurador, que no sólo consiente ser amparada en los motivos a que se refieren los artículos 1.464 y 1.467 de ésta (94), sino en los específicamente contemplados por el artículo 39 de la primera.

Son éstos: 1.º, *culpa o negligencia del perjudicado*, y 2.º, *fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo*; aclarando el precepto que no se considerarán como causas de fuerza mayor los defectos de éste ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismo.

La distinción entre esos conceptos de "culpa" y "negligencia", que, imprecisamente, se han venido considerando como sinónimos, quizá exija aquí una concreción distintiva, no siempre exacta por el uso indistinto de los mismos y porque, desde otro aspecto, tienen unos límites fronterizos tan sutiles que impiden la construcción de una teoría perfecta y acabada (aunque con todo detalle nos ocuparemos de todo esto cuando publiquemos la obra que proyectamos sobre uso y circulación de vehículos de motor) que permiten la adscripción a uno u otro calificativo de los distintos casos concretos acaciables en la práctica, ya que, como enseña DE DIEGO (95), será necesario que el Juez atienda las circunstancias del caso, porque cuando tenga plena consciencia de ellas no serán necesarias reglas para fallar con arreglo a la equidad.

Pero tratando de encontrar el verdadero espíritu de la Ley, nos servirá, siquiera provisionalmente y para entendernos, la idea de que la culpa parece suponer una actividad, más o menos intensa y calificada, pero actividad, al fin, de donde surge el resultado, aunque no

(93) Vid. sobre esto nuestra obra *El llamado juicio ejecutivo...*, y nuestro reciente trabajo sobre *La suspensión del juicio ejecutivo*, en la "Rev. Jurídica de Cataluña", núms. 5-6 de 1962.

(94) 1.º *Falsedad del juicio ejecutivo o del acto que le hubiere dado fuerza de tal*; 2.º *Pago*; 3.º *Compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva*; 4.º *Prescripción*; 5.º *Quita o espera*; 6.º *Pacto o promesa de no pedir*; 7.º *Falta de personalidad en el ejecutante o en su Procurador*; 8.º *Novación*; 9.º *Transacción*; 10. *Compromiso de sujetar la decisión del asunto a árbitros o amigables compondores, otorgado con las solemnidades prescritas en esta Ley*; 11. *Incompetencia de jurisdicción* (art. 1.464). En el 1.467, además de los dos primeros números anteriormente transcritos, los 3.º *Cuando el deudor no hubiere sido citado de remate con las formalidades prescritas en esta Ley*; 4.º *Cuando el ejecutado no tuviere el carácter o representación con que se le demanda*.

(95) *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, pág. 25.



media intención de producirlo, en un sentido muy similar y sinónimo al de "imprudencia", que así viene, en fin de cuentas, a entenderse en buen castellano la culpa, como "daño involuntario ocasionado por imprudencia" (96); en tanto el concepto "negligencia" nos parece que se asocia y condiciona a la mera inactividad o actitud pasiva, en el sentido de que si se produce el resultado es consecuencia de una omisión, o sea, que vendría a identificarse con la acepción que tradicionalmente tenemos de culpa, como omisión de la previsión o diligencia normalmente exigibles ante un hecho concreto o en el circular por la vida, o también, en ese lenguaje claro castellano, "descuido, omisión, falta de aplicación o diligencia" (97).

Por ello pensamos que, a propósito de estos motivos de oposición, será incluíble dentro de la expresión legal "culpa" todo lo que sea resultado achacable al perjudicado mismo, pero no imputable a su mera abstención o actuación meramente pasiva, y a esos efectos, aduciendo el demandado la culpa como motivo concreto de oposición, podrá invocar cualquier *acto* del perjudicado, incluso nacido de su imprudencia o de su impericia (concepto aquél que, con acierto, emplea nuestro Código penal, en contraposición al de negligencia, no utilizando la voz "culpa" que usaba el de 1822), dejando entonces como causa de oposición por "negligencia" todo lo que pueda obedecer a una actitud pasiva o abstención del ejecutante.

Pero, en este trance, se hará conveniente preguntar si esa culpa o negligencia, como motivos exonerantes de la responsabilidad civil del asegurador, ha de incidir solamente en el aspecto civil, o cabe, por el contrario, que aquí se aduzca la responsabilidad culposa o negligente desde el punto de vista penal.

El íntimo entrecruce entre responsabilidades civiles y penales en materia de accidentes de tráfico, hace pensar que no sólo será admisible la alegación y prueba de una conducta negligente o culpable en sentido civil, sino que el asegurador, en cuanto responsable directo de una obligación de este tipo, podrá, al no concretar la Ley, oponerse a la ejecución con base tanto en una culpa o negligencia civil como penal.

Mas como una conducta culposa o negligentemente penal, debe ser depurada en el proceso criminal, al tiempo de interponerse la demanda ejecutiva, será posible, según veremos después, que el ejecutado planteee una cuestión prejudicial de aquel tipo, tendente a suspender la ejecución con que se enfrenta hasta tanto la vía penal decida sobre la culpa o negligencia criminosa del propio perjudicado.

O, por el contrario, tampoco habrá inconveniente en que el tema de esa responsabilidad penal, culposa o negligente, del ejecutante, salga a relucir, en este vía de oposición, con posterioridad al planteamiento del proceso ejecutivo. lo que, una vez alegado, podrá operar por dos cauces:

(96) Diccionario Sopena, II, pág. 349.

(97) El mismo, tomo IV, pág. 155.

1.º Por la interposición de la correspondiente querrela, por parte del asegurador, denunciando el hecho-causa del ilícito penal que alega. En tal evento estaremos en presencia del supuesto general del artículo 514 de la ley de E. Civil, y, comentando la incisión de esta querrela en el proceso ejecutivo, en general, tenemos escrito (98) que, en tal supuesto, acreditada la admisión de la querrela, a través del correspondiente testimonio o certificación del Juzgado de Instrucción—que puede ser el mismo que interviene, como de Primera Instancia, en el juicio ejecutivo u otro distinto, cuando el delito se haya cometido en diferente partido judicial—y con un escrito en que, basándose en tal admisión, solicite el ejecutado la suspensión del juicio ejecutivo (99), se acuerde por el Juez la del curso de los autos.

2.º Cuando, aduciéndose en el transcurso del proceso de ejecución, la existencia del delito culposo o negligente por parte del propio perjudicado, sin haberse instado suspensión alguna de aquél, ni suspendida la actuación ejecutiva por el Juez, porque no haya estimado oportunamente la incoación, de oficio, del correspondiente sumario, llegue el proceso de ejecución a momento de dictarse sentencia de remate, y el juzgador hubiera de fundar su fallo *exclusivamente* en la existencia de un posible delito.

Se estará en el caso contemplado por el artículo 362 de la Ley de E. Civil, siendo en ese momento y no en otro cuando ha de acordarse la suspensión, si el Juez llega a esta convicción, pues, como dice ALAMILLO, para llegar a tal apreciación será necesario el estudio del pleito precisamente cuando llegue el momento de dictar el fallo (100).

No es posible examinar aquí ambos supuestos con más detalle, remitiéndonos para un completo estudio del problema a lo que tenemos dicho en otro lugar (101), mencionando ahora tan sólo los requisitos que precisan para la realización del evento y la suspensión a que aludimos:

a) que el fallo no pueda basarse en otros fundamentos, sino tan sólo en la existencia o no del delito;

(98) En nuestra tan repetida obra *El llamado juicio ejecutivo...*, pág. 326.

(99) Esta petición es exigida por el art. 514 de la L. E. C.

(100) *Suspensión del fallo civil en el supuesto del delito*, "Rev. de Derecho Procesal", núm. 1 de 1946.

(101) *El llamado juicio ejecutivo en la L. E. C. española*, págs. 327 a 332

(102) En relación con este motivo de suspensión, pueden verse las sentencias del T. S. de 14 de octubre de 1887, 3 de mayo de 1888, 5 de marzo de 1924, 31 de enero de 1928, 9 de enero de 1930, 26 de enero de 1933, 24 de diciembre de 1941, 19 de febrero de 1945 y 16 de enero de 1951. También es interesante consultar: JIMÉNEZ ASEÑO, *Las cuestiones prejudiciales en materia civil (ensayo)*, "Rev. Jurídica de Cataluña", núm. 3 de 1951, págs. 234 y sigs.; MOLERO MASA, *Interferencia de la acción penal en el proceso civil*, "Rev. de Derecho Procesal" año 1958, núm. 1; SOTO NIETO, *La excepción de falsedad en el juicio ejecutivo*, "Bol. Inf. Ministerio de Justicia", 5 de diciembre de 1952, págs. 3 y siguientes, y REYES MONTERREAL, *Casos de obligatoriedad de suspensión del proceso civil*, "Rev. Gral. de Derecho", núm. 75; y *La suspensión del juicio ejecutivo*, en la "Rev. Jurídica de Cataluña", núm. 5-6 de 1962.

b) que en este caso las partes no pueden instar la suspensión, sino que ha de acordarse, de oficio, por el Juez.

c) que antes de la suspensión del proceso será preciso oír al Ministerio Fiscal (102).

Otro motivo de oposición es el concerniente a la *fuerza mayor* que concurra en el hecho de que derive el perjuicio cuya reparación se insta. No menciona aquí la Ley al caso fortuito que, sin embargo, podría acogerse en algún supuesto en que sus límites con aquélla son siempre imprecisos al tener ambos, como denominador común, el que el resultado sea totalmente independiente de la conducta—activa o pasiva—del supuesto agente, y que en la práctica lleva también a efectiva confusión de los conceptos, de la que no acierta a liberarse la jurisprudencia ni permite a la doctrina científica la cabal determinación. Por lo pronto, bastará aquí indicar, con el profesor CASTÁN, que fuerza mayor es el acaecimiento que se origina *fuera de la empresa* o círculo del deudor y con violencia insuperable tal que, considerado objetivamente, queda fuera de los casos fortuitos que deben preverse en el curso ordinario o normal de la vida (103).

Pero, en la materia que estudiamos, la posible inclusión en el precepto del caso fortuito en los de fuerza mayor, queda totalmente irradiada de los motivos de oposición, si tenemos en cuenta que la propia norma se ha cuidado de advertir que todo lo que, aunque sea independiente de la voluntad del propio ejecutado, sea procedente del mecanismo o funcionamiento de su vehículo, no se considera fuerza mayor, y, aunque impropia, se exprese, en forma de que parece una repetición absurda la calificación de “extraña” a la fuerza mayor que menciona, lo cierto y verdad es que quiere excluir los supuestos de caso fortuito, si, como sabemos, la doctrina objetiva, que es la más generalizada, trata de distinguirlos de los de fuerza mayor, en que los de aquél se producen “dentro”, por causas internas al funcionamiento del vehículo, y los de ésta “fuera”, o por causas totalmente externas (104).

En todo caso, el legislador se ha orientado totalmente en el precepto de la Ley de Accidentes de Trabajo, que venía a seguir este criterio restrictivo de la fuerza mayor, siguiendo la teoría objetiva, y conteniendo un precepto explicativo idéntico (105).

Por consiguiente, entendemos que no acoge la Ley como motivo de oposición el caso fortuito, a mayor abundamiento cuando en todo proceso de ejecución aquéllos deben interpretarse y admitirse con carácter restrictivo.

---

(103) Obra citada y en la misma página 160 del tomo III, siguiendo la orientación objetiva de EXNER y JOSSEAND.

(104) Obra, tomo y página citados, del profesor CASTÁN.

(105) Vid. el art. 6.º de la Ley especial de 8 de octubre de 1932, señalando la responsabilidad del patrono por los accidentes ocurridos a sus operarios, a menos que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente, debiendo entenderse que existe esa fuerza mayor extraña cuando sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el ejercicio de la profesión de que se trate.

Vemos que éstos son los motivos de oposición que puede utilizar el asegurador para enervar la acción reparatoria que de él se pretende. Pero ¿será posible que pretenda una disminución cuantitativa de su responsabilidad, con invocación de una *compensación de la culpa* del perjudicado?

Ya sabemos que en el proceso penal, ni siquiera en su fase reparatoria de intereses del ofendido—demandando conjuntamente la responsabilidad civil y penal—, no se admite por nuestro Derecho positivo la compensación de aquéllas, pues como dice CUELLO CALÓN, el Tribunal Supremo declara que no es admisible, sin perjuicio de que si el sujeto pasivo de una de esas culpas incide, a su vez, en otra, pueda serle exigible la responsabilidad que la corresponda (106).

Pero en el caso que estudiamos, no estamos ya ciertamente en presencia de un proceso en que se trate de depurar las consecuencias penales culposas de un ilícito, sino la mera responsabilidad civil por ejercicio de la acción privada de este tipo, en torno a la satisfacción meramente económica del perjuicio, que engloba el derecho a la restitución, reparación e indemnización. Y no cabe duda que esta estimación podrá graduarse en función de una concausa culposa o negligente que, en el canpo procesal, vendría a entrar por el cauce de una práctica reconvenición, si no admisible, como tal, por la vía de los motivos de oposición autorizados por el artículo 39 de la Ley especial, si por la del 1.464 de la de Enjuiciamiento, dentro del que se menciona expresamente la *compensación*, de suerte que, alegada ésta o la específica exonerante del artículo 39, y en persecución de este mero efecto compensatorio, deberá el Juez pronunciarse sobre ello, pues, como dice LATOUR BROTONS (107), en caso de concurrencia de culpas de acreedor y deudor, y, al menos, en las obligaciones recíprocas, debe operar la compensación judicial cuando aquella concurrencia quede demostrada a los efectos de determinar la concurrencia de una y otra en relación con la indemnización que se estime adecuada.

La única dificultad estará en que para ser admisible la excepción de compensación, el artículo 1.464 de la L. E. C. exige que se trate de crédito líquido que resulte del título que tenga fuerza ejecutiva, de tal modo que, amparada la misma exclusivamente en aquél, sería rechazable porque tal Ley no permite al Juez que en la ejecución haga declaraciones previas para revestir esa compensación de caracteres que no tuviera al alegarse (108).

Pero pensamos que, si por la vía del artículo 39, no es dudoso ale-

(106) *Ley penal del automóvil*, pág. 101.

(107) *La compensación judicial de culpas*, en "Rev. de Der. Español y Americano", mayo-junio 1958, págs. 230 y 231.

(108) En contra de la opinión de MANRESA (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo VI, pág. 491) de que el ejecutado podrá instar en período de prueba las diligencias precisas para dar carácter ejecutivo al título en que funda la compensación, nosotros decíamos en *El llamado juicio ejecutivo*, página 354 que "la ejecutividad que exige el número 3.º del artículo 1464 de la Ley es incondicionada y ha de resultar desde un principio, o sea, al tiempo de formularse la excepción, y, por consiguiente, no debemos darnos por satisfe-

gar, como hemos visto, la culpa o negligencia del propio perjudicado, de modo absoluto y tendente a la liberación total de las responsabilidades del asegurador, queda autorizado y dicho que, si se puede lo más, se podrá lo menos, y, con pretensión de alcance más restringido, podrá intentarse simplemente que se aminore la cuantía reclamada y si está permitido en el primer supuesto, aun en juicio ejecutivo, la imprescindible declaración del Juez sobre si el hecho se originó por esa culpa o negligencia, o por causa de fuerza mayor extraña, no cabrá duda de que también será posible que aquél declare la existencia de una culpa o negligencia que, si no es suficiente para la exoneración total del deudor, al menos pueda operar aminorando la cuantía de lo que a éste se reclama. Por esto ha dicho SEUFFERT (109) que la compensación procesal es, a la vez, acto procesal y declaración de derecho sustantivo.

Por consiguiente, de los tres supuestos en que puede plantearse el tema de la compensación judicial de culpas que menciona el mismo LATOUR BROTONS (110), solamente cabrá admitir aquí como expresamente acogido por el artículo 39, el primero y, presumible e implícitamente admisible, el tercero; nunca el segundo, porque se basa en que la producción del hecho se debe única y exclusivamente a la conducta de un tercero, pues no siendo éste parte en el proceso de ejecución de que tratamos, no cabe compensación, sin perjuicio de que, como la misma Ley prevé (art. 44, 1.º), el asegurador o el Fondo, en su caso, repitan contra aquél, a lo que expresamente quedan autorizados.

La compensación será, pues, admisible con su efecto simplemente aminoratorio del *quantum*, pues, como sostiene VON THUR, la misma puede entrar en juego tanto en relación con el origen del daño como en la agravación del daño mismo (111). Por eso, pensamos que si puede agravar las consecuencias de éste, no habrá razón por la que no pueda disminuirlas.

Pues bien; siguiendo el examen de estos motivos de oposición, creemos necesario señalar, como una muestra de cierta imprecisión legislativa apreciable en muchos pasajes del articulado de esta Ley, que

---

chos con la simple esperanza de que, en período de prueba, pueda el ejecutante reconocer su firma, el documento o la deuda, sino que, por exigencia legal, todo esto como complemento ejecutivo del título, tendrá que haber ocurrido con anterioridad a la oposición del ejecutado, de tal modo que, no siendo así, el título no tiene fuerza ejecutiva inicial y, por tanto, el Juez debe rechazar su admisión".

(109) *Zivilprozessordnung*, parágrafo 145, núm. 4.

(110) Trabajo citado, pág. 228, mencionando estos supuestos: a) que el daño producido se deba única y exclusivamente a la culpa del mismo perjudicado; b) que el daño producido en el patrimonio se deba única y exclusivamente a la conducta culposa y negligente de un tercero, y c) que el daño producido en un patrimonio se deba a la coexistencia o concurrencia de dos culpas, es decir, cuando a la producción del daño haya concurrido, con la culpa del agente, la culpa del propio perjudicado, dentro del mismo nexo causal.

(111) *Tratado de las obligaciones*, I, 1.º, págs. 77 y sgs.

falta la debida referencia a otros motivos de aquélla, que no sólo tenemos por admisibles, sino que del texto de la Ley misma se hacen precisos.

Aludimos ahora a la *plus petitio*. Si leemos el artículo que comentamos, se aprende que sólo serán admitidos como tales, aparte de los que se funden en el artículo 39, los establecidos en los 1.464 y 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento, no haciéndose por parte alguna referencia a los planteables en el proceso ejecutivo de la última, mencionados en el artículo 1.466 (112). Excluimos, con aquél, sin ninguna objeción, *el exceso en la computación a metálico de las deudas en especie*, pero paramos la atención en el exceso cuantitativo de la demanda ejecutiva, en la *plus petitio*, porque nos inclinamos decididamente a admitir que sea uno más de los motivos de oposición, que si no acoge expresamente el legislador, ni remite a dicho artículo, lo quiere dar por supuesto en el artículo 54.

Efectivamente, preocupándose éste de regular cómo han de satisfacerse los honorarios de los peritos que emitan el dictamen, en su lugar examinado, dice que los mismos se incluirán en la tasación de costas—materia que, en cambio, no decide la Ley quién ha de abonarlas, por lo que habrá que estar a la doctrina general de la de Enjuiciamiento Civil—, salvo el caso—añade—*de que hubiere estimación excesiva de los daños y perjuicios por parte del perjudicado, en cuyo caso serán de su cuenta*.

Muy sugestiva es la norma; tanto, que requiere comentarios más extensos que en esta ocasión nos están vedados. Mas en trance de indicar lo que nosotros tenemos por sus consecuencias interpretativas, haremos breves consideraciones:

1.º Por de pronto, y a los fines de resolver la duda de la admisibilidad de la *plus petitio*, que si se estima ese exceso en la reclamación, esto no podrá ser consecuencia más que del previo planteamiento de una pretensión del ejecutado, denunciando la reclamación excesiva misma, ya que hay que entender que, si no se impugna por nadie la valoración pericial resultante del título, habrá que tenerla por exacta y el Juez deberá dictar sentencia de acuerdo con la naturaleza de la pretensión ejercitada y en la cuantía reclamada.

Luego el medio para denunciar el exceso creemos que no podrá ser otro que la excepción de *plus petitio*. Piénsese que no estamos aquí en presencia de aquellos casos en que el ejecutado trata de enervar la acción al amparo de la oposición por culpa o negligencia del propio actor o por concurrencia de fuerza mayor; no se trata tampoco de obtener una reducción cuantitativa por mera concurrencia de culpas, o compensación, que también hemos visto cabe en este proceso, de suerte que no se niegue la cantidad que se reclama, sino la procedencia de que, manteniendo la procedibilidad de su pago, se aduce la necesidad de compensarla con una culpa concurrente del perjudicado,

---

(112) También podrá el ejecutado fundar su oposición alegando la *plus-petitión* o el exceso en la computación a metálico de las deudas en especie.

que si, por efecto de su alegación y éxito, produciría la admisibilidad de dos pretensiones sin disminución de su determinación económica, compensa las cantidades. Se trata de que, no alegando la compensación o concurrencia de culpas, ni la exoneración total del asegurador o del Fondo de Garantía, por existencia de culpa ajena o fuerza mayor, es decir, aceptando la responsabilidad del ejecutado, éste alega que la cifra que, por la obligación se le reclama, es excesiva. Es, digámoslo de otro modo, una oposición, no jurídica, sino económica, porque aquí se reconoce que ha habido daños y perjuicios, que el hecho no es imputable más que al propio ejecutado, porque debe responder del seguro, pero se discute la cifra. Y esto, procesalmente, constituye la simple excepción de *plus petitio*. Por eso, el maestro PLAZA (113) no la considera como motivo de excepción, sino de oposición, fundándose en que no tiene por objeto, como los demás motivos, impedir que se dicte la sentencia de remate, y por eso la incluimos nosotros también entre los motivos de excepción, en sentido propio, porque su fundamento está en que, sin dejar de ser cierta la constitución del vínculo y la obligación en que el ejecutado se encuentra de cumplir su compromiso, se ha alterado la cuantía de aquélla, de suerte que se ha pedido por el actor y concedido por el Juez la satisfacción de una deuda que, aunque real, era cuantitativamente excesiva (114).

Finalmente, ¿podrá el asegurador o el Fondo de Garantía utilizar, como motivo de oposición, la *prejudicialidad penal*? Ya hemos repetido que los motivos de oposición al juicio ejecutivo han de ser interpretados y acogidos siempre con criterio restrictivo, y en el caso que estudiamos sólo se autorizan los establecidos en los artículos 1.464 y 1.467 de la L. E. C., y el expresamente referido en el 39 de la Ley especial, dentro de los que no se encuentra literalmente el tema de esta interrogante.

Pero, no obstante, entendemos que, cuando no se haya agotado la vía penal y la autoridad judicial esté entendiendo de la instrucción o de la resolución de la causa criminal, con la sola invocación del artículo 111 y del 114 de la L. E. Cr., podrá obtener el asegurador, por lo pronto, la suspensión del juicio ejecutivo, al amparo de aquella norma, no derogada ni contradicha por la Ley a que nos estamos refiriendo. Es un motivo genérico, si no de oposición —en cuanto el planteamiento de esta cuestión no origina debate ni decisión sobre el fondo—, sí de suspensión, de la excepcional suspensión que tenemos estudiada en otra ocasión (115).

Y tal prejudicialidad operará lo mismo cuando el proceso penal pendiente debiera decidir sobre la responsabilidad de este tipo, por parte del conductor del vehículo asegurado que cuando —como anteriormente hemos examinado— el asegurador, al invocar la culpa o negligencia

(113) *Derecho Proccsal Civil*, pág. 419.

(114) *El llamado juicio ejecutivo...*, pág. 384.

(115) Cfr.: Nuestra anterior obra y el especial trabajo que sobre *La suspensión del juicio ejecutivo*, hemos publicado en la "Rev. Jurídica de Cataluña", número 5-6 de 1962.

del perjudicado, aduzca una responsabilidad culposa o negligente en la esfera del Derecho penal.

IX. DECISIÓN Y RECURSOS.—Una vez terminado el periodo probatorio, a la vista de esa posible oposición—o transcurrido el plazo legal para formularla, sin haberse planteado—, el Juez dictará sentencia en el plazo y con alguno de los pronunciamientos prevenidos en la legislación procesal común (116), que será apelable en ambos efectos.

No lo dice de un modo expreso la Ley comentada, pero así es deducible, no sólo, cabalmente, por su silencio, que obliga a aplicar supletoriamente la de Enjuiciamiento Civil, sino por el artículo 53, párrafo segundo de aquélla, en que se preceptúa que la interposición de los recursos que la Ley de Enjuiciamiento Civil autoriza no suspenderá el pago de la pensión provisional.

No hay que decir que el carácter general con que se aplica la Ley procesal en aquellas materias en que la especial que comentamos no establece prescripción alguna, hace que no pueda ser dudoso que, contra la sentencia firme que haya recaído en este proceso de ejecución, como en todos, se pueda promover el declarativo que previene el artículo 1.479 de la misma (117).

A propósito de esa prevención del artículo 53, ya vimos cómo el Juez podía acordar, al admitir la demanda ejecutiva, la fijación de dicha pensión provisional y, claro es, cuando estuviera acordada, la norma no admitirá duda, al respecto.

Pero, ¿y en el caso contrario? ¿Podrá el Juez adoptarla en este trance? La colocación de esta facultad judicial en el artículo regulador de la admisión a trámite de la pretensión ejecutiva—siquiera remitiendo a la L. E. C.— parece aconsejable deducir que de no haberse acordado entonces fijar tal pensión, no podría verificarse en ningún momento posterior. Pero pensamos que, si en este trance, para evitar una temeraria oposición sin otro fin que el manifiesto propósito de dilatar la ejecución, sobre todo en los casos en que el perjudicado carezca de otros medios para atender sus necesidades y las de los suyos, o hay otros graves riesgos temibles del retardo en la satisfacción de los derechos de éste, el Juez si así lo aprecia, podría éste, aunque excepcionalmente, adoptar la previsión.

Sería una garantía muy acorde con el verdadero espíritu de la Ley

---

(116) Los de 1473: *Dentro de los tres días siguientes al de la vista, o de cinco si no la hubiere, el Juez dictará sentencia, la cual contendrá uno de los tres fallos que se determinan a continuación: 1.º, Seguir la ejecución adelante, expresando la cantidad que ha de ser pagada al acreedor; 2.º, No haber lugar a pronunciar sentencia de remate; 3.º, Declarar la nulidad de todo el juicio, o de parte de él, reponiendo en este caso los autos al estado que tuvieran cuando se cometió la falta.*

*También hará las declaraciones que procedan sobre las excepciones alegadas, y si alguna de éstas fuere la de incompetencia y la estimare procedente, se abstendrá de resolver sobre las demás.*

(117) Vid. sobre el alcance de este nuevo proceso, lo que tenemos escrito en nuestro *El llamado juicio ejecutivo en la L. E. C. española*, págs. 816 a 824



que comentamos y acorde también con la que al ejecutante se le exige en el artículo 1.476 de la L. E. C. para que se lleve a efecto la vía de apremio, en caso de apelación, en cuanto si la prisa de éste—aun siendo acreedor con derecho ya judicialmente declarado—se mediatiza y condiciona a la prestación de la fianza, el correlativo retardo del ejecutado, cuya obligación de pagar también se ha declarado en la sentencia, debe tener en la Ley un freno a posible mala fe.

Podrá decirse que precepto análogo no existe en la Ley de Enjuiciamiento y que también puede el ejecutante instar la vía de apremio en caso de apelación, conforme aquélla, con carácter general, autoriza en el 1.476 ya dicho. Pero piénsese que, no desconociendo ello el legislador, ha querido asegurar aún más el crédito del actor, estableciendo esa norma que comentamos de que, pese a todo, nunca debe ser obstáculo el recurso para que se continúe prestando la pensión provisional señalada. Luego si lo que se pretende indudablemente es no dilatar, bajo ningún pretexto, el derecho del acreedor; si, aparte de la facultad de ir ya a la ejecución, de todos modos, aun sin fianza, quiere el legislador que aquél tenga derecho a seguir cobrando sus pensiones, nos parece que cabe entender al Juez facultado para que, no habiéndolo acordado *ab initio*, seguramente por falta de viabilidad de la procedencia, pueda hacerlo, siquiera excepcionalmente y para muy cualificados casos, adoptando lo hasta aquí no adoptado en momentos en que la previsión se haga necesaria, sobre todo en supuestos de notoria temeridad.

No tenemos aquí que detenernos en el examen de la llamada vía de apremio, en cuanto en este trance ya no hay previsión específica alguna del Ordenamiento procesal que hemos comentado, salvo que, evidentemente, de venir prestándose esa pensión provisional desde la iniciación del juicio ejecutivo, al tiempo de hacer efectivo el importe de la reparación que, por todos conceptos, corresponda percibir al ejecutante perjudicado, se hará descuento del importe de aquéllas, que ha de entenderse como anticipado pago a cuenta del total que, en definitiva, se estime de abono.

Con las consideraciones que preceden estimamos terminado el repaso que nos propusimos dar a la nueva Ley, a propósito del tema de la responsabilidad civil y su Ordenamiento procesal, esperando que algunos puntos sean aclarados y complementados por el legislador—como ya la misma prevé—, sin esperar a última hora porque hay puntos cuya aclaración debe ser reposada, con miras sobre todo a poder facilitar al juzgador un claro instrumento de trabajo, más que nada adecuado a que se pueda ir creando una uniforme jurisprudencia que sea, como confiadamente esperamos, el adecuado freno al alarmante progreso de los delitos incriminados, para lo que, indudablemente—y éste ha de ser el mejor resorte para la eficacia de la Ley—, es de recomendar a aquéllos la mejor predisposición a cumplir en la práctica el verdadero espíritu y finalidad de estas normas y sin que templemos los rigores que muchos ven en la Ley, con falsa piedad e inaceptable sensiblería.



## La adopción

JOAQUIN MADRUGA MENDEZ

Profesor Adjunto de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. Sistemática del Código civil.—Necesidad de la reforma. Fundamento.—La adopción en España.—II. Requisitos personales.—Requisitos formales.—III. Efectos de la adopción.—A) Patria potestad.—B) Impedimento para el matrimonio.—C) Parentesco.—D) Derechos sucesorios.—E) Nacionalidad.—F) Estado civil.—IV. Extinción de la adopción.—A) Causas naturales.—B) Nulidad.—C) Anulación.—D) Impugnación.—V. Instituciones análogas a la adopción.—A) Adopción especial por la Ley de 1941 de los acogidos en establecimientos benéficos.—B) Prohijamiento de expósitos.—C) Acogimiento familiar.—VI. Nuevas orientaciones en torno a la adopción en el derecho comparado.—La adopción en Francia.—La adopción en Italia.—La adopción en la Rusia Soviética.—La adopción en Inglaterra.—La adopción en Alemania.—La adopción en Dinamarca.—La adopción en Uruguay.—La adopción en Filipinas.—VII. Consideraciones finales.

### I. SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO CIVIL

El deseo de los reformadores del Código civil de encuadrar todas las modificaciones dentro de su articulado sin variar su numeración y evitar la disgregación de las normas, les ha obligado a mantener sobre esta institución la sistemática existente desarrollando su contenido en Capítulo V del título VII del libro I y siguen considerándola en el artículo 167 como uno de los medios de acabar la patria potestad, olvidando que pueden ser adoptados los mayores de edad y los huérfanos que no están sometidos a la patria potestad.

*Necesidad de reforma.*—La orientación del Código y de las leyes especiales era híbrida y borrosa y planteaba a la doctrina y a la jurisprudencia difíciles problemas. Influido por las tendencias entonces dominantes concibió la adopción —como se dice en la exposición de motivos de la Ley de 24 de abril de 1958— con perfiles y efectos muy estrechos. Mucius Scaevola (1), en sus comentarios al Código civil, compara la adopción a un árbol corpulento y frondoso del que se hubieren ido podando ramas, hasta dejar sólo el tronco, para expresar que en nues-

(1) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado*. 5. edición Madrid, 1942, pág. 630.

tro Código dicho instituto jurídico había quedado reducido a la más mínima expresión. Considera que la adopción, como los órganos sin uso, se ha ido poco a poco atrofiando. Resumiendo su juicio crítico sobre la disciplina de la adopción en nuestro Código escribe: "Que la misma por una parte busca en las apariencias personales, por la diferencia de edad, la imagen de la naturaleza entre el padre e hijo y, por otra parte, cercena los derechos del adoptado o los somete a un formalismo ridículo".

De aquí que una poderosa corriente de opinión haya propuesto la reforma del Código en este aspecto y la consiguiente sustitución de sus normas confusas, aisladas y carentes de desarrollo por otras más precisas y sistemáticas. Por otra parte, como dice Planiol (2): "Los defectos del Código, aunque señalados desde hace mucho tiempo, resultaron más patentes después de la guerra de 1914 a 1918. Los huérfanos de la guerra eran numerosos y muchos los hogares en que los padres habían sido muertos por el enemigo y la adopción pareció a muchos como medio de reparar parcialmente estas desgracias. Pero era necesario que la adopción de los menores fuese posible y que las condiciones y formalidades se simplificaran. De ahí nació la nueva legislación de la adopción".

El número excesivo de formalidades exigidas, el rigorismo con que estaba regulada y los requisitos minuciosos que se exigían la hacían poco apetecible o inaplicable. Sobrevino la conflagración de 1914 y, como dice el mismo autor, los numerosos huérfanos de guerra y la infancia desvalida, hacían urgentísima una transmutación de principios. Lejos de existir una adopción de constitución lenta y preñada de dificultades, forjada en beneficio del adoptante, de interés privado, debería existir un instituto simple, práctico y útil en beneficio del huérfano y de la infancia desvalida, de constitución fácil y carente de rigorismos y formalidades. Ya en Francia, donde también el Código civil había rodeado a la adopción de una reglamentación estrecha, tal vez, como dice Colin y Capitant (3), para impedir que los ciudadanos se desvíen del matrimonio, se han llevado reformas y las Leyes de 19 de julio de 1923, 29 de julio de 1939, 8 de agosto de 1941, 15 de abril de 1943 y 23 de abril de 1949, han tenido este objeto.

En nuestra Patria prueba esta corriente de opinión el Decreto dictado por el Gobierno marxista de 1937, en cuyo preámbulo se afirma: "Son muchos los españoles que llevados de este humanitario deseo (de adoptar) y con el convencimiento de que la razón del afecto está por encima de la ley de la sangre, se han dirigido a este Ministerio en solicitud de que se modifiquen las disposiciones del Código civil en materia de adopción, sometida a una reglamentación rígida y severa im-

---

(2) PLANIOL RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés*. Traducción de Mario Díaz Cruz, Cultura, S. A. La Habana, 1939. Tomo II, pág. 787.

(3) COLIN Y H. CAPITANT: *Curso elemental del Derecho civil*. Traducción de la última edición francesa, por la redacción de la revista General de Legislación y Jurisprudencia con notas sobre el Derecho civil español, por Demófilo de Buen. Madrid, 1922. Tomo I, pág. 612.

primiéndoles un sentido más generoso y amplio que permite encauzar y renovar la vieja institución jurídica flexibilizando sus normas para que éstas cobijen a aquellos nobilísimos sentimientos”.

En el mismo sentido la Exposición de Motivos de la ley de 17 de octubre de 1941 estima: “Las normas sobre la adopción contenidas en el Capítulo V, del título VII, del libro I del Código civil, no han satisfecho en la práctica el propósito de suplir los vínculos paterno-filiales dados en la generación, respecto de los seres más desvalidos e inocentes, abandonados en torno de una casa de expósitos o recogidos en otros establecimientos benéficos. Respecto de ellos, es muy frecuente el prohijamiento que casi siempre crea lazos de verdadera afectación familiar que ligan perdurablemente al prohijado con sus prohijantes, sin que por las dificultades procesales se constituya un verdadero estado jurídico dentro de las normas que para la adopción señalan las disposiciones vigentes”.

Recogidas las experiencias de la guerra y sobre todo la experiencia doctrinal y práctica durante la vigencia del Código civil, se hacía preciso cambiar la orientación de éste con su adopción petrificada e inoperante, plasmando en realidad cuantas innovaciones ha señalado la doctrina y las legislaciones de otros países, haciendo más eficiente este instituto jurídico, robusteciendo los derechos y obligaciones de aquellos que no estando unidos por la naturaleza, lo están por la voluntad, el cariño y la convivencia.

*Fundamentos.*—En los últimos tiempos se ha discutido el fundamento que puede tener la adopción, y al comenzar el período de la codificación surgió una enconada lucha entre los que aconsejaban su mantenimiento y los que demandaban su abolición. Se alegaba combatiendo la adopción que fomenta las relaciones ilícitas contribuyendo a que se tengan por adoptivos hijos que son ilegítimos o a encubrir a la vista del público afectos de otro género. Se ha insistido que retrae a los hombres del matrimonio con la esperanza de adoptar un hijo que le prodigue sus cuidados en la vejez. Por esta razón la Iglesia ha mirado con cierto recelo esta institución. Otros han considerado que por medio de la adopción se trata de eludir un precepto legal o en fraude de disposiciones fiscales, o de aquellas otras, como ocurrió en Roma, para evitar la aplicación de las leyes Julia et Papia Popea, que sancionaron el celibato. Influidos sin duda por estos argumentos fueron muchos los códigos del siglo XIX, que rechazaron la adopción o la acogieron con dificultad o disgusto (4).

Todos los ataques que se dirigen contra la adopción están basados en presunciones harto débiles empleadas contra una institución que ha resistido la mudanza de los siglos. Muchos de esos peligros son quiméricos y aun pudiendo ser efectivos, son vicios de los hombres más que de la propia institución. En favor del mantenimiento de la adop-

---

(4) Código civil de los Países Bajos de 1838, el portugués de 1867, el chileno de 1857, el argentino de 1869 y el de Guatemala de 1877.

ción han militado, como dice Blas Piñar (5), otros factores políticos, sentimentales y benéficos, que han hecho que en tiempos recientes renazca la Institución aunque, como dice Espín (6), con otros caracteres de los que tenía antiguamente, sobre todo en el Derecho romano en que implicaba una absoluta separación de la familia de donde procedía el adoptado para ingresar en la del adoptante.

Después de todo, hay que repetir lo que la Cour de Cassation de Francia, al dictaminar sobre la conveniencia de implantar la adopción: "Hay peligro en la introducción de ciertas leyes, que no están en armonía con las costumbres, cuando se imponen imperativamente; pero aquellas otras de simple facultad, leyes permisivas, que conceden un derecho no hay peligro de ningún género en su reconocimiento y admisión". Este fue el principal motivo que influyó en los redactores de los Códigos civiles del siglo XIX para incluir esta institución en los mismos, ya que como dice Berliér en su discurso sobre la adopción, el bien necesita ser, las más de las veces, indicado para ser cumplido. Esta dirección de pura tolerancia fue seguida por el Código francés de 1804, italiano de 1865, rumano de 1864, Uruguay de 1868, Colombia de 1867 y más tarde el Código alemán de 1866 y el suizo de 1907, que regulan la adopción sujetándola la mayoría de ellos a tal número de requisitos que la hicieron impracticable.

La adopción, en efecto, responde a una serie de exigencias humanas que pugnan por encontrar su fórmula correspondiente. Lo que la ciencia descubre es beneficio para los individuos y ventajas para la Sociedad. Ganan los primeros la felicidad que encierra para el adoptado y las afecciones que supone. La sociedad gana en ver multiplicados los lazos de cariño y se alegra de tener en la adopción un nuevo auxilio para socorrer a hijos desamparados y pobres que serán comúnmente los preferidos en este acto. Por eso los legisladores se han visto obligados, bien a aminorar o a dulcificar las rigurosas condiciones con que aparecía regulada en los primeros Códigos: Italia, en el Código de 1942; Rumanía, en el Código de 1939; Polonia, en la Ley de 1939; Bélgica, en la Ley de 1940; Panamá, en el Código de 1917; Costa Rica, en la Ley de 1 de agosto de 1934; Perú, en el Código de 1936, y Francia en las reformas llevadas a cabo en las leyes de 1923, 1941, 1943 y 1949. O bien a recibirla sin dificultad en el cuadro de sus instituciones; ya como Argentina, ley de 15 de septiembre de 1948, e Inglaterra, "Adoption of children act", de 4 de agosto de 1926, y "Adoption of children Regulation Act" de 1939; ya como Rusia y Chile, que después de suprimir la adopción vuelven a regularla, ley del derecho de familia de Rusia de 19 de noviembre de 1926, artículos 57 y siguientes y ley número 7.613 de 21 de octubre de 1943. Dinamarca,

---

(5) BLAS PIÑAR: *La adopción y sus problemas jurídicos*. Madrid, 1954, página 7.

(6) ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*. Volumen IV Familia, Madrid, 1956, pág. 272.

Ley 25 de mayo de 1956; Uruguay, Ley número 10.674 de 20 de noviembre de 1945, y Filipinas, Código de 1949.

*La adopción en España.*—Al iniciarse la codificación en España debió plantearse la misma controversia a juzgar por el informe emitido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, al acudir a la información pública suscitada a propósito del proyecto del Código civil de 1851, en cumplimiento de la R. O. de 12 de junio del mismo año, manifestando: “Es cuestionable si debieran o no abolirse las adopciones. La opinión no las favorece, la Comisión las respeta por una justa consideración a los autores del Proyecto”.

Sin embargo es interesante hacer constar que en el proyecto de Código civil de 1836 se regula esta institución en los artículos 372 al 383 y se determinan los derechos sucesorios abintestato de los hijos adoptivos después de los ascendientes y hermanos legítimos (art. 2.211).

Los preceptos del Código civil, que han estado vigentes hasta la reforma de 1958, en materia de la adopción, no hacían eficiente esta institución que quedaba establecida en beneficio del adoptante más que del adoptado. La nueva Ley de 24 de abril de 1958 ha reformado los artículos 172 a 181 del Código civil y ha mejorado notablemente la situación de los niños abandonados y expósitos, conforme el espíritu de protección al débil que inspira el nuevo orden político español, adaptando la adopción a las necesidades del momento y corrigiendo las graves deficiencias de la legislación civil anterior. De esta forma se ha hecho más eficaz la institución y ha avanzado en sus efectos de una manera parecida a lo que ha hecho la legislación francesa, al introducir en el cuadro de sus instituciones familiares la llamada Legitimación Adoptiva (7) para los hijos menores de cinco años de padres desconocidos o que hayan muerto, que ha roto con los inconvenientes de la adopción clásica, inclinándose a conceder al hijo adoptivo respecto a la familia de los adoptantes, los mismos derechos y también las mismas obligaciones que si hubieran nacido del matrimonio, y rompiendo con la persistencia del adoptado en la familia natural. De la legitimación adoptiva francesa ha dicho Vismard (8) que “es una adopción más completa aún, que asimila al adoptado a un hijo legítimo”.

Después de la reforma el Código regula la adopción en el capítulo V, del título VII, del libro I, que comprende tres secciones: la primera, trata de disposiciones generales a las dos clases de adopción plena y menos plena y abarca desde el artículo 173 hasta el 177; la segunda, de la adopción plena, está integrada por los artículos 178 y 179; la tercera, se refiere a la adopción menos plena y sólo contiene el artículo 180.

Distingue la reforma dos clases de adopción: la plena y menos plena. Ha preferido el empleo de estas expresiones a otras utilizadas en el derecho extranjero. Como dice el Preámbulo de la Ley: “Cues-

(7) Decreto Ley de 29 de julio de 1939, modificado por la Ley de 8 de agosto de 1941 y Ley de 23 de abril de 1949.

(8) WISMARD: *L'adoption et la legitimation adoptive*. París, 1951, pág. 86.

ción especial se ha hecho de tal terminología, sin echar en olvido que habrá de tener en los primeros momentos los inconvenientes de la novedad. Pero otros términos, como “acogimiento”, “afiliación”, “prohijamiento”, tienen su propio significado, y su empleo para la adopción podría resultar perturbador”. La adopción plena se ha instituido para los niños abandonados o expósitos. En esta adopción el adoptado queda respecto al adoptante en una situación muy parecida a la del hijo legítimo respecto al padre y viene a coincidir en líneas generales con la legitimación adoptiva de otros países, es decir, constituida con todas las garantías estatales por esposos y que otorga prácticamente un verdadero “status filiationis” y de familia, creando un vínculo permanente de carácter irrevocable. La adopción menos plena se configura de forma parecida a la única que conocía el Código antes de la reforma, aligerando las formalidades exigidas para practicarla, dando validez a los derechos sucesorios pactados en la escritura de adopción siempre que no perjudique la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante.

Vamos a exponer los requisitos y efectos de la adopción admitidos después de la reforma del Código.

## II. REQUISITOS PERSONALES

*Personas que pueden adoptar:* A) DOCTRINA GENERAL. 1.º Los que se hallen en pleno uso de sus derechos civiles (art. 1.º, párrafo 1.º). Lo que implica que han de tener capacidad de obrar íntegra y perfecta. Dado el texto del artículo 32 del Código civil, resultan incapaces para adoptar los menores, los imbéciles o dementes (aunque tengan intervalos lúcidos), los sordomudos, los declarados pródigos y los que sufren interdicción civil. Si cualquiera de estas causas sobreviniera al adoptante después de formalizada la adopción no creemos que ello afecte, en principio, a la subsistencia de la misma.

A diferencia de otros Códigos y fundamentalmente de sus modelos francés e italiano no enumera el nuestro entre los requisitos que han de concurrir en el adoptante el de buena fama y reputación, y el de haber proporcionado al adoptante durante un cierto período de tiempo alimentación y cuidados, pero aun cuando no sea impedimento no cabe duda de que todo ello se reflejará en el expediente e influirá en la decisión del Juez. Tampoco cabe en nuestro Derecho la dispensa de edad permitida por otros cuerpos legales extranjeros.

2.º Que el adoptante haya cumplido treinta y cinco años (art. 173, párrafo 1.º). La edad mínima para adoptar ha sido fijada en treinta y cinco años, pues, como dice el preámbulo de la ley, la experiencia ha enseñado que la de cuarenta y cinco establecida por el Código resultaba en exceso dilatada e impedía de hecho muchas adopciones.

3.º El adoptante ha de tener, por lo menos, dieciocho años más que el adoptado (art. 173, párrafo 2.º). La diferencia mínima de



edad del adoptante y del adoptado ha sido aumentada de quince a dieciocho años, siguiendo en esto la reforma a los Códigos alemán, suizo e italiano. A este respecto el Código filipino de 1949 reduce en su artículo 337 la diferencia mínima de edad a dieciséis años.

4.º El adoptante no debe tener ningún descendiente, legítimo ni legitimado o hijos naturales reconocidos (artículo 173, número 2.º). Se ha considerado como tal prole legítima para el efecto de excluir la adopción, no sólo la que haya nacido antes de ésta, sino la que está meramente concebida conforme a las reglas del artículo 29, que tiene al concebido por nacido para todos los efectos que les sean favorables. La única novedad de la reforma ha sido la inclusión de los hijos naturales reconocidos. Fuera de estos casos no se opone a la adopción, la existencia de un hijo ilegítimo ni tampoco la existencia de un anterior hijo adoptivo.

5.º Conserva el Código la prohibición de adoptar a los eclesiásticos (art. 173, número 1.º). En esta prohibición deben de estar comprendidos por analogía, como ocurre en el matrimonio, como impedimento que establece el artículo 83, no sólo los clérigos que hayan recibido órdenes mayores, sino también los profesos en una orden religiosa canónicamente aprobada, ligados por votos solemnes de castidad, más si se tiene en cuenta que los votos religiosos serían incompatibles con el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes que nacen de la adopción.

6.º Igualmente conserva la reforma la prohibición de adoptar al tutor respecto de su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas (artículo 173, número 3.º).

7.º Si el adoptante está casado necesita el consentimiento de su consorte (artículo 183, número 4.º). Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente y fuera de este caso nadie puede ser adoptado por más de una persona. Se suprime por tanto en nuestro Código, la prohibición del Derecho Romano y de las Partidas, de adoptar las mujeres, que sólo podían hacerlo "ad solacium amissorum, liberorum" por "indulgencia principis". También ha suprimido la incapacidad que establecía el Derecho Romano y las Partidas a los inhábiles para la generación.

Entendemos con Sánchez Román, aunque este punto es discutido, que pueden adoptar los extranjeros, ya que según el artículo 27 del Código Civil, gozan de los mismos derechos que los españoles.

B) *Especialidades de la adopción plena*.—1.º Los cónyuges que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio (artículo 178, párrafo 1.º). Este requisito obedece al deseo de reservar la adopción para los matrimonios sin hijos.

2.º Las personas en estado de viudedad (artículo 178, párrafo 1.º). Parece justo admitir la posibilidad de esta adopción a los viudos, teniendo en cuenta los beneficios que se derivan para adoptante y adoptado. Este es el criterio de la ley uruguaya de legitimación adoptiva de 20 de noviembre de 1945.

*Personas que pueden ser adoptadas.*—A) DOCTRINA GENERAL. Todas las personas, tanto mayores como menores sin otro requisito que el adoptado tenga dieciocho años menos que el adoptante. Si el adoptado es menor o incapaz, ha de hacerse constar en el expediente de adopción el consentimiento de las personas que debieran darlo para su matrimonio, señaladas en el artículo 47, y si fuera casado el de su cónyuge (artículo 173 y 176, párrafo 1.º del Código Civil).

En el artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se dispone que cuando el adoptado sea mayor de siete años, el Juez le hará comparecer para explorar su voluntad. No se ha recogido esta regla en el artículo 176 reformado donde se dice que en el expediente de adopción, si se tratara de la adopción de menor o incapaz, se manifestará a la presencia judicial el consentimiento de las personas que debieran darlo para su matrimonio y si fuera casado, el de su cónyuge. Entendemos que según este artículo resultarían identificados menor e incapaz al sustituir en ambos casos su consentimiento por el de otras personas y, por tanto, sin que el Juez tuviera que escuchar al menor, cualquiera que fuese su edad. Así, en el mismo artículo 176 se dispone que “Si el adoptado estuviese sometido a la tutela de una Casa de Expósitos y otros establecimientos de beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la Administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado si tuviere suficiente juicio”. De modo semejante cuando se pida por los hijos legítimos o naturales la extinción de la adopción, se dice en el artículo 175 que el Juez ponderará los motivos alegados, oyendo al adoptado si su estado de razón lo permitiere. Sería absurdo que se diera audiencia sólo a los tutelados en las Casas de Expósitos y no a los demás adoptados, como si únicamente aquellos pudieran tener suficiente juicio. Asimismo, resultaría inexplicable que se oyese a todos los menores, cuyo estado de razón lo permita, en caso de pedirse el fin de la adopción y que, sin embargo, no se les oiga cuando se trata de reducirles a la condición de tutelados. Resulta de lo dicho concluir más de acuerdo con la finalidad de la Ley y con la naturaleza de la adopción que se ha suprimido la regla de la ley de Enjuiciamiento Civil por excesivamente rígida y que ha sido sustituida por la de que el Juez deberá siempre ponerse en contacto con el menor, bien para averiguar la suficiencia de su juicio o estado de razón o bien para explorar su voluntad respecto a la adopción.

Se discutía antes de la reforma de 1958 si podía ser adoptado un cónyuge sin el consentimiento del otro. En el supuesto de la adopción de la mujer casada, parecía que podía ser necesaria la representación o licencia del marido en virtud de lo que disponen los artículos 60 y 61 del Código Civil, y si se tratara de la adopción de un varón también parecería que debía exigirse la conformidad de la mujer por establecerlo así el artículo 164 para los adoptantes, pero en contra se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de mayo de 1951, fundándose en que dados los términos en la redacción de los artícu-

los 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 174 del Código no podía sostenerse que constituya requisito necesario para la validez de la adopción el consentimiento del adoptado, pues este último precepto solamente exigía el del cónyuge del adoptante, negando rotundamente que sea necesario el consentimiento de la esposa. Este problema ha sido resuelto de manera clara y terminante en el artículo 176 reformado al establecer que si el adoptado es casado necesitará el consentimiento de su cónyuge.

Sin embargo, continúa el Código sin resolver el problema de si pueden ser adoptados por sus padres los hijos ilegítimos, por no haber incluido en su articulado un precepto prohibitivo como el del artículo 293 del Código italiano o permisivo como el artículo 1.747 del Código alemán. La jurisprudencia francesa, ha examinado la cuestión en reiteradas resoluciones, manteniendo el criterio de que las incapacidades para la adopción deben resultar de un texto preciso y formal de la ley, y es indudable que ningún texto del Código francés declara a los hijos naturales reconocidos incapaces para ser adoptados por sus padres.

En nuestro Derecho, como era lógico, por sus trascendencia práctica, ha tenido también repercusión esta discusión doctrinal y mientras Burón y De Diego dicen que si consta la paternidad no pueden ser adoptados, Valverde considera que el Código no lo prohíbe y que el medio de la adopción puede ser conveniente para esos desgraciados excluidos de los beneficios de la legitimidad y de la legitimación. Los anotadores de Ennecerus, enfrentándose con el problema escriben que, si la paternidad natural consta, por estar ya reconocido el hijo natural o por indicarse en la escritura de adopción el vínculo existente entre el adoptante y adoptado no es lícita la adopción, pues siendo mayores los derechos del hijo reconocido que los del adoptivo perjudicaría aquélla la condición del hijo. Más si no consta en forma legal la paternidad ilegítima, no se comprende en el terreno jurídico, y prescindiendo de los matices morales del problema, por qué puede negarse la posibilidad de la adopción.

La Dirección General de Registros en Resolución de 23 de octubre de 1947, ha resuelto que, con arreglo a la legislación española, el hijo natural reconocido por la madre bajo cuya potestad se encuentra, no puede ser adoptado por ella, tanto porque la adopción, según frase corriente imita a la naturaleza y es más fuerte el lazo natural y de sangre que la simple imitación, cuanto por qué el hijo natural reconocido tiene más derechos, con arreglo al Código que el adoptivo.

En el mismo orden de cosas debió resolver la reforma negativamente la posibilidad de si un cónyuge puede adoptar a otro. Dusi, que se preocupó especialmente del problema ya estimó que dicha posibilidad se oponía a la naturaleza misma de la adopción. ¿Cómo podría un cónyuge comportarse como hijo del otro?

Igualmente a la adopción de hermanos no dedica el actual articulado del Código ningún precepto. A nuestro juicio, como sugiere

la doctrina reciente, el vínculo de fraternidad en nada se opone a la adopción y mucho menos en un ordenamiento jurídico como el español, en el que el hermano adoptado agregaría a los derechos que con respecto al otro le corresponden, como miembro de su familia natural, aquellos que la adopción estatutariamente lleva consigo.

Finalmente se ha planteado el problema de si un extranjero puede ser adoptado por un español. En el artículo 345 del Código Civil francés tal y como ha quedado redactado después del Decreto de 29 de julio de 1939, modificado por orden de 19 de octubre de 1945 claramente se establece que un francés puede adoptar a un extranjero o puede ser adoptado por un extranjero.

Nada dice el Código sobre este punto. Los autores consideran que la extranjería no es causa que produzca la incapacidad para la adopción en vista de la declaración general del artículo 27 del Código Civil. El artículo 20, en la nueva redacción que le ha dado la Ley de 15 de julio de 1954 concede la facultad de solicitar la adquisición de la nacionalidad española a los extranjeros adoptados durante su menor edad por españoles, en el caso de que hubiesen residido en España durante dos años. Por otra parte, la Resolución de 7 de abril de 1952 contempla un supuesto de adopción de una española por un matrimonio argentino, que descansa en el hecho indiscutido, de que aquélla, a pesar de ser válida y anotable la adopción en nuestro Registro Civil, no implica la pérdida de la nacionalidad de la adoptada.

A la vista de estos preceptos puede defenderse la posibilidad de la adopción de un extranjero por un español, sin embargo, Mucius Scaevola (9) concluye negando esta posibilidad.

B) *Especialidades de la adopción plena.*—Únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, llevan más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueron prohijados antes de esta edad por los adoptantes (artículo 178, párrafo 2.º). En nuestra opinión, estimamos que este precepto debe referirse también, al hablar de “prohijados”, a los acogidos de conformidad con la Ley de 1937, ya que no hay razón de ninguna índole para excluirlos.

No es muy explicable que la reforma haya excluido de la adopción plena a los huérfanos, que están en las mismas condiciones para ser adoptados que los expósitos y abandonados. El preámbulo de la Ley en este punto se limita a decir que “no se ha estimado conveniente extender la adopción plena a los huérfanos, que siempre podrán ser susceptibles de adopción menos plena”.

Se plantean dos problemas interesantísimos una vez que ha tenido lugar la reforma de 1958:

1.º ¿Los adoptados con arreglo a la antigua adopción del Código, pueden solicitar la adopción plena? Estimamos que es posible siempre que reúnan los requisitos que para la adopción plena establece

(9) MUCIUS SCAEVOLA: Ob. cit., página 671.

el Código actual, por ser mayores los beneficios que esta adopción concede a adoptantes y adoptados.

2.º ¿Los adoptados en forma menos plena pueden transformar la adopción posteriormente en plena? Siendo como es la adopción una institución en beneficio del adoptado, debería autorizarse si reúne como en el caso anterior los requisitos de la adopción plena señalados en el artículo 178 actual.

## REQUISITOS FORMALES

En la actualidad, la forma de la adopción se encuentra establecida por los artículos 176 y 177 del Código civil y los artículos 1.825 a 1.832 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Son aplicables a la adopción los textos antes citados, en cuanto sean compatibles, pero las incompatibilidades se resolverán dando preferencia al Código Civil, según entiende Royo Martínez (10).

La adopción es un acto complejo sometido a formalidades judiciales, notariales y registrales, por este orden. Las dos primeras integran el procedimiento y la última la registración.

a) Fase judicial.—Es un acto de jurisdicción voluntaria que se inicia mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia competente, que lo es el del domicilio del adoptante (artículo 62, regla 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin necesidad de valerse de Abogado ni de Procurador (arts. 4 y 10 de la misma Ley), en cuyo escrito expondrá el adoptante las razones que tenga para ella y que concurren los requisitos legales (los exigidos en el Código civil). Se acompañarán al escrito las partidas de bautismo o certificaciones de nacimiento del adoptante y adoptado y los demás documentos que sean pertinentes y se ofrecerá información sobre los extremos que no puedan justificarse con documentos, así como sobre la utilidad de la adopción para el adoptado (artículo 1.825 de la Ley Procesal).

Deberá constar necesariamente el consentimiento del adoptado, si es mayor de edad, si es menor o incapaz el de las personas que debieran darlo para su matrimonio y si fuese casado, el de su cónyuge (artículo 176, párrafo 1.º del Código Civil).

Prestado el consentimiento, el Juez admitirá la información ofrecida, con citación del Fiscal (artículo 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y, previo dictamen del mismo, el Juez, después de practicar las diligencias que estime necesarias y de subsanar o suplir los defectos u omisiones que hubiere notado, aprobará la adopción si está ajustada a la Ley y la cree conveniente al adoptado.

Entendemos aceptable la tesis de algunos autores de que la aprobación judicial no subsana los defectos procesales cometidos en el expediente, ni convalida los requisitos de fondo inobservados, aunque

(10) ROYO MARTÍNEZ: *Derecho Familia*. Sevilla, 1949, página 310.

la adopción producirá sus efectos, mientras no se decrete dicha nulidad en el procedimiento correspondiente.

También se discute si cabe recurso contra el auto denegatorio de la adopción. Castán (11) es de opinión que contra la negativa de la autorización judicial no otorgan nuestras leyes recurso alguno. Sin embargo, los artículos 1.818 y 1.819 para los actos de jurisdicción voluntaria autorizan contra referido auto, que es definitivo, el recurso de reposición y, en su caso, el de apelación.

Finalmente se discute si es revocable el consentimiento prestado ante la autoridad judicial, frente a la irrevocabilidad del manifestado ante Notario y que revela una superioridad en este caso de la función notarial sobre la judicial y es la consecuencia de que el expediente de jurisdicción voluntaria preceda al otorgamiento de la escritura. En nuestro concepto es revocable el consentimiento prestado por el adoptado, bien mediante manifestación de voluntad en este sentido, o bien mediante abstención de prestarlo en la escritura. Si el adoptado estuviese sometido a la tutela de una Casa de Expósito u otro establecimiento benéfico, el expediente se tramitará exclusivamente por la Administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado, si tuviere suficiente juicio y a sus más próximos parientes, si fueran conocidos. El expediente se elevará al Juez, quien en el plazo de ocho y previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impiden (párrafo 2.º del artículo 176).

b) *Fase notarial*.—Dice el artículo 177 reformado que aprobada definitivamente la adopción por el Juez se otorgará escritura expresando en ella las condiciones con que se haya hecho y se inscribirá en el Registro Civil correspondiente.

Tres notables conclusiones se deducen del precepto parcialmente transcrito.

1.º Que la aprobación judicial precede al otorgamiento de escritura. Lógicamente debería seguirse un orden inverso, pues la aprobación, acto el más solemne, definitivo y garantizador de la legitimidad de la adopción, debería cerrar el complejo adoptivo.

2.º Que la escritura ha de expresar las condiciones con que se haya hecho la adopción. Su estructura habrá de ser ésta: Comparecencia, manifestación de los interesados de que no concurre ningún impedimento legal, exposición de antecedentes, estipulaciones y el otorgamiento. El testimonio del auto que aprobó la adopción se protocolizará con la escritura. En ésta intervendrán las mismas personas que en el expediente judicial.

3.º Que la adopción se perfecciona mediante la escritura.

Pero no todos los autores sitúan en este momento la perfección de la adopción. Resumiremos las diferentes opiniones:

1. Unos la refieren a la prestación del consentimiento (Puig Peña, Blas Piñar).

(11) CASTÁN TOBEÑAS: Notas a Kipp y Wolfí, tomo 4.º, *Derecho de Familia*, página 168.

2. Otros se inclinan por el momento de la homologación judicial, más valorándolo de distinto modo (12):

- a) Como elemento complementario del consentimiento (Dusi).
- b) "Condictio iuris" del acto (Diana).
- c) Acto constitutivo de la adopción (Ruggiero, Cicu).

3. Una tercera tendencia alude a la inscripción registral (Mucius Scaevola).

En nuestro Derecho es la escritura, el acto constitutivo de la adopción. Con el solo expediente judicial no puede decirse que se ha perfeccionado la adopción; es preciso la escritura, que, además, determina la extensión de aquélla en cuanto al uso de apellidos del adoptante y a los derechos sucesorios del adoptado. Podemos afirmar con Piñar, que el consentimiento inicial es sólo una necesaria y concorde pretensión procesal; la aprobación judicial, un "nihil obstat", que declara que la adopción está ajustada a la ley y que es conveniente al adoptado, y la escritura pública, por último, recoge el único consentimiento de eficacia creadora. Según la terminología de De Castro (13), la escritura es título de adquisición del estado adoptivo.

No es aplicable al Derecho español, la doctrina del Código Civil italiano de 1942, de que la muerte del adoptante después de la presentación del acta de consentimiento no interrumpe el procedimiento, ya que, en nuestro Derecho, la muerte del adoptante o del adoptado o su incapacidad antes del otorgamiento de la escritura, devendrá imposible la adopción. Todo ello a consecuencia del carácter prevalente y sustantivo que hay que atribuir a la escritura.

c) *Fase registral*.—La adopción tiene acceso al Registro Civil, pues es un acto concerniente al estado civil de las personas (artículo 325 del Código Civil y artículo 1.º de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957). El artículo 177 del Código dice, que la escritura de la adopción se inscribirá en el Registro Civil correspondiente. Este precepto está en consonancia con la redacción dada al artículo 46 de la Ley del Registro Civil de 1957, que ha sustituido al artículo 60 de la Ley de 17 de junio de 1870, según el cual la inscripción se hará al margen de la de nacimiento. De esta forma la nueva Ley del Registro Civil resuelve la duda que existía relativa a si se trataba de una anotación o de una inscripción a favor de esta última.

---

(12) Tomadas estas direcciones de Rodríguez Arias "*La adopción y sus problemas jurídicos a la luz de la concepción comunitaria del Derecho*" (a propósito de una conferencia del Dr. Blas Piñar en el Colegio Notarial). R. G. L. J. Julio-agosto 1950, página 98.

(13) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO; *Derecho civil de España*. Parte General. Tomo II, vol. 1.º. Madrid, 1952, página 78.

### III. EFECTOS DE LA ADOPCION

A) *Parria potestad*.—Es uno de los efectos más típicos de la adopción. Señala el Código, en el artículo 174, que “La adopción atribuye al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad”. Este artículo 174 está en consonancia con el 154, párrafo 2.º que establece que los hijos adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre o de la madre que los reconoce o adopta y que los hijos tienen la obligación de obedecerlos mientras permanezcan en su potestad y tributarles respeto y reverencia.

Esta patria potestad, como dice Beltrán de Heredia Castaño (14), es una relación especial que no es simplemente atributiva de un poder, ni se puede configurar en su aspecto interno o estructural como un verdadero derecho subjetivo privado, según ha puesto de manifiesto Cicu, sino que es, ante todo, un deber; y en lo que tiene de poder lo es como potestad (no simplemente porque su nombre así lo indica, sino también por su alcance), es decir, es el desenvolvimiento de una actividad jurídica puesta al servicio de un interés superior; nota típica y característica por consiguiente del “*officium*” de la función.

El deber abstracto y genérico que este poder significa, se actúa y concreta en una serie de deberes que marcan los límites de aquel ejercicio y al propio tiempo los medios para poder obtener aquel fin de carácter superior típicamente familiar, consistente en la educación e instrucción de los hijos menores.

Estos deberes y derechos son los siguientes:

1.º *Convivencia*.—Única manera de cumplir los padres adoptivos su misión de guarda y custodia al menor y la dirección del mismo, así como las relaciones de educación e instrucción y correlativamente las de obediencia, reverencia y respeto.

Está establecida en el artículo 155 del Código civil al establecer entre los efectos de la patria potestad, respecto a las personas de los hijos sin distinción, el deber de tenerlos en su compañía. Es un deber que pesa sobre el padre o madre que adopta y mucho más si lo hacen conjuntamente, y dicha obligación es básica, de tal manera que, difícilmente podrían desarrollarse todas las demás funciones que los padres tienen que cumplir con respecto a sus hijos. No es un deber recíproco, porque la Ley lo impone solamente sobre el titular de la patria potestad y en consideración a éste, no al contrario, es decir, el hijo no tiene esta obligación respecto de los padres adoptantes, mientras sea menor de edad, porque no tendría sentido, y este deber queda reducido como establece el párrafo 2.º del art. 154 del Código al padre o madre que adopta.

2.º *Corrección y castigo*.—Está también establecido para todos los hijos no emancipados sin distinción en el párrafo 2.º del art. 155, con la limitación de que se haga moderadamente para poder llevar a cabo

(14) BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO: *Aspecto civil y penal del abandono de familia*. Revista Derecho privado, 1955, página 6.



la misión educadora, ya que si se hace con excesiva dureza, se comete en realidad un abuso de este poder, sancionado en el artículo 177 con la privación o suspensión de la patria potestad.

De igual modo el párrafo último del art. 156 apunta a los padres adoptantes para impetrar el auxilio de la autoridad gubernativa, que deberá serle prestado en apoyo de su propia autoridad sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en instituciones legalmente autorizadas, respaldando y apoyando de esta manera su propia autoridad.

De igual manera, el que adopta tiene el derecho a reclamar la intervención del Juez Municipal, para imponer a sus hijos, hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o madre con el visto bueno del Juez, para que la detención se realice.

Complemento de esta disposición, es la Real Orden de 12 de marzo de 1891, según la cual esta corrección la cumplirán los hijos en el caso de no haber ningún establecimiento especial al efecto, en alguno de beneficencia, dedicado a tal fin, aunque, entendemos, que esta disposición ha sido derogada por la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948, a los cuales podrán acudir los padres adoptantes que deseen corregir a sus hijos indisciplinados, menores de dieciséis años, cuyos Tribunales organizados en toda España, tienen establecimientos de observación y de corrección legalmente autorizados, prohibiéndose terminantemente su reclusión a menores de dieciséis años en prisiones o departamentos policíacos comunes de detención.

3.º *Representación.*—El número 1.º del artículo 155 concede al padre o, en su defecto, a la madre adoptante, la facultad de representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho. Su razón de ser está en el hecho de que mientras el hijo no esté en condiciones por edad de ejercitar sus propios derechos, es totalmente necesario que alguien los ejercite en su nombre. Y este alguien no puede ser otro que el padre o, en su defecto, la madre adoptante, ya que la patria potestad natural se ha extinguido o suspendido por lo menos por la adopción a tenor de lo que dispone el art. 167 del Código civil. Según esto corresponderá a los padres adoptantes, ejercitar en nombre del hijo, todos los derechos privados personales del hijo, es decir, los referentes a la personalidad del hijo: A la libertad personal, a la integración física y moral, al honor de hijo y las correspondientes acciones judiciales. En la adopción menos plena los padres adoptantes, a tenor del art. 166 reformado, no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos adoptivos, y tampoco tienen la *administración* si no aseguran con fianza sus resultados a satisfacción del Juez del domicilio del menor o de las personas que deban concurrir a la adopción. En consecuencia, entendemos que los derechos privados patrimoniales del hijo adoptivo, que impliquen facultad de administración, no podrán ejercitarlos los padres adoptantes, si no aseguran con-

fianza sus resultados a satisfacción del Juez o de las personas que deban concurrir a la adopción.

Con estas garantías se busca indudablemente evitar que pueda ser el lucro o un interés perjudicial para el menor el móvil de la adopción.

Cuando las personas designadas en el art. 176 presten su conformidad, no será necesaria la intervención del Juez. La administración se sujetará a los derechos y obligaciones que se establecen en el artículo 163 del Código civil. En el caso de que no se den estas garantías ¿a quién corresponderá la administración? No podrá ejercitarla el padre legítimo, porque la adopción es uno de los medios de terminar la patria potestad (art. 167), ni tampoco el tutor, puesto que aquí existe la patria potestad del adoptante, y sólo a falta de éste puede abrirse la tutela (art. 199). No existe otro medio que nombrar un administrador en la forma que cabe tratándose de los bienes de un menor, y con las obligaciones generales de los administradores o aplicar el art. 494 del Código que dispone que "no prestando el usufructuario la fianza en los casos que deba darla, podrá el propietario exigir que los inmuebles se pongan en administración; que los muebles se vendan; que los efectos públicos y títulos de crédito nominativo, o al portador, se conviertan en inscripciones, o se depositen en un banco, o establecimiento público y que los capitales o sumas en metálico, y el precio obtenido de la venta de los bienes muebles se inviertan en valores seguros".

En Francia, según el artículo 351, modificado por el Decreto de 29 de julio de 1939, el adoptante administrará los bienes del adoptado en las mismas condiciones que el padre legítimo administra los de sus hijos.

En Italia, el Código civil de 1942, en su art. 301, párrafo 4.º, concede también al padre adoptante, la administración de los bienes del adoptado, durante su menor edad, y aunque no le concede el usufructo legal, puede emplear las rentas para los gastos de mantenimiento, educación e instrucción del menor, con la obligación de invertir el excedente de un modo productivo.

En Alemania, el hijo adoptivo adquiere la situación jurídica de hijo legítimo del adoptante (art. 1.757 del Código civil) y el adoptante deberá formar a sus expensas un inventario del patrimonio del adoptado, cuando por virtud de la patria potestad, esté sometido a su administración dicho patrimonio, cuyo inventario, deberá presentar al Tribunal de Tutelas.

•4.º *Licencia para el matrimonio del adoptado.*—Consecuencia de la patria potestad que adquiere el adoptante sobre el adoptado y de la obligación de respeto y obediencia que impone a los hijos adoptivos el art. 154 del Código civil, es la facultad que nuestro Código en su artículo 47, párrafo 2.º reformado, concede al adoptante para dar la licencia para el matrimonio del adoptado, con las sanciones que impone el art. 50, si el menor se casase sin haber obtenido dicha licencia. En su defecto, si la adopción es plena se pedirá al Consejo de Fami-

lia, y si es menos plena, antes que a éste a las personas de la familia natural a quien corresponda.

5.º *Alimentos*.—El deber recíproco de adoptante y adoptado de suministrarse alimentos, es otro de los efectos típicos de la adopción en nuestro Código civil. “Adoptante y adoptado —dice el párrafo 2.º del art. 174— se deben recíprocamente alimentos”. El fundamento de esta deuda alimenticia familiar se encuentra en la idea de la necesidad de un vínculo de solidaridad de personas y comunidad de intereses que unen necesariamente a todos los miembros de una familia. No constituye, como dice Cicu (15) un verdadero derecho subjetivo privado, sino más bien un derecho subjetivo típicamente familiar, es decir, es una simple acción para obtener la observancia de aquel deber que tiene su fundamento, como dice Beltrán de Heredia de Onís (16), en el derecho a la vida configurado como un “derecho de la personalidad”. Su existencia y efectividad están, por consiguiente, protegidas por la ley, con independencia e incluso contra la voluntad del propio favorecido, como obligación típicamente familiar está vinculada a la obtención de un fin superior, por encima del simple interés individual. De éste se deduce que los sujetos titulares de este derecho de alimentos carecen por ley de la facultad de disposición de aquel derecho, que ni es patrimonial, ni de crédito, y está formando parte como un bien de su patrimonio. Esto supone, como dice Beltrán de Heredia Castaño (17), que no es renunciable, ni transmisible, ni susceptible de transacción, ni de compromiso, ni objeto de compensación, ni es prescriptible como establece el artículo 151 del Código civil.

La extensión de esta deuda alimenticia está determinada en el título VI, del libro I del Código civil, puesto que el artículo 153 establece que las disposiciones contenidas en dicho título son aplicables a los demás casos que por este Código, por testamento, o por pacto se tenga derecho de alimentos, salvo lo pactado y ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley, para el caso especial de que se trate. Por lo tanto, los alimentos que recíprocamente se deben el adoptante y el adoptado, son los llamados civiles, determinados en el artículo 142, es decir, no solamente deben referirse a lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica en armonía con la posición social del adoptante y el adoptado, sino que tratándose de este último si fuese menor, la palabra alimentos comprende también la educación y alimentación del alimentista.

Ahora bien, la obligación sancionada en el artículo 174, afecta exclusivamente a las personas del adoptante y del adoptado. Así no puede entenderse obligado el adoptado respecto a los ascendientes del propio

(15) CICU: *Derecho de Familia*, traducción al castellano. Buenos Aires, 1947, página 136.

(16) BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS: *La obligación legal de alimentos entre parientes*. Acta Salmanticense, Universidad de Salamanca, 1958, página 33.

(17) BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO: *Ob. cit.*, páginas 19 y 20.

adoptante, ni el adoptante en relación con los descendientes, aunque sean legítimos del propio adoptado.

La reforma de 1958 resuelve expresamente el concurso del adoptado con los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos del adoptante, dando preferencia al derecho de estos últimos, como basados en los vínculos de la naturaleza. No implica en principio esta salvedad del artículo 174 exclusión del hijo adoptivo, sino mera preferencia de los parientes de sangre, cuando el adoptante carezca de medios de fortuna para atender a la vez a su obligación con aquel y con éstos. Se ha suprimido el derecho preferente de alimentos que a los ascendientes del adoptante, como a los hijos concedía el artículo 176.

Finalmente, en el caso de concurrencia del adoptante con hijos legítimos o naturales reconocidos del adoptado, les corresponderá a éstos preferencia sobre aquél, ya que el deber de alimentos es recíproco.

En Francia el adoptado debe alimentos al adoptante si está necesitado y recíprocamente el adoptante debe alimentos al adoptado. Fuera del caso en que el adoptado deje de pertenecer a la familia natural, la obligación de suministrar alimentos, continúa existiendo entre el adoptado y sus padres. Sin embargo, los padres del adoptado no están obligados a suministrarle alimentos más que cuando no pueden obtenerlos del adoptante (artículo 355, según el Decreto de 29 de julio de 1939).

Según el Código alemán, viene obligado, el adoptante, antes que los padres legítimos del adoptado, a proveer a la alimentación de este último y a la de sus descendientes, a los cuales se extienden los efectos de la adopción (artículo 1.766).

El Código italiano de 16 de marzo de 1942 prescribe que el adoptante debe alimentos al hijo adoptivo, con preferencia a los progenitores, legítimos o naturales, de él. El hijo adoptivo debe los alimentos al adoptante en concurrencia con los hijos legítimos (artículo 436).

6.º *Apellidos.*—El adoptado puede usar los apellidos del adoptante, bien como únicos apellidos, si la adopción es plena, bien con su apellido familiar, si la adopción es menos plena, según lo dispuesto en los artículos 178 y 180 reformados. En la adopción plena es preceptivo para el adoptado usar el apellido del adoptante, ya que el artículo 178 dice que “aunque conste su filiación, *ostentará* como único apellido los de su adoptante o adoptantes”. En la adopción menos plena es facultativo el usar el apellido del adoptante, al decir el artículo 180 que “podrá usar” con el apellido de la familia el del adoptante.

B) *Impedimento para el matrimonio.*—En el derecho antiguo, la adopción perfecta, o sea, aquella por la cual pasa el adoptado a la potestad y familia del adoptante, producía impedimento: 1.º Dirimente entre el adoptante y el adoptado y los descendientes de éste, puestos bajo su potestad al tiempo de la adopción, el cual impedimento era

perpetuo; 2.º entre el adoptado y los hijos del adoptante mientras los hijos de éste están bajo la patria potestad; 3.º entre el adoptante y la mujer del adoptado y entre el adoptado y la mujer del adoptante.

En España la adopción es impedimento dirimente. El número 5.º del artículo 84 establece que no pueden contraer matrimonio el padre o madre adoptante y el adoptado, éste y el cónyuge viudo de aquéllos y aquéllas y el cónyuge viudo de éste. También está prohibido el matrimonio por el número 6.º del mismo artículo, entre los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado mientras subsista la adopción.

Tal es la ley canónica vigente en España respecto a la adopción, pues el derecho canónico acepta como ley propia la legislación civil en esta materia (cánones 1.059 y 1.080).

C) *Parentesco*.—Conviene distinguir la relación parental del adoptado con su familia natural y la que tiene con el adoptante.

a) En relación con la familia natural.—Como regla general establece el Código que el hijo adoptivo, a pesar de la adopción, conservará los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza (art. 174, párrafo 5.º). Entendemos que los efectos de los impedimentos de consanguinidad y afinidad para la celebración del matrimonio subsisten, y únicamente quiebran los efectos propios de la patria potestad, puesto que se transmiten al adoptante. Por lo que respecta al deber de alimentos éste se transforma en subsidiario, o sea, que el verdadero padre no tiene obligación de suministrar alimentos al hijo que ha salido del hogar, cuando el padre adoptante puede dárselos (art. 179). En el caso que concurren a reclamar alimentos, el padre adoptante y el padre natural, por encontrarse ambos en la indigencia, el hijo si tiene medios suficientes para subvenir a las necesidades de ambos deberá hacerlo, pero si no, siguiendo el sistema de reciprocidad del Código civil, deberá atender primero al padre adoptante antes que al padre natural.

En la adopción plena, según Espín (18), el parentesco que siempre crea la adopción, es más intenso que en la adopción menos plena y esa mayor intensidad buscada por el legislador debe reflejarse lógicamente en una mayor relajación de los vínculos del parentesco de sangre. El legislador al regular la adopción plena ha procurado evitar interferencias de la familia natural en la familia adoptiva, inclinándose por la adscripción del adoptado a esta última. El artículo 179 en su párrafo 2.º establece que “el adoptante está exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes colaterales por naturaleza, pero conservará los derechos sucesorios y también los alimentos cuando nos los pueda obtener del adoptante en la medida necesaria”: “los parientes por naturaleza no conservarán ningún derecho, salvo los que asistan a los padres por razón de la deuda alimenticia cuando se

(18) ESPÍN CÁNOVAS, *Una Nueva Familia Civil: La adoptiva*. Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, mayo 1962, Publicación Escuela Social y Junta Provincial de Beneficencia; pág. 8.

dieren las circunstancias expresadas en el artículo 175 para extinguir la adopción” (párrafo 3.º). La Lev. como dice Espín (19), quiere evitar esas interferencias de la familia de origen, como lo prueba el que se niegue al reconocimiento de la filiación natural del adoptado o su legitimación, repercusión en la adopción (art. 175 i. f.).

En la adopción menos plena la ruptura con la familia natural es menos rígida. “En defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza” (art. 180, párrafo 1.º). Y llama a los parientes naturales, antes que al Consejo de Familia, para dar su licencia, en defecto del adoptante, al matrimonio del adoptado (art. 47, párrafo 2.º).

b) En relación con el adoptante.—Por la adopción surge un parentesco legal entre adoptante y adoptado muy parecido al de afinidad. Con relación al adoptante tenemos una “paternitatis legalis”. El hijo adoptivo deviene hijo propiamente dicho de su padre, con todos los deberes y todos los derechos que se deriven de esta condición. Esta “paternitatis legalis” estimamos, aunque nada diga el Código, se debe extender lógicamente al otro cónyuge, en el caso de la adopción conjunta, e incluso en la adopción sucesiva.

Con relación a los ascendientes del padre adoptante, el Código en el art. 174 establece que no produce parentesco la adopción con respecto a la familia del adoptante, es decir, que surge en principio un vínculo parental que no comprende por parte del adoptante a su familia. No conoce nuestro Derecho la posibilidad, expresamente admitida en la legitimación adoptiva francesa, de que los ascendientes del adoptante se adhieran a la adopción, dando lugar así a vínculos parentales más amplios que muestran su eficacia tanto en orden a alimentos como a derechos sucesorios (20).

Nada dice el párrafo 7.º, art. 174, sobre si se establece relación parental entre el adoptado y los hijos legítimos o naturales nacidos de un posterior matrimonio del adoptante; en este supuesto el adoptado debería reconocer a los hijos verdaderos de su padre adoptante aunque nada más fuera por razones de convivencia, pues si bien no están afectados por la obligación de alimentos, en cambio lo están por los impedimentos del matrimonio, mientras subsiste la adopción, como dice el párrafo 6.º del art. 84. Este impedimento para el matrimonio civil, lo será también —como dijimos en otro lugar— para el canónico, ya que el Corpus Iuris Canonici respeta, en ese punto, el tratamiento jurídico que al parentesco legal den las legislaciones civiles. En algunas legislaciones, como en la alemana, ha desaparecido este impedimento, y, por tanto, el hijo adoptivo puede perfectamente casarse con la hija legítima o natural de su padre adoptante.

Por lo que se refiere a las relaciones entre el adoptado y el cónyuge del adoptante, únicamente se prohíbe el matrimonio al adoptado

(19) ESPÍN CÁNOVAS, ob. cit., pág. 7.

(20) ESPÍN CÁNOVAS, ob. cit., pág. 10.

con el cónyuge viudo del adoptante y éste con el cónyuge viudo de aquél.

En el derecho alemán la adopción afecta a los descendientes del adoptado, que adquieren también la situación de descendientes legítimos del adoptante, de la misma manera y con los mismos criterios que rigen para el propio adoptado (art. 1.762). La nueva reforma española parece que ha recogido este criterio del Código civil alemán, al decir, en el art. 174, párrafo 7.º, “La adopción produce parentesco entre el adoptante, de una parte, y el *adoptado* y sus descendientes legítimos, de otra”.

D) *Derechos sucesorios*.—El Código civil francés, en su art. 350; el italiano de 1942, en su art. 567; el alemán, en su art. 1.757; el suizo, en su art. 268; en forma bien expresa, conceden al adoptado respecto a la sucesión del adoptante, los mismos derechos que al hijo legítimo.

En nuestro Derecho histórico, hay que distinguir dos etapas respecto a este punto:

Una anterior al proyecto de 1851, en la que siguiendo la orientación justinianea, se conceden derechos sucesorios a los hijos adoptivos, con mayor o menor amplitud, como en el Fuero Real, que reconoció a los hijos adoptivos derecho a una cuarta parte en la herencia del adoptante, tanto si otorgó testamento, como en el evento de morir intestado (Ley 5.ª, Título 22, Libro 4.º). En las Partidas, se hizo idéntica la condición de los derechos sucesorios de los hijos adoptivos a la de los legítimos (Ley 8.ª y 9.ª, Título 16, de la Partida IV). En el Proyecto del Código civil de 1836, se concedía a los hijos adoptivos, el derecho de heredar abintestato, a sus padres adoptantes, después de los ascendientes, descendientes y hermanos (art. 1.211). En el proyecto de 1844, se concedía también derechos sucesorios, a los hijos adoptivos (art. 223).

A partir del Proyecto de 1851, la adopción toma en nuestro Derecho un significado completamente distinto, el art. 141 estableció que “el adoptante y el adoptado, no adquieren derecho alguno a heredarse, sin testamento”.

El Código civil en su primitiva redacción reguló los derechos sucesorios del hijo adoptivo en el art. 177 estableciendo que el adoptado no adquiriría derecho alguno a heredar al adoptante, fuera de testamento, a menos que en la escritura de adopción, se haya éste obligado a instituir heredero. Este precepto suscitó y planteó una serie de situaciones jurídicas complicadas que no encontraban una solución concreta en el articulado del Código (21).

La Ley de 24 de abril de 1958 regula los derechos sucesorios del hijo adoptivo en los artículos 174, 179 y 180. El artículo 174, párra-

---

(21) Véase MANUEL DE LA CÁMARA, *Los Derechos Hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil*. R. D. P. 1951, pág. 89.—ROBLES FONSECA, *¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo?* R. C. D. I. Madrid 1942, página 464.—BLAS PIÑAR, *La adopción y sus problemas jurídicos*. Anales de la Academia matritense del notariado, tomo VIII, Madrid 1954, págs. 143 a 188.

fo 3.º, dice que “los derechos del adoptado en la herencia del adoptante y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efectos aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriera en indignidad para suceder o causa de deheredación, o se declare extinguida la adopción”; y el párrafo 4.º que “El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la Ley a favor de otras personas”. No nos detenemos a examinar este precepto por no ser el propósito de este trabajo (22) y únicamente diremos que con la redacción dada al art. 174 se han resuelto muy acertadamente las dudas y complicaciones del artículo 177 anterior, al dejar a salvo los derechos del adoptado en el caso de que muera intestado el adoptante.

En la adopción plena, el artículo 179 le reconoce al adoptado derechos de heredero forzoso sin perjuicio de los que puedan corresponderle por la escritura de adopción. Parece que los reformadores del Código no se han atrevido a equiparar al adoptado plenamente a los hijos legítimos a efectos sucesorios, y exponen sus motivos en el preámbulo de la Ley diciendo que “tal solución hubiera hecho más intenso el vínculo adoptivo que el de la filiación natural”. No nos parece muy acertada esta postura de equiparar al adoptado plenamente a los hijos naturales reconocidos, pues no vemos dificultad alguna en que se hubiera equiparado a los hijos legítimos como ocurre en la legitimación adoptiva francesa. Como dice Castro Lucini (23), “ningún peligro habría en conceder a los adoptados idénticos derechos que a los primeros (hijos legítimos), y si alguno hubiese podría evitarse fácilmente sin más que declarar preferentes los derechos de los hijos legítimos caso de concurrencia”.

En la adopción menos plena el art. 180, párrafo 4.º, dispone que “el adoptado, como tal, sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, sin perjuicio de la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante.

Entendemos con Espín (24) que resulta extraño que ningún precepto se dedique a los derechos sucesorios de la familia de origen en la adopción menos plena. Este silencio, unido a expresa privación en la adopción plena, y a la asistencia de derechos sucesorios en la adopción única anterior a la reforma (si bien no enunciada de modo expreso), permiten afirmar la existencia de derechos hereditarios en favor de la familia de origen: congruentemente debemos negar tales derechos al adoptante, no porque exista precepto que así lo disponga, sino por una coherente interpretación de la institución.

F) *Nacionalidad*.—Con anterioridad a la reforma la mayoría de la doctrina se inclinó por negar a la adopción toda influencia sobre la

(22) Puede consultarse CASTRO LUCINI, *Los Derechos Sucesorios del hijo adoptivo*, Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre 1962, págs. 625 y sigs.

(23) CASTRO LUCINI, ob. cit., pág. 649.

(24) ESPÍN CÁNOVAS, ob. cit., pág. 9.



nacionalidad. Se consideraba que la adopción no afectaba y en ningún caso cambiaba el estado civil del adoptado, el cual conservaba los derechos que le correspondiesen en su familia natural, a excepción de los relativos a la patria potestad. Publicada la Ley de 15 de julio de 1954 desaparece prácticamente la cuestión. El Código, como ya dijimos en otro lugar, concede la facultad de solicitar la adquisición de la nacionalidad española a los extranjeros adoptados durante su minoría de edad por españoles, en el caso de que hubiesen residido en España durante dos años (art. 20). Es, por tanto, evidente que la adopción, los hizo españoles. De igual modo habrá de entenderse que la adopción de un español por un extranjero no hace que aquél pierda la nacionalidad española. Por otra parte, la Ley sobre nacionalidad no enumera la adopción entre los supuestos de pérdida de nacionalidad.

La reforma de 1958 posiblemente suscitará la duda de que la adopción plena pueda ser causa de cambio de nacionalidad para el adoptado teniendo en cuenta que esta adopción aparta al adoptado de su familia natural y lo equipara a un hijo natural reconocido del adoptante. No obstante basándonos en el citado art. 20 de la Ley de 15 de julio de 1954 seguimos entendiendo que no se cambia de nacionalidad para el adoptado.

F) *Estado civil*.—Era dudoso antes de la reforma si la adopción originaba un cambio en el estado civil, inclinándose la doctrina por una postura negativa, basándose en que el adoptado conserva siempre todos los derechos que le corresponden en su familia natural a excepción de los derivados de la patria potestad y en que ni adoptante ni adoptado adquirirían la condición de herederos forzosos.

Después de la Ley de 24 de abril de 1958, al distinguirse dos clases de adopción habrá que examinar separadamente la adopción plena y la menos plena.

La adopción plena, parece indiscutible que origina un cambio de estado, tanto respecto al adoptado como al adoptante: El adoptado y el adoptante adquieren, respectivamente, la condición de herederos forzosos, al concedérseles en las respectivas herencias los mismos derechos que la ley otorga al hijo natural reconocido y al padre natural.

En la adopción menos plena, subsisten las dudas que originaba ya el antiguo texto del Código. En la Exposición de Motivos se dice que este tipo de adopción "se configura en términos muy semejantes a los que el Código civil ha venido dedicando a la única clase de adopción por él admitida". Puede sostenerse, pues, que este tipo de adopción, como antes se dijera de la adopción en general, no alcanza la significación de un verdadero estado civil. Parece decisivo, ahora como antes, para estimar que la adopción menos plena no produce un cambio de estado civil, aunque afecte a la situación familiar, el que el adoptante y adoptado no tengan entre ellos la condición de herederos forzosos y que, en cambio, la conserven entre sí el adoptado y sus padres naturales.

## IV. EXTINCION DE LA ADOPCION

Tiene lugar por diversas causas, que podemos agrupar de la manera siguiente: A) Causas naturales.—B) Nulidad.—C) Anulabilidad. D) Impugnación.

A) *Causas naturales*.—Son la muerte del adoptante o del adoptado. En el primer caso recuperan la patria potestad los padres, si vivieren (párrafo 2.º, art. 180). En el segundo caso los hijos del adoptado continúan vinculados con la adopción, en cuanto a los derechos y obligaciones transmisibles.

B) *Nulidad*.—Ninguna regla especial dedicaba nuestro Código en su redacción anterior a la nulidad, y por ello se aplicaban las prescripciones generales sobre negocios jurídicos. La jurisprudencia descartó algunos motivos de nulidad. La sentencia de 30 de mayo de 1951 entendió así que la demostración de que la verdadera causa de la adopción radicó en el propósito del adoptante de conseguir en favor del adoptado una bonificación en el pago del impuesto de Derechos reales, no basta para determinar la nulidad de la adopción.

Después de la reforma al art. 176, párrafo 3.º, declara nula la adopción en la que no se cumplan los requisitos exigidos en el mismo precepto. Según este precepto será nula la adopción cuando se haya faltado a los requisitos formales y personales que la ley establece para la adopción, en el art. 176.

C) *Anulación*.—Tiene lugar cuando concurre alguno de los vicios que invalidan el consentimiento: error, violencia, intimidación y dolo, tanto en el expediente judicial como en la escritura de adopción, pues la complejidad de ésta da lugar a que la anulación de uno de los actos integrantes anule todo acto adoptivo.

Sólo puede invocar la anulación, las personas cuyo consentimiento haya sido viciado o cuya autorización falta. Esta afirmación de Colin et Capitant es aplicable a nuestro Derecho, en vista de lo que dispone el artículo 1.302 del Código civil.

También son de tener en cuenta los artículos 1.310 y siguientes, sobre confirmación de los contratos anulables.

D) *Impugnación*.—Por lo que respecta a la revocabilidad de la adopción, se han mantenido opiniones contrapuestas por la legislación y la doctrina. Un grupo de Códigos (como el alemán en el artículo 1.768; suizo, 269; italiano de 1942, artículos 305 a 108) y una amplia corriente científica sustenta el criterio de que dicha revocación es posible por cualquiera de las partes, cuando concurren causas justificadas o motivos muy graves.

En la doctrina germánica se dice, en efecto, que la adopción puede ser suprimida por contrato, si bien confirmado judicialmente. Esto es muy oportuno, dice Kipp y Wolff (25), pues no son raras las adopciones de la gente que se arrepiente con razón. Esta supresión de la

(25) KIPP y WOLFF, Derecho de Sucesiones, tomo VI, Barcelona 1951, página 245.

relación adoptiva, tiene lugar entre el adoptante y el adoptado y los descendientes a los cuales se extiendan los efectos de la adopción, a no ser que el hijo haya fallecido, en cuyo caso, los demás interesados pueden suprimir también por contrato, la relación jurídica entre ellos establecida. El contrato de supresión, está sujeto a igual forma que el contrato de adopción, y también a iguales características, sobre todo la exclusión de la condición y el término, la necesidad de la intervención judicial, etc.

Otros Códigos y una corriente doctrinal autorizada, en la que milita Ruggiero, afirma, que siendo la adopción un vínculo familiar, debe ser indestructible, (*nec, enim moribus nostris convenit, filium temporalem habere*), de tal forma que si aquélla, no obstante las cautelas o precauciones del legislador, fracasa en el resultado, la solución no debe buscarse en la revocabilidad de la misma, sino en las sanciones generales, decretadas para los supuestos del abuso, en el ejercicio de la patria potestad.

La reforma de 1958 se ha inclinado categóricamente por la irrevocabilidad. El artículo 175 establece que "La adopción es irrevocable". La Exposición de Motivos, nos dice que "La adopción ha de gozar de la mayor estabilidad pues afectando profundamente al estado y condición de las personas, sería perturbador dejar su subsistencia sujeta a la voluntad, conculca o unilateral de los interesados. Atendiendo a tan fundadas razones, se la declara irrevocable".

Sin embargo—añade el mismo preámbulo—, se establece la posibilidad de impugnación por motivos especiales dejados a la apreciación judicial, ya a petición del Ministerio Fiscal, durante la menor edad o incapacidad del adoptado, ya a petición del adoptado, dentro de los cuatro años siguientes a la mayoría de edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad." Siempre que se funde en alguna de las causas que den lugar a la desheredación de los ascendientes (artículo 175 número 2.º). Las justas causas para desheredar, las señaladas en los artículos 854 y 756 del Código Civil.

También puede la adopción ser impugnada por los padres del adoptado pues según el número 1 del artículo 175 reformado, pueden pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción del menor o incapaz. "El padre o madre legítimos o naturales durante la minoría o incapacidad del adoptado si el hijo hubiere sido abandonado o expósito y ellos acreditaran suficientemente su falta total de culpabilidad en el abandono y su buena conducta a partir de éste. Y el Ministerio Fiscal cuando lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado." No determina el Código cuáles son las causas concretas en que haya de basarse la impugnación, y hay que reconocer en el juzgador facultades amplias para apreciarlas de un modo discrecional. Lógicamente al estar fundada la concesión de la adopción en la estimación de su conveniencia para el adoptado, se ha de admitir la procedencia de la impugnación, cuando se alegue y pruebe la inconveniencia para éste del vínculo jurídico.

En el caso de que por la impugnación se declare extinguida la adopción, el Código dispone en el artículo 175, número 2.º que “quedará sin otros efectos que los ya consumados”.

## V. INSTITUCIONES ANALOGAS A LA ADOPCION

A) *Adopción especial por la Ley de 1941 de los acogidos en establecimientos benéficos.*—La Ley de 17 de octubre de 1941, ha sido derogada expresamente en el artículo 5.º del Decreto de 24 de abril de 1958, excepto lo establecido en el artículo 7.º Como precedente de la Ley derogada, ha incorporado el Código un precepto (art. 176, párrafo 2.º), que dice: “Si el adoptado estuviere sometido a la tutela de una Casa de Expósitos u otro Establecimiento de Beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la Administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado, si tuviera suficiente juicio, y a sus más próximos parientes, si fueren conocidos. El expediente se elevará al Juez, quien en el plazo de ocho días y previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impidan”.

B) *Prohijamiento de expósitos.*—El Código, dentro del precepto generalísimo de las condiciones para ser adoptado, comprende también a los expósitos; pero como se trata de personas recogidas en establecimientos de beneficencia pública, que han de atenerse para su desenvolvimiento y marcha interna tanto a su especial legislación como su Reglamento, de aquí que, al menos, por lo que respecta a las formalidades que pudiéramos llamar de administración o garantía, existan desde antiguo disposiciones que vienen rigiendo esta materia.

Suelen citarse como disposición de origen o primera regulación del prohijamiento de expósitos, la Real Cédula, de 11 de diciembre de 1796 (Novísima recopilación 7, 37 y 5) si bien ya alude a él, la Real Orden de 2 de junio de 1788, al interesar a los rectores o administradores de las casas de niños de expósitos, a que pongan el mayor cuidado en conocer a las personas que prohijan a los huérfanos, cuidando que se les dé la debida educación y enseñanza, que no los entreguen si no es con las debidas seguridades y que sean personas que los mantengan o enseñen oficios convenientes.

El prohijamiento de expósitos, ha sido regulado posteriormente, en la Ley de Beneficencia de 1822, en la de 8 de septiembre de 1836, en la de Gracias al Sacar, de 14 de abril de 1838, en la de 20 de junio de 1849 y en la de 14 de mayo de 1852. Este prohijamiento no produce más efectos que el que las leyes determinan y que el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala 1.ª de 25 de octubre de 1889, entendió y declaró que dicho instituto se gobierna por disposiciones exclusivamente administrativas.

La interesante sentencia de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 1934, diferencia la adopción del prohijamiento, en

que la primera está caracterizada por la forma civil y solemne del acto, por su permanencia y efectos garantizados por las leyes civiles, y el segundo se caracteriza por su forma administrativa y no solemne, pero sí constatada oficialmente y por la garantía indirecta que a la relación jurídica presta la intervención de un organismo público como la comisión provincial y hoy la Junta de Protección de Menores encargadas de velar en todo momento, porque no se cause perjuicio alguno al prohijado.

Este prohijamiento, sin embargo, vemos por citada sentencia que produce efectos en el orden laboral, como lo ha producido en las leyes de reclutamiento y reemplazo del Ejército, concediendo prórroga de incorporación a filas, por tener más hermanos o padre sexagenario, al hijo prohijado que lo fuese con diez años de antelación a su alistamiento, a pesar de que en nuestra opinión el prohijamiento no determina ninguna clase de parentesco, como la adopción civil.

Estimamos que la reforma de 1958, al rehuir en el preámbulo de la Ley, el término "prohijamiento", no ha derogado los preceptos anteriormente indicados, y por consiguiente creemos que sigue vigente el régimen establecido por las leyes administrativas citadas, principalmente los artículos 55 al 68 del Reglamento de Beneficencia de 6 de febrero de 1822, y los artículos 22 y 24 del Reglamento de 14 de mayo de 1852, cuando los prohijamientos no quieran constituir verdadera adopción, conforme al Código Civil.

Lo anómalo de estos prohijamientos es como dice Unzue (26), que realizados con preterición de los preceptos del Código civil y a veces por incapaces, se pretende que produzcan las mismas consecuencias jurídicas que la adopción normal y en ocasiones lo han conseguido.

C) *Acogimiento familiar*.—El acogimiento familiar es aquella institución circunstancial en virtud de la cual determinado menor, huérfano de padre y madre, con que reúna las circunstancias legales determinadas, pasa a ser sustentado física y moralmente por una persona, sin aparecer relaciones permanentes ni crear parentescos civiles, por tiempo determinado o indefinido, según la voluntad del acogedor. Es una institución concebida en interés del acogido, en la que los particulares sustituyen al Estado, en su labor de guarda a la infancia abandonada. En España está regulada por Orden de 1.º de abril de 1937.

Son caracteres de este acogimiento: 1.º *El aspecto público*.—El artículo 9.º de la Ley afirma que "la colocación familiar es una forma de ejercer el Estado la tutela de los niños abandonados". Este aspecto queda, además, funcionalmente patente, por la constante vigilancia que el Estado realiza a través de las Juntas Locales de Beneficencia, tal como se reglamentan en el artículo 10, así como también por la forma de constitución. Tiene también como señala Puig Peña (27)

(26) UNZUE, *Sobre el Prohijamiento de los Expósitos*, Revista de Derecho Privado, año 1921, págs. 21 y sigs.

(27) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, tomo 2.º, pág. 141.

un profundo matiz privado. Como en todas las relaciones familiares, coexisten los dos aspectos, pero en el acogimiento, tiene la mayor intervención el Estado, porque nunca podrá suponer en estas relaciones legales la intensidad de afectos que aparecen en los vínculos naturales de sangre. 2.º *Flexibilidad*, en el sentido de no gravar al acogedor, facultándosele por ello, el rompimiento del vínculo a su voluntad. El acogimiento, no tiene como la adopción, la misión de colocar a una persona en el lugar del hijo, sino la de cuidar, acoger y asistir un menor, la de tutelarle simplemente, sin crear vínculo alguno familiar, sin constituir, modificar o extinguir, parentesco alguno. El artículo 1.º muestra claramente este criterio de flexibilidad, permitiendo acoger, ya con carácter permanente, ya para determinado tiempo, según se estipule. 3.º *Estar carente de formalidades y requisitos*, lo que facilita su constitución y produce una mayor cantidad de acogimientos. 4.º Finalmente, *no modifica el estado familiar del acogido*, de tal modo, que la aparición de los padres o tutor legítimo, rompe a su instancia el vínculo. Podemos decir, pues, que así como la adopción se acerca más a la filiación, el acogimiento se acerca a la tutela. Nos lo dice terminantemente la Orden, no sólo en el artículo 9.º al decir: "Siendo la colocación familiar una forma de ejercer el Estado la tutela de los niños abandonados, por analogía con el principio del artículo 212 del Código civil", que como sabemos se refiere a la tutela, sino que también al ordenar, en el supuesto del artículo 11, la formación del Consejo de Familia, institución típica de nuestra tutela actual, y que no es otra cosa, que dar al acogedor, una consideración muy análoga a la que tiene el tutor.

Estimamos que esta Orden de 1.º de abril de 1937 continúa vigente al no existir ningún precepto derogatorio, aunque prácticamente sean nulos los acogimientos que se efectúan en la actualidad. Concretamente en los archivos de la Junta Provincial de Beneficencia de Salamanca no consta la existencia de ningún acogimiento desde el año 1940.

## VI. NUEVAS ORIENTACIONES EN TORNO A LA ADOPCION EN EL DERECHO COMPARADO

En la inmensa mayoría de las legislaciones extranjeras se trata de mantener el instituto de la adopción, modernizándolo en las leyes y Códigos recientes, que tienden en general a facilitar la adopción y otorgarle más amplios efectos y por consiguiente aumentar su aplicación práctica. Así Puig Peña (28), nos dice que asistimos a la tercera vida de la institución. Resuniaremos las más importantes legislaciones extranjeras.

*La adopción en Francia.*—La adopción en Francia, no fue acogida según el tipo romano, guiándose más bien por el Landrecht prusiano

(28) PUIG PEÑA, *Las situaciones finales en la adopción*, R. D. P. año 1948, página 1045.

de 1794, no rompiendo el adoptado su círculo con la familia natural. En el Código de Napoleón podían distinguirse tres modalidades de la adopción: la adopción ordinaria; la adopción remuneratoria, cuya concesión sólo era posible a quien con peligro de su vida salva la del adoptante "soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots" (art. 345), y la adopción testamentaria que constituía un complemento de la tutela oficiosa. Las dos últimas se conocían con la rúbrica común "d'adoption privilégiée", porque estaban dispensadas de algunas de las condiciones exigidas para la adopción ordinaria.

A pesar de esta variedad de manifestaciones, no adquirió gran arraigo, debido a que a ella se oponían dos exigencias de todo punto impopulares. De un lado a tenor del artículo 346 del Código, la adopción "ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté", y de otro, el adoptado no pasaba a la patria potestad del adoptante, sino que permanecía vinculado en un todo a su familia natural.

Para obviar estos inconvenientes han sido modificados de forma reiterada, los preceptos del Código civil francés, en virtud de la Ley de 19 de junio de 1923, del Decreto de 29 de julio de 1939, que promulga el llamado Código de Familia, y la Ley de 8 de agosto de 1941, en virtud de las cuales desaparece la adopción testamentaria y se distinguen tan sólo dos modalidades de la adopción: A) La adopción ordinaria para la cual el legislador dulcifica sus condiciones y aumenta sus efectos, permitiendo la ruptura de los vínculos entre el adoptado y la familia natural, y B) La legitimación adoptiva de cuyo éxito nos dan idea las estadísticas publicadas y la abundante bibliografía y tesis doctorales que sobre la misma se han publicado (29). VISMARD (30) pone de relieve que se ha pasado de 50 casos en el año 1900 a 2.204 en el año 1944.

Las principales disposiciones de estas leyes han sido incorporadas al Código civil, modificando sustancialmente los artículos 344 al 370 inclusive del mismo.

Las condiciones que se exigen para que tenga lugar la legitimación adoptiva, son las siguientes: a) Es preciso que se trate de hijos menores de cinco años. b) Que los padres naturales sean desconocidos o hayan muerto, o que el hijo sea pupilo de la asistencia pública. c) Que los dos esposos que adoptan procedan conjuntamente a la adopción y no estén separados de cuerpos y llenen las condiciones de edad de la adopción ordinaria. d) Que los esposos que adopten no tengan hijos ni descendientes legítimos (art. 368).

Se necesita también que existan justos motivos y presentes ventajas para el niño, siendo obligatorio oír a la administración o a la per-

---

(29) ANGEL MARC, *L'adoption en droit comparé*, París 1943.—PÉTIT, *La Famille et les lois récentes sur l'adoption*, Thèse dac. París 1945.—SILLON (Mlle), *La réforme de l'adoption*. Thèse, París 1941.—VISMARD, *Traité théorique et pratique de l'adoption et de la légitimation adoptive*, París 1951.—VELIOUNSKI, Raphael, *La légitimation adoptive*, París 1954.

(30) VISMARD, ob. cit., pág. 3.

sona que eduque al niño y previa investigación en juicio bastará una sentencia dictada después de deliberación en Cámara de Consejo (artículo 369).

Los principales efectos de la legitimación adoptiva son: 1.º El hijo cesa de pertenecer a su familia por la sangre. 2.º El hijo tendrá respecto a la familia de los adoptantes los mismos derechos y las mismas obligaciones que si hubiera nacido del matrimonio (art. 370), en consecuencia, el hijo que ha sido objeto de legitimación adoptiva pierde su apellido de origen y adquiere los apellidos de los adoptantes. Se convierte en pariente de los miembros de la familia adoptante. Sin embargo, las prohibiciones de matrimonio con los miembros de la familia natural del adoptado siguen en todo vigor.

Por la Ley de 8 de agosto de 1941, modificando el art. 369 del Código civil, la legitimación adoptiva es irrevocable.

*La adopción en Italia.*—El Código civil de 1865 acogió fácilmente la adopción, siguiendo el sistema del Código de Napoleón, pues se había conservado en el país a través de los siglos.

El nuevo Código italiano de 16 de marzo de 1942, ha introducido profundas innovaciones en el Instituto de la adopción. Dicho Código crea, junto a la adopción "strictu sensu", un nuevo instituto que conocido en el seno de las primeras comisiones con la denominación de "piccola adozione", se disciplina con el texto legal en el título de la filiación. Entre ambas instituciones, adopción y afiliación, no hay otro elemento común que la asunción por la familia de una persona extraña. Tal asunción tiene lugar con fines, modalidades y efectos distintos. En efecto, mientras la finalidad esencial de la adopción consiste en asegurar la continuidad de la familia, el nuevo instituto tiene como finalidad principal, el conceder asistencia a los niños huérfanos o abandonados por sus padres. Es decir, que mientras la adopción viene regulada en función de interés de la familia civil, la filiación viene disciplinada atendiendo fundamentalmente al interés público en la protección de menores. Ello hace que la afiliación se halle muy próxima a la tutela.

La afiliación tiene la finalidad de tener un lugar en la familia, al solo efecto de mantenimiento y educación de los menores de dieciocho años: o porque falta la familia (también natural), o porque sea conveniente sustraer a ella, en sus mismos intereses, a los menores.

La afiliación tiene lugar respecto: a) De los nacidos de padres desconocidos y de aquellos de los cuales no se sabía qué padres tenía todavía. b) De los hijos naturales reconocidos sólo por la madre, que no puede proveer su educación. c) De los recogidos en el instituto de pública asistencia, o asistido de éste para el mantenimiento, la educación o reeducación. d) De los menores en estado de abandono material o moral.

El fin principal de la afiliación es atribuir al menor algo que se aproxima al estado familiar, impidiéndole así el aislamiento moral y económico, en el cual se halla sin su culpa.



*La adopción en la Rusia soviética.*—En el Código de Matrimonio, Familia y Tutela, promulgado por el Comité Ejecutivo Central en la XII Asamblea, de 19 de noviembre de 1926 comenzó a regularse la adopción. Según este texto la adopción no puede realizarse más que en interés exclusivo del adoptado, y en favor de los menores solamente (artículo 57). Ella resulta de una decisión de los órganos de la tutela, por consiguiente, de un acto de poder público (artículo 59). Hace nacer entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes, los mismos derechos y las mismas obligaciones personales y patrimoniales que la afiliación de sangre (artículo 64).

*La adopción en Inglaterra.*—La Ley inglesa de 4 de agosto de 1926 regula por primera vez "l'adoption of children Act", que hasta entonces venía regulándose por la costumbre, y está dominada por el cuidado constante en favor del menor.

La adopción no está permitida más que para los menores. El consentimiento de su representante es, en principio, un requisito indispensable; pero el Juez puede dispensar al adoptante el pedir este consentimiento si el niño está abandonado o es de padres desconocidos. La adopción resulta de un acto de poder público. El Tribunal debe celosamente investigar si existen justas causas para la adopción y, en particular, si las personas que han de dar el consentimiento han recibido alguna suma para ello. Los efectos de la adopción en lo que concierne a la persona del pupilo llegan hasta extinguir definitivamente todos los derechos y deberes, las obligaciones y responsabilidades de los padres naturales. Todos estos derechos, deberes, obligaciones y responsabilidades, son transferidos a los adoptantes, como si los hijos hubieran nacido de legítimo matrimonio. Respecto a las relaciones patrimoniales, el niño no pierde ninguno de los derechos de propiedad a los cuales esté llamado por su nacimiento.

*La adopción en Alemania.*—Fue regulada por los artículos 1.741 y siguientes del Código civil, declarando expresamente el 1.757 "que por la adopción obtiene el adoptado la posición jurídica de un hijo legítimo del adoptante". La Ley de 8 de agosto de 1950 ha modificado en parte el sistema del Código, con el fin de vigorizar la institución. Últimamente, la Ley de 18 de junio de 1957 ha modificado los artículos 1.758, 1.760, 1.761 y 1.765.

*La adopción en Dinamarca.*—Un ejemplo de que las legislaciones de los países europeos van abandonando la "schwache adoption" del Derecho Romano (minus plena) y avanza en la dirección de la "starken adoption" (adopción plena) es la nueva Ley danesa sobre adopción de 25 de mayo de 1956 que sustituye a la ley de adopción de 26 de marzo de 1923, que ha entrado en vigor en 1.º de enero de 1957.

La Ley de 26 de marzo de 1923 contenía tantas limitaciones en la situación jurídica del hijo adoptivo, especialmente en el terreno sucesorio y mantenía unas relaciones tan estrechas entre el hijo y su familia natural, que solamente se podía hablar de una pura relación entre

padres e hijos desde un punto de vista teórico. Esta situación jurídica ha sido cambiada radicalmente por la nueva ley. La nueva reforma de la adopción trae una auténtica relación entre padres e hijos hasta el extremo en que es posible.

La adopción del hijo no se basa en un contrato entre adoptante y adoptado y su fundamento jurídico es la "Königliche Bewilligungs" (31).

El adoptante tiene que haber cumplido veinticinco años y no se señala una determinada diferencia de edad con el adoptado. La edad para el "Einwilligung des Kindes", que antes era de catorce años, ahora se señala en doce.

Otras modificaciones con respecto a la Ley anterior es que el hijo adoptivo y sus descendientes hereden a los adoptantes y su familia y éstos son heredados entre sí como si se tratara de un hijo del adoptante. El adoptante no puede testar libremente y desconocer el derecho sucesorio del hijo y por regla general no tiene ningún derecho sucesorio respecto del hijo adoptivo.

Esta evolución a la adopción "fuerte" también se refleja en los proyectos de Ley preparados en Noruega, Suecia y Finlandia.

*La adopción en Uruguay.*—La Ley de 20 de noviembre de 1945 ha regulado la legitimación adoptiva de manera análoga a la francesa, que constituye, como afirma Gatti (32), una nueva forma de adopción al mismo tiempo que una nueva fuente de legitimidad. Vaz Ferreira y Zajtay (33) la define: "Adopción cuyos efectos son más extendidos que los de la adopción simple, pues desliga completamente al adoptado de su familia de origen para hacerlo entrar en una nueva familia con los derechos y obligaciones de un hijo legítimo". Permite la adopción de los menores de dieciocho años y pueden pedirla no sólo los cónyuges conjuntamente y el viudo, sino el divorciado y la divorciada, cuando medie la conformidad de ambos esposos y la guarda del menor hubiere comenzado durante el matrimonio.

*La adopción en Filipinas.*—La regula el Código civil de 1949, aprobado por el Primer Congreso de la República de las Filipinas, que vino a sustituir el Código civil español de 1889. No obstante ser idiomas oficiales del país el inglés, el castellano y el tagalo, la edición oficial del nuevo Código está redactada en inglés.

El nuevo Código filipino sigue la sistemática del Código español, no regulando la adopción en el título VIII del libro I, relativo a la paternidad y filiación, y regulándola como uno de los modos de extinción de la patria potestad en el artículo 327. Olvida el Código filipino, a semejanza del español, que la adopción se desenvuelve con independencia de la patria potestad, toda vez que pueden ser adoptados los

(31) MARENS FRANZ, *Die einführung der "starken" Adoption in Dänemark*, páginas 113 a 116.

(32) *Legitimación adoptiva*, Jornadas de Derecho Comparado, Montevideo, año 1955, pág. 165.

(33) VAZ FERREIRA Y ZAJTAY, *La legitimation adoptive en France et en Uruguay*, Revue Internationale de Droit Comparé, París 1954, pág. 1.

que no se hallan sujetos a la misma, bien por ser mayores de edad, bien porque están sometidos a la "substitute parental authority" (artículo 349 y siguientes).

El artículo 334 abroga la capacidad especial de cuarenta y cinco años exigida por el artículo 173 de nuestro Código, y consagra de modo explícito en el artículo 402, que el mayor de veintiún años puede adoptar.

No obstante, respetando el viejo aforismo "adoptio imitatur naturam", el artículo 337 exige una diferencia de a lo menos dieciséis años entre adoptante y adoptado.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

Como apunta López Alarcón (34), no es la adopción una institución que haya mantenido rasgos permanentes y definitivos a lo largo del devenir histórico. Al constituir una ficción jurídica, su consistencia es muy débil y la razón de ser de la misma entronca más bien con las necesidades políticas, sociales y éticas del momento, evolucionando al compás de las mismas con radicales alternativas en su existencia, hasta llegar a la época moderna en que la ficción se reduce o anula en aras de una función protectora que tiene su fundamento en sentimientos caritativos, patrióticos o de solidaridad humana. Ahora bien, anular aquella ficción y establecer entre adoptante y adoptado las mismas relaciones que entre padre e hijo legítimo para luego restringir sus efectos significa desnaturalizar la institución en su concepto propio. Y si estas relaciones se establecen con ánimo de protección benéfica y, a la vez, para satisfacer instintos paternales, entonces ni aun aquellos restringidos efectos de filiación se apoyan en la institución adoptiva y es inadecuado considerar como tal a esta relación de beneficencia y asistencia social. La adopción, siempre respondió a la preocupación fundamental y básica de otorgar hijos por ficción o ley a aquellos carentes de los mismos por naturaleza, completando familias y permitiendo un garantido sistema de protección a la infancia. La familia con ello, abandona sentimientos de individualismo para adquirir una dimensión social apreciable. Castán (35) opina que la familia del porvenir, al hacerse más social, ganará en carácter y elevación social.

El Derecho, consciente de que este complejo instituto de la familia tiene en su seno un doble matiz: intensamente privado e íntimo uno: público el otro, sabedor de los instintos nobles con que la naturaleza adorna la paternidad, ha tejido maravillosamente un sin fin de instituciones, que encauzando sentimientos tan privados como los anhelos frustrados de procreación y deseos afines, tiende a satisfacer intereses

(34) LÓPEZ ALARCÓN, *La Adopción y el Registro Civil*, Pretor enero-febrero 1956, pág. 5.

(35) CASTÁN TOBEÑAS, *Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid 1933, pág. 125.

eminentemente públicos como la protección y asistencia a la infancia desvalida y abandonada.

Si el Derecho es, según Ihering, protección del interés, justo es que se proteja este interés privado mencionado, ya en beneficio de los particulares, ya en beneficio público.

Es fácil apreciar la importancia y frecuencia de un grave problema actualmente sin solución satisfactoria, que se plantea en las familias que han criado y educado como hijo a un menor desamparado, que ocupa en su seno el mismo lugar que tendría el legítimo, tanto en los cuidados como en el afecto, y a quien, sin embargo, no puede otorgarse sino la calidad de hijo adoptivo.

La cuestión tiene caracteres dramáticos cuando el menor cree ser hijo del matrimonio que lo ha formado, y a quien se produciría duro quebranto, con repercusiones morales y psíquicas irreparables, en muchos casos si se les descubriera su verdadera situación. Desde el punto de vista de la formación espiritual de los niños, ha interesado fundamentalmente evitar toda causa que pueda provocar penosos procesos que alteren el psiquismo infantil y originen estados de inferioridad.

En este aspecto, la Ley ha de concurrir a favorecer la evolución deseable de la sicosis del niño. Son muchos, desgraciadamente, los factores económicos, sociales y morales negativos, en tal orden, y que no están en manos del legislador evitar o corregir. Una razón más para proceder con diligencia en la institución de amparo jurídico que coopera a aquel fin sustancial integrando un plausible plan de medicina social.

Nuestro actual sistema en materia de adopción es evidentemente incompleto: sus normas no son bastantes para dar satisfacción a una legítima necesidad social. Ha de tenerse presente, a la vez, que la imposibilidad actual de identificar con la propia familia legítima al hijo extraño que se cita en su seno, determina a muchos matrimonios a no tomarlos a su cargo. Y lo que se necesitan son medios que estimulen a recoger a niños desamparados, no sólo por las innumerables razones que hacen insustituible el hogar, sino hasta por el interés elemental de defender a la Sociedad contra el aumento de la delincuencia.

La nueva Ley de 24 de abril de 1958 no ha resuelto los problemas que se plantean en la adopción, aunque significa un estimable avance respecto al sistema anterior, por lo que parece aconsejable retocar la regulación actual. A este efecto señalamos las siguientes ideas:

1.<sup>a</sup> Admitir dentro del campo de la adopción plena a los huérfanos de padre y madre. La Ley de 1958 se refiere a los "abandonados" y "expósitos", pero en nuestro concepto, a los fines perseguidos, concurrir la misma razón en los huérfanos.

2.<sup>a</sup> Conceder al adoptado, plenamente, los mismos derechos que si hubiera nacido de matrimonio, en cuyo caso se daría a la ficción sus efectos lógicos, quedando el adoptado equiparado a un hijo legitimado por subsiguiente matrimonio.

En este caso la legitimación no tendría efecto retroactivo, pues de otro modo, podrían producirse perturbaciones graves alterándose si-

tuaciones consumadas. Esta situación conspiraría contra el secreto de la adopción que el legislador quiere facilitar en la adopción plena (art. 178, párrafo 4.º), revelando por vía indirecta la condición de legitimado; pero, no habiendo solución sin inconvenientes, es forzoso optar por la que los ofrezca menores, que es, en nuestro concepto la que indicamos. Por otra parte, la Ley sobre el impuesto de Derechos Reales y transmisión de bienes, de 21 de marzo de 1958 ya se encarga de quebrantar este secreto al conceder distinto trato a los hijos legítimos y a los adoptados.

3.ª Consideramos necesario diferenciar más netamente la adopción de los mayores de la adopción de los menores ya que la primera debe tener una base contractual y la segunda debe estar basada en la autoridad de la Ley y de los tribunales. La adopción de los mayores que generalmente tiene por objeto aprovecharse de los beneficios del Impuesto de Derechos Reales debe gozar de distintos efectos y formalidades y hasta ponerse algún límite como hace la Ley del Impuesto de Derechos Reales, al disponer que no gozarán de consideración fiscal las adopciones de los mayores de treinta años.

4.ª Incluir entre las personas legitimadas para pedir judicialmente la extinción de la adopción al adoptante, que en el Derecho comparado también está legitimado.

5.ª No conviene limitar excesivamente la adopción plena, autorizándola solamente para los matrimonios sin hijos. Teóricamente es la solución más simple y lógica; pero, en la práctica, no resultaría siempre la mejor. Un matrimonio sin hijos, puede criar un niño, y después de varios años, identificado ya con el hogar, ocurrir el nacimiento de un hijo. Podría ser injusto impedir la adopción cuando existe ya la realidad social y efectiva que la justifica.

6.ª Legitimar a las Juntas de Protección de Menores para que puedan tramitar los expedientes de adopción al igual que la administración de los sometidos a la tutela de Casa de Expósitos u otro establecimiento de beneficencia.

7.ª El acogimiento familiar debería regularse en nuestro Código, a semejanza de lo que hace el Código civil italiano, de 1942 con la afiliación, al tratar de la tutela de los menores.



## Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa \*

DIEGO ESPIN CANOVAS

Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Salamanca

**SUMARIO:** *Primera parte:* Delimitación de las nociones de orden público y buenas costumbres a través de su fuente.—I. El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones.—II. El Code civil.—III. La interpretación doctrinal.—IV. El principio de orden público: 1. Diversas interpretaciones doctrinales.—2. a) Dirección positivista.—3. b) Dirección extrapositiva.—V. La noción de las buenas costumbres: 1. Diversas interpretaciones doctrinales.—2. a) Dirección positivista.—3. b) Dirección sociológica.—4. c) Dirección normativa.—VI. Relación entre las nociones de orden público y buenas costumbres: 1. a) Posición monista.—2. b) Posición dualista.—*Segunda parte:* Delimitación de las nociones de orden público y buenas costumbres a través de su función.—I. La función del orden público y de las buenas costumbres.—II. Sistematización doctrinal.—*Tercera parte:* Delimitación de las nociones de orden público y buenas costumbres a través de su sanción.—I. Nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres.—II. La regla "nemo auditur".—III. Argumentos a favor y en contra de la máxima "nemo auditur": 1. Argumentos positivos y extrapositivos.—2. El debate en torno a los textos legales.—3. La denegación de repetición por el carácter aleatorio del contrato inmoral.—4. El argumento en torno a la derogación de la máxima por el Código.—5. El argumento en torno a la dignidad de la Magistratura.—6. El debate en torno a la función preventiva de la sanción a la inmoralidad.—7. La cuestión de la injusticia de los efectos de la máxima. *Conclusión:* A) Desde el punto de vista de la fuente. B) Desde el punto de vista de la función.—C) Desde el punto de vista de la sanción.—D) Actualidad del tema.—E) Tendencia actual a la moralización del Derecho.—*Bibliografía:* A) Monografías sobre las nociones de orden público y buenas costumbres.—B) Estudios especiales sobre la regla "nemo auditur".

---

\* Trabajo realizado en Francia con la ayuda de la Fundación Juan March a la cual expresamos nuestra gratitud.

## P R I M E R A P A R T E

DELIMITACION DE LAS NOCIONES DE ORDEN PUBLICO  
Y BUENAS COSTUMBRES A TRAVES DE SU FUENTEI. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD  
Y SUS LIMITACIONES

El Código civil francés, y a su imagen y semejanza muchos de los que siguieron sus huellas en el pasado siglo, concibieron el ámbito de la contratación privada como el producto del libre concierto de los intereses particulares de los individuos, que, por tanto, podían estructurar como tuviesen por conveniente. Fue así consagrado en las legislaciones decimonónicas el principio de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual de fuerte arraigo en el Derecho privado de impronta romanista. Nuestro siglo, en cambio, dominado por fuertes corrientes antiindividualistas tiende a reducir cada vez más el campo de la autonomía individual dentro del Derecho privado, afirmándose ahora, frente al antiguo principio de la libertad contractual, el del dirigismo jurídico, que da lugar a importantes problemas al producirse el choque de principios tan antitéticos en numerosas legislaciones civiles que partiendo de aquella autonomía han tenido ahora que implantar este dirigismo contractual, problemas propios de toda época de crisis y transición. Pero no tratamos en el presente estudio de esa crisis, sino de los límites, que pudiéramos denominar normales, del principio de la autonomía de la voluntad dentro del sistema consagrado en la codificación civil del pasado siglo.

En efecto, si bien el Código francés dió acogida al sistema de libre contratación privada, también impuso ciertos límites al mismo. Aquel principio lo consagra dicho Código al afirmar de forma solemne que "las convenciones legalmente establecidas tienen fuerza de ley entre aquellos que las han hecho" (art. 1.134). Estas limitaciones se contienen en diversos textos que vamos a enumerar, y se concretan en la ley, el orden público y las buenas costumbres. Pero ¿qué se entiende por estas dos últimas limitaciones? El Código no lo ha dicho, dando lugar su silencio a serias dificultades y controversias. Veamos dichos textos y su interpretación doctrinal, para tratar de contestar a esa doble pregunta, precisando el concepto de orden público y buenas costumbres.

## II. EL CODE CIVIL

El Código francés declaró al final de su título preliminar en el artículo 6, que "no cabe derogar por convenciones particulares las leyes que afectan al orden público y a las buenas costumbres". Este principio fundamental marca los límites de la autonomía privada, cuya importancia para el legislador se ve bien claramente por el lugar de su emplazamiento, formando parte del título preliminar del Código. Este precepto sirve de contrapeso de aquel otro al que viene a limitar, que



consagra el principio opuesto, el de la autonomía de la voluntad, contenido en el artículo 1.134, ya mencionado.

Pero el Código francés contiene, asimismo, a lo largo de su articulado, otros preceptos que reiteran los límites a la autonomía de la voluntad, si bien se observan importantes diferencias en la redacción de dichos textos. Entre ellos es especialmente importante el artículo 1.133, que al tratar de la causa de la obligación expresa que "la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público". En materia de actos a título gratuito dispone el artículo 900 que "en toda disposición inter vivos o testamentaria, las condiciones imposibles, las que serian contrarias a las leyes o a las costumbres, serán reputadas no escritas". También con referencia a la condición, al tratar de la obligación condicional se dispone que "toda condición de una cosa imposible, o contraria a las buenas costumbres, o prohibida por la ley, es nula, y hace nula la convención que de ella dependa" (art. 1.172). A propósito del matrimonio y de sus capitulaciones matrimoniales, se prescribe también que "la ley no regula la sociedad conyugal, en cuanto a los bienes, más que a falta de convenciones especiales, que los esposos pueden hacer como tengan por conveniente, con tal que no sean contrarias a las buenas costumbres..." (art. 1.387).

Estos son los principales textos legales que el Código francés contiene con referencia a las limitaciones de la autonomía de la voluntad, en el sentido aquí estudiadas; pero tales textos ofrecen notorias diferencias, cuya interpretación ha dado lugar a muy diversas opiniones doctrinales, como vamos a exponer seguidamente.

### III. LA INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

Antes de entrar en el examen detallado de las diversas posiciones doctrinales respecto a la interpretación de los textos legales anteriormente transcritos, podemos desde ahora indicar una doble dirección doctrinal a este respecto, una de carácter positivo y otra extrapositiva, según se exija o no, respectivamente, la consagración o recepción de los principios de orden público y buenas costumbres en el propio texto legal.

Por otra parte, conviene anotar también previamente que la doctrina francesa está igualmente dividida en dos direcciones, según sustente la existencia de un principio único delimitador de la autonomía de la voluntad, comprensivo del llamado orden público y de las buenas costumbres, o bien defienda una doble regla limitadora, constituida separadamente por ambos principios del orden público y de las buenas costumbres como nociones perfectamente diferenciadas.

Estas vacilaciones de la doctrina francesa se deben, de una parte, al fundamental texto del artículo 6, base inicial de la dirección positiva en torno a las nociones del orden público y buenas costumbres; de otra, a la propia vaguedad de estas mismas nociones, unánimemente recono-

cida; además de tales causas, afloran las diversas concepciones filosóficas a este problema, influyendo en la solución propugnada.

A pesar de esta divergencia doctrinal para entender los límites que el derecho privado francés impone a la autonomía volitiva, expon-dremos para mayor claridad sistemática estas nociones partiendo de la existencia de un doble principio, el del orden público y el de las buenas costumbres, aunque ya se desprende de lo expuesto que para un sector doctrinal no es válida esta doble categoría limitadora.

#### IV. EL PRINCIPIO DE ORDEN PÚBLICO

1. Diversas interpretaciones doctrinales.—En la doctrina francesa contemporánea es seguramente el punto central de las limitaciones a la autonomía de la voluntad, la noción de orden público. Pero ya hemos dicho que mientras unos limitan su existencia al exigir su recepción legislativa, otros, en cambio, amplían el ámbito de esta noción al incluir en ella la de las buenas costumbres. Nos ocupamos ahora de la primera cuestión, dejando la segunda para después que hayamos expuesto ambas nociones de orden público y buenas costumbres.

En cuanto a la concepción del orden público, la doctrina francesa está dividida, a nuestro juicio, en dos tendencias que podemos agrupar del siguiente modo:

- a) Dirección positiva (declaración legislativa).
- b) Dirección extrapositiva (declaración judicial).

2. a) Dirección positivista.—Ya nos hemos referido antes a esta tendencia, viendo que una parte, de la doctrina francesa piensa que las reglas de orden público han de traducirse en leyes, por lo que se habla, según los autores partidarios de la misma, más bien que del orden público, de las leyes de orden público. Pero después de anotar esta primera característica del orden público, según esta dirección doctrinal, es decir su *legalidad*, es preciso ver más detalladamente qué entienden por leyes de orden público.

Para la escuela exegetica, leyes de orden público son precisamente las leyes imperativas (o imperativas y prohibitivas), es decir, aquellas que no pueden ser derogadas por los particulares. Así DURANTON dice que “las leyes son imperativas, prohibitivas o facultativas; por consecuencia los ciudadanos no pueden, por convenciones particulares, derogar a las de las dos primeras clases, por ser leyes que interesan el orden público, respecto a las que hay siempre obligación de observar sus preceptos. Todo lo que ofendería las buenas costumbres, está, por la misma razón, severamente proscrito” (1).

La posición de los comentaristas del pasado siglo en este problema es perfectamente congruente con su sumisión y acatamiento a la ley, que les valió la denominación ya consagrada de escuela exegetica; pero es menos lógica y, por tanto, más significativa la posición de ciertos

(1) DURANTON, *Cours de droit français suivant l'ordre du Code*, t. I, número 109, 2.ª ed.

autores de nuestros días que todavía quieren restringir el dominio del orden público a las leyes imperativas. Así HEMARD afirma que la violación del orden público tiene su fuente en la ley (2).

Esta necesaria consagración legislativa del orden público viene, como vemos, a identificar esta noción con la de la ley imperativa, es decir, inderogable por los particulares dado su preeminente fin de interés general. Sin embargo, no han faltado autores que han pretendido establecer una *distinción entre ley imperativa y orden público*, pensando que el campo de acción de aquélla pueda exceder de la tutela de los intereses generales. Así el ilustre civilista CAPITANT afirma que “las leyes imperativas de derecho privado o bien son leyes de orden público o bien leyes de protección de intereses privados” (3). Este segundo grupo de leyes imperativas estaría constituido, según dicho civilista, por las que tienden a proteger a los incapaces contra sus propios actos o, en general, las que miran a proteger a cualquier individuo contra el perjuicio que un acto podría causarle en ciertas circunstancias (4).

Esta no coincidencia de ámbito de la ley imperativa con la noción de orden público se encuentra también proclamada por otro ilustre civilista belga, DE PAGE, alegando que aunque la distinción en leyes imperativas y supletivas es interesante a los efectos de precisar la noción de orden público, “no es más que *indicativa*, y en el fondo ha de rechazarse, de una parte, porque las fórmulas que indican la sanción (bajo pena de nulidad, no obstante cualquier convención contraria) no existen siempre; de otra parte, porque en ciertas leyes contemporáneas estas fórmulas existen sin que pueda por ello concluirse que la ley sea de orden público” (5); añadiendo que si la distinción en leyes imperativas y supletivas de la voluntad puede ser útil para la determinación del carácter de orden público o no de una regla, no constituye en definitiva un criterio seguro, principalmente “si se entiende deducir el carácter imperativo de una ley del hecho de que ella imponga sus soluciones bajo pena de nulidad o, sobre todo, no obstante cualquier cláusula o convención contraria. Veremos, en efecto, que ciertas leyes contemporáneas que modifican el Código civil usan, en numerosas ocasiones, estas expresiones. Y, sin embargo, no son incontestablemente leyes de orden público, porque, de una parte, no tienen por fin más que proteger *intereses privados*, y de otra, la razón de las disposiciones impuestas, “no obstante cualesquiera cláusulas contrarias”, parece ser sobre todo, al análisis, la necesidad de proteger mejor la *voluntad* de uno de los contratantes que se encuentra en una situación de inferioridad económica o social frente al otro” (6).

En el mismo sentido diferenciador de la ley imperativa y el orden público realiza un interesante esfuerzo MALAURIE, quien después de ponderar la dificultad de definir la noción de orden público, indicando,

(2) HEMARD, *Precis, cit.*, I, núm. 264.

(3) CAPITANT, *Introducción*, núm. 26.

(4) CAPITANT, *Introducción*, núm. 26.

(5) DE PAGE, I, núm. 91.

(6) DE PAGE, I, núm. 91 bis, letra B.

a modo de idea general, que mira a reconocer una fuerza mayor a una fuente o a una regla de Derecho, expone, que “el orden público no podría, por ejemplo, ser identificado con la ley imperativa, en la cual ni el objeto, ni el método, ni los caracteres, ni la sanción son necesariamente de orden público. Este tiene por objeto hacer triunfar los intereses generales de la sociedad sobre los intereses particulares, mientras que la ley imperativa puede mirar a proteger un interés privado”, continuando, en fino análisis, las diferencias que, desde el punto de vista del método, caracteres y sanción separan a las leyes imperativas de la noción de orden público, como después veremos con más detalle (7).

En los anteriores ensayos para precisar las diferencias entre ley imperativa y orden público, late en el fondo una coincidencia a pesar de los diversos puntos de partida, coincidencia según la cual el ámbito de la ley imperativa es mayor que el del orden público, porque aquélla puede tender a proteger no solamente intereses generales del Estado o colectividad, sino también intereses meramente privados, en tanto que el orden público vela por los intereses generales, bien sean los estrictamente estatales, bien sean, como señala DE PAGE, aquellos sobre los que reposa el orden económico o moral de una sociedad. Parece, pues, que puede señalarse una diferencia fundamental entre ambas nociones, que se concretaría en la exclusión de la defensa de intereses meramente privados, particulares, del campo de acción de la noción de orden público. La defensa de esos intereses se realizaría a través de leyes imperativas.

Así diferenciadas estas nociones, queda todavía la duda de si es que la protección de esos intereses particulares, como los relativos a los incapaces, no es en sí misma de interés general y, por tanto, de orden público. ¿No interesa a la sociedad la protección de tales incapaces? Esta objeción no podía escapar a los propios autores que proponen la anterior distinción. Y así CAPITANT se hace cargo de la misma, afirmando que, en efecto, es de orden público el principio de protección a los incapaces, pero establece la ulterior distinción, apoyándose en anterior observación de PILLET (8), de que “es el principio de protección sólo el que es de orden público. En cuanto al modo de organización de esa protección, en cuanto a las disposiciones positivas establecidas por la ley, son, ante todo, medidas de protección de intereses privados” (9).

Hay que rechazar esta discriminación como basada en una falsa concepción del interés general; los ilustres autores citados, CAPITANT y DE PAGE, sin duda parten de una delimitación de la finalidad pública o privada de las leyes, por referencia al sujeto; ley de interés general sería entonces tan sólo aquélla que mira a la organización estatal o social, mientras que las que atañen al particular serían leyes

(7) MALAURIE, *Ordre public (Repertoire de droit civil Dalloz)*, núm. 1.

(8) PILLET, *De l'ordre public en droit int. privé* (París 1899, pág. 34).

(9) CAPITANT, *Introduction cit.*, núm. 26, pág. 59, nota 1.

de interés privado. Pero si en principio este punto de vista subjetivo es útil, no puede desconocerse que la protección de ciertos intereses privados (por referirse a particulares) afecta de modo sustancial a todo el organismo social; así sucede con la protección de incapaces ya reconocido de interés público desde el Derecho romano (recuérdese, por ejemplo, la protección del fundo dotal) y, además, de otras instituciones tradicionales (p. ej., la prescripción), muy acusadamente en el Derecho moderno, con el llamado Derecho social (10).

Creemos, por tanto, que toda ley imperativa vela por el interés general, bien sea el directamente estatal o el que afecta a la sociedad como tal, por la especial importancia que ésta concede a determinados intereses privados.

Dentro, pues, de esta dirección definitoria del orden público por su recepción legal, nos parece más lógica la identificación del orden público con el ámbito de las leyes imperativas. Y en este sentido es congruente la definición de HEMARD según el que "el orden público consiste en el conjunto de las reglas establecidas por el legislador en el *interés vital de la sociedad*" (11).

Pero según esta dirección legalista todavía surge otro problema, a saber, ¿cómo reconocer el carácter imperativo de una norma legal? Tradicionalmente se ha entendido que las leyes imperativas eran aquellas inderogables. Pero la dificultad surge entonces en el caso de que la propia ley no exprese la imposibilidad de derogarla.

Evidentemente que si el propio legislador expresa el carácter imperativo de la norma, en Derecho positivo habrá desaparecido esta cuestión, pero lo más frecuente es que la ley guarde silencio respecto a su propio carácter imperativo, al menos por lo que se refiere a las normas comprendidas en las codificaciones civiles, y en esta hipótesis es preciso encontrar el criterio externo a la propia ley, que nos permita descubrir la posibilidad o imposibilidad de su derogación por los particulares. Algunos autores franceses acuden para ello a la división del Derecho en público y privado, identificando así las normas imperativas con las del Derecho público. Se invoca en apoyo de esta identificación aquellos textos de la jurisprudencia romana en que se habla de la inderogabilidad del Derecho público por los pactos o convenios de los particulares (*privatorum conventio iuri publico non derogat et cetera*) (12). Conforme a este criterio, el orden público dominaría en el ámbito del Derecho público, mientras que la autonomía de la voluntad no encontraría límites en el Derecho privado (13).

Sin embargo, ni está admitido unánimemente que los fragmentos

(10) Véase en la doctrina española BAYÓN CHACÓN, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo* (Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho Histórico Español). Madrid 1955.

(11) HEMARD, I, núm. 265. V. también: CAPITANT, *Introduction* cit., números 27 y 28 y *Repertoire de droit civil Dalloz, Ordre public*, núm. 1.

(12) D. 50, 17, 45.

(13) V. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la derogation aux lois*, París 1899.

de los jurisconsultos romanos alusivos a la inderogabilidad del Derecho público empleen esta expresión en el sentido de la distinción entre Derecho público y privado definida en el célebre texto de ULPIANO (14), ni, por otra parte, con independencia de esta cuestión romanista cabe restringir la aplicación y limitación que el principio del orden público impone al campo del Derecho público, ya que son numerosas las materias del Derecho privado que han de ser respetadas por los particulares sin posibilidad de alteración o derogación, como acontece en muchos aspectos del Derecho de familia, como sin duda fue ya reconocido por los mismos romanos (15).

Otra teoría ha pretendido delimitar las leyes imperativas de orden público por referencia a su carácter extrapatrimonial; teoría que, sustentada por ANGLAVE en el pasado siglo, y recogida recientemente por MARMION, viene con razón rechazada, pues también entre las materias de carácter patrimonial juega muchas veces el interés general y, por tanto, el orden público (16).

Vemos, pues, que, aparte la propia dificultad de delimitar el concepto de ley imperativa, para esta dirección legalista que exponemos, el orden público no se impone como límite a la autonomía de la voluntad más que por el cauce de su recepción legislativa a través de una ley imperativa, es decir, inderogable.

3. b) Dirección extrapositiva.—Generalmente la doctrina francesa moderna admite la existencia de un principio limitador de la autonomía de la voluntad aun fuera de todo texto legal. El orden público, según esto, vela por el interés general limitando toda voluntad privada que pugne con éste, aunque el supuesto de que se trate no esté previsto en una ley imperativa. El juez decidirá cuándo debe intervenir el principio de orden público.

Pero si el juez puede limitar la voluntad privada sin el apoyo de un texto legal, ¿en qué criterio se inspirará para defender esa vaga noción del orden público? ¿Cómo concretar el interés general?

Según JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, hay que confiar al juez la determinación del orden público, señalando el criterio que ha de seguir el mismo en este punto del siguiente modo: "es el juez el que habrá de decidir sobre toda esta materia. Es imposible no reconocerle este poder. La base individualista de la doctrina clásica es, en efecto, muy estrecha. El derecho es, ante todo, ciencia social; su fin no puede ser la exaltación del individuo, sino la paz social, es decir el equilibrio entre los individuos, el orden en el seno de la sociedad. En interés mismo de este equilibrio el Derecho reconoce un valor a la voluntad individual, a los contratos, por ejemplo...; fuera de los cauces previstos en la ley es preciso reconocer al juez, situado frente a los hechos

(14) V., por ejemplo, RUGGIERO, *Inst. de der. civ.*, trad. esp. I, 48; en contra JÖRS-KUNKEL, *Derecho romano*, trad. esp., pág. 78.

(15) V. en este sentido, por ej., FERRARA, *Trattato*, págs. 71 y ss.

(16) ANGLAVE, *Action du Ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile* (París 1868); MARMION, *Etude sur le lois d'ordre public en droit civil interne* (París 1924).

de cada clase, el poder de estimar si las necesidades sociales deben oponerse a lo que han querido los individuos; estas necesidades son variables y múltiples y es imposible precisarlas de modo neto y rígido. Sin duda se corre el peligro de la arbitrariedad, pero es inevitable". pero, añade, "el juez no es libre de aplicar o no a su antojo la noción del orden público; no debe tener una concepción personal, puramente subjetiva del orden público. En realidad nuestra jurisprudencia encuentra la base de sus decisiones en estas materias en los elementos objetivos, sea en los textos en vigor, sea en el espíritu que resulta del conjunto de la legislación, sea en las tendencias generales de la opinión y la observación de los hechos económicos y sociales" (17).

SIMON también mantiene la tesis de que no es la ley, sino el juez el que ha poner en práctica la noción de orden público, afirmando que "el elemento legal ve decrecer su importancia, a pesar y puede que a causa de la *inflación* legislativa, en la elaboración de reglas de Derecho y de las instituciones jurídicas. Es, por tanto, al magistrado al que incumbe la misión de determinar los caracteres específicos de la noción de Derecho y de asegurar su aplicación bajo el nombre del orden público; la noción de orden público pertenece al dominio de la interpretación judicial; el juez —miembro de un grupo social determinado— tendrá, sin dejarse llevar por las oscilaciones de la opinión pública, conciencia de los caracteres esenciales de la noción del Derecho tal y como aparece en su grupo; puede decirse que tendrá el sentido innato del Derecho de su país y del espíritu de ese Derecho, del orden público" (18).

## V. NOCIÓN DE LAS BUENAS COSTUMBRES

1. Diversas interpretaciones doctrinales.—También frente a la noción de buenas costumbres se plantea un problema análogo al de la delimitación del concepto de orden público porque tampoco la ley, al referirse a estas limitaciones, las define. Es más, dado el texto del artículo 6, también aquí se produce una primera interpretación restrictiva que propugna la necesidad de la recepción legislativa de las buenas costumbres. Fuera de esa tendencia, podemos descubrir en la doctrina francesa dos direcciones extrapositivas, una de inclinación sociológica, la otra normativa. Exponemos, por tanto, las siguientes tendencias para delimitar la noción de buenas costumbres en la doctrina francesa:

- a) Dirección positivista (ley).
- b) Dirección extrapositiva sociológica (conciencia colectiva).
- c) Dirección extrapositiva normativa (moral).

2. a) Dirección positivista.—Esta orientación, análogamente a lo que ocurre respecto a la noción del orden público, va estrechamente ligada a la escuela exegetica. Dada la exaltación del valor de la ley

(17) *Etudes Capitant*, pág. 388.

(18) SIMON, *L'ordre public en droit privé*, pág. 336.

según los exégetas en el pasado siglo, resulta evidente que las buenas costumbres a que el Código alude, o han de ser una noción desvaída y de escasa importancia, o han de estar expresamente sancionadas en cada caso concreto por la ley misma. Y, en efecto, estas posiciones son las mantenidas por la escuela exegética frente a la noción de las buenas costumbres. Las grandes figuras de la escuela exegética o bien indican que lo que constituye un límite de libertad de contratación no son directamente las buenas costumbres, sino tan sólo las leyes que las sancionan, o apenas si formulan vagas referencias a dicha noción de las buenas costumbres (18 bis).

Encontramos, sin embargo, un ensayo más definido de precisar las buenas costumbres, ya en el declive de los exégetas, en HUC, quien cree consisten en los "hábitos adquiridos por el bien en tanto en cuanto están protegidos o determinados por la ley positiva" (19). Según este autor, la ley positiva entendería proteger, a través de sus disposiciones, los siguientes hábitos o costumbres:

1.º En relación con la concepción de la familia, el matrimonio, reprobando, por el contrario, el concubinato. Se deduciría este principio del trato inferior concedido por la ley al hijo natural frente al legítimo.

2.º En relación con la moral, el decoro público. Se deduce este principio de los textos que sancionan el ultraje al pudor.

3.º Respecto al empleo de la propia fortuna, se protegería su buen empleo, como hay que deducir de las disposiciones que incapacitan al pródigo, prohíben los juegos de azar, apuestas, etc.

4.º Los principios triunfantes en la Revolución francesa.

5.º Respecto a la contratación, los principios de la buena fe y de la libertad, como lo demostrarían los textos que reprimen el dolo y la violencia y aseguran la libertad de comercio e industria.

Esta enumeración de Huc sería cerrada, limitativa, como corresponde a las ideas exegéticas del jurista, con lo cual nos encontramos siempre en la órbita de la ley. Solamente lo que el legislador ha dado a entender que protegía, constituyen las buenas costumbres aludidas por la propia ley. Por tanto, aunque, aparentemente, el sistema de las cinco proposiciones de Huc representa una innovación, nada fundamental, sin embargo, aporta en relación con los anteriores comentaristas, pues si bien parece precisar más la noción de las buenas costumbres, sigue siendo vaga dentro de esos grandes principios que enumera. Y por otra parte, no se comprende que si el legislador quería referirse a esos principios concretamente no los hubiese enunciado directamente (20). Sin duda con buen criterio, el sistema de Huc apenas ha tenido resonancia en la doctrina.

(18 bis) V. más referencias a los exégetas en SAIGET, ob. cit., págs. 39 y s.

(19) Huc, *Comentaire théorique et pratique du Cod. civ.*, I, núm. 194.

(20) V. una detallada crítica a Huc, en la tesis de SIOUFI, *Essai sur le critérium et la nullité des obligations immorales et illicites* (París 1925). Puede verse alguna referencia en el libro de SAIGET, pág. 46 y s.



Y si en vez del testimonio de uno de los comentaristas de la primera época buscamos otros más recientes, nos dirá BAUDRY LACANTINERIE, en su famoso Tratado, pleno de actualidad aún, que es necesaria la consagración legislativa de las reglas morales que integran las buenas costumbres, tanto porque así lo impone la letra de la ley como porque, en caso contrario, "la libertad de los ciudadanos estaría demasiado amenazada, si el juez, extendiendo excesivamente, con el pretexto de consideraciones morales, la esfera del Derecho, pudiese siempre invalidar sus actos, como contrarios a las buenas costumbres, si no a las leyes" (21).

3. b) Dirección sociológica.—La concepción legalista de las limitaciones a la autonomía privada, predominante entre los juristas de la escuela exegética, tiende a ser abandonada, sustituyéndola otra más amplia, análogamente a como vimos sucede respecto al orden público, interpretando conjuntamente el artículo 6 del Código francés con aquellos otros que contienen una referencia a las buenas costumbres como limitación distinta a la ley. En este sentido, dice ESMEIN que "a veces se ha dicho que el artículo 6 solamente se contrae a los convenios contrarios a la ley escrita. Pero si comparamos con aquél el artículo 1.133, que declara ilícita la causa cuando está prohibida por la ley, cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público, forzoso es aceptar que, en el lenguaje del Código, las leyes de orden público, así como las reglas morales, comprenden leyes no escritas" (22).

Pero si no es la ley la que aplica a los supuestos concretos la noción de las buenas costumbres, ¿quién tendrá a su cargo esa misión? Evidentemente, el juez es el que únicamente, fuera del legislador, podrá hacerlo, pero ¿conforme a qué criterio definir un acto como conforme o contrario a las buenas costumbres? Para la escuela sociológica la aplicación de las buenas costumbres como límite de la autonomía privada habrá de partir de una regla deducida de la propia observación de los hechos sociales. Veamos cómo se expresan algunos eminentes juristas de este campo.

Según DEMOGUE, "son inmorales los contratos que son contrarios a las buenas costumbres. Estas no se determinan según un ideal religioso o filosófico, sino según los hechos y la opinión corriente. Esta opinión contribuye, pues, a constituir el Derecho sobre puntos importantes. Es creadora. Así el Derecho se constituye y se modifica lentamente según el pensamiento general del público. Y el acto será nulo si contraviene a las buenas costumbres, sin que haya de examinar si su autor ha visto que obraba en contra del sentimiento común. Serán, en cambio, válidos, actos en sí mismo reprobables, si la opinión pública no los condena" (23).

(21) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Personnes*, I, núm. 269 bis.

(22) ESMEIN, en el *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL-RIPERT, VI, núm. 225, nota 2 de la trad. esp. (Nota 1 de la pág. 278 de la 2.<sup>a</sup> ed. francesa). Vid. también en el mismo sentido: JULIOT DE LA MORANDIERE, *Precis de droit civil*, II, núm. 102 (Petits Précis Dalloz, 9.<sup>a</sup> ed. París 1950).

(23) DEMOGUE, *Traité des obligations*, II, núm. 773 bis.

Sigue también esta dirección sociológica SAVATIER, según el cual "la cuestión de saber si una obligación o, lo que es igual, la convención que le da nacimiento, presenta un carácter inmoral, es una cuestión de hecho, que debe resolverse según el método indicado. No habiéndose adoptado universalmente ninguna filosofía, ni habiéndose reconocido universalmente ninguna fe religiosa, no es posible hoy hacer de la moral una determinación absoluta y racional que sea aceptada por todos, debiendo contentarnos, desgraciadamente, con una determinación relativa y experimental. La moral será lo que la conciencia media de la nación considere como tal. Sobre esta conciencia media contemporánea deberá guiarse el jurista para declarar que una convención es o no contraria a las buenas costumbres" (24).

También se inspira en una concepción sociológica RAYNAL, para quien las buenas costumbres no se confunden con la moral en el sentido del Código; para el Código las buenas costumbres "no consideran al hombre formando parte de una sociedad; por tanto, el respeto a la ley, a la organización social... no forman parte de las buenas costumbres. Las buenas costumbres consideran al hombre como individuo, como tal hombre; comprenden las reglas de vida que aseguran el respeto a su dignidad" (25). Ahora bien, afirma este autor, la apreciación de cuándo una convención es contraria a las buenas costumbres es discrecional del juez; la moral varía según los tiempos y lugares, pero en toda época se forma una conciencia general de donde nace una moral pública; en esta *vox populi* se inspirará el magistrado, pero "en los puntos en que la moral parezca en evolución podrá dirigirse en el sentido de esta evolución. El magistrado no es un creador de sistemas morales; puede, sin embargo, ser el auxiliar de las transformaciones de la conciencia humana" (26).

También SALEILLES se inclina hacia esta postura sociológica, creyendo que en la referencia del legislador a las buenas costumbres "el tipo de moralidad que el juez deberá tomar como medida de apreciación no es un ideal de moralidad filosófica; será, en cierta medida, lo que las costumbres, tomadas en su concepción de la honestidad, admitan como el mínimum de moralidad necesaria en las transacciones privadas. Todo lo que esté por debajo de este mínimum será un atentado a las buenas costumbres" (27). Y en otro lugar manifiesta también que "el juez no tiene el derecho de hacer aplicación concreta de las ideas de justicia absoluta que pueda sugerirle un ideal de derecho natural abstracto, más que si estas concepciones han encontrado ya una objetividad exterior a él y susceptible de imperativo jurídico; si por un método experimental análogo a los procedimientos de constatación legal, que es el primero de sus deberes, el juez encuentra, fuera de él,

(24) SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral* (th. París 1916, página 347 y s.).

(25) RAYNAL, *Etude sur les conventions immorales* (th. París 1900, pág. 90 s.).

(26) RAYNAL, *loc. cit.*, nota anterior, pág. 98.

(27) SALEILLES, *De la declaration de volonté*, nueva tirada, París 1929, página 262, artículo 138, núm. 27.

los elementos del imperativo jurídico, que él no tiene más que constatar y aplicar, para no salirse de su función, que es declarar el derecho, o sea, constatar el derecho y hacerlo respetar” (28).

La tesis sociológica ha sido censurada atacando los propios puntos de partida. En este sentido, SIOUFI resume el punto de vista sociológico sobre las buenas costumbres en las tres proposiciones siguientes: 1.<sup>a</sup>, la primera encierra la afirmación de que todos los sistemas de moral son relativos; 2.<sup>a</sup>, la segunda alega que todas las concepciones morales del pasado revisten un carácter empírico y que no eran ni son más que la expresión de aspiraciones místicas o sentimentales del ambiente; 3.<sup>a</sup>, en fin, que sólo el método sociológico promete la elaboración de una moral racional que sabrá reivindicar exclusivamente el privilegio de ser científica, y como corolario, cree poder afirmar que en ciertas circunstancias la moral así elaborada podría estar o llegar a estar en oposición con lo que se llama el sentimiento general o las ideas recibidas (29).

Resumidas así las tres proposiciones en que se apoya la tesis sociológica de las buenas costumbres, el citado autor inicia su crítica afirmando que no es posible aceptar que la moral haya de seguir el ejemplo de las ciencias físicas emancipándose de toda consideración religiosa o metafísica (LEVY-BRUHL), ya que, dice SIOUFI, “sería temerario tratar de establecer un paralelismo entre las manifestaciones de la vida física y las de la vida moral. Para poder hacer tal comparación sería preciso establecer la analogía entre la naturaleza física y la naturaleza humana”. En cuanto a que no existe una sola moral, añale, esta afirmación no prueba más que en unos sitios o épocas la moral es más conocida, igual que ciertas verdades físicas se han ignorado a veces, como aconteció en tiempos de Galileo, y además hay que tener en cuenta los diversos grados de civilización. Por otra parte, dice SIOUFI, para la escuela sociológica, al ser relativa la moral, habría que precisar los datos por los cuales se encontraría la fuente de la moral en una determinada época y en cada país, ya que, según LEVY-BRUHL, la moral de una sociedad es el producto de las aspiraciones sociales que nacen en el seno de esta sociedad y de las circunstancias propias de la misma; pues bien, esta premisa sociológica no es admisible históricamente, según SIOUFI, pues, por ejemplo, el cristianismo no cabe concebirlo como producto del medio social, ya que “el medio social era totalmente hostil a los principios nuevos, habiendo tenido que hacerlo por sí mismos los que lo han propagado y al precio de su sangre”, añadiendo que “la moral en esta época, lejos de haber sido el producto de las aspiraciones del medio, fue su adversaria más irreductible...; así, la moral cristiana se revela, no como ex-

(28) SALEILLES, *Ecole historique et droit naturel*, Rev. trim. 1902, pág. 105; véase también pág. 108 donde indica la manera de concebir la conciencia jurídica colectiva, a la que en defecto de ley, podrá acudir el juez.

(29) SIOUFI, *Essai sur le criterium et la nullité des obligations immorales et illicites* (th. París 1925, pág. 263).

presión de la voluntad común, sino como un sistema coordinado y teórico destinado a imponerse a ella”.

Alega también SIOUFI que “la regla moral, según este sistema sociológico, se encontraría siempre a merced de la voluntad de la mayoría; por tanto, en vez de buscar el carácter moral de un acto según su misma esencia, no se tiene en cuenta más que la frecuencia de su aplicación; y así, un mismo hecho traspasa ese límite mágico y deja como por encanto el hábito del vicio para revestir la capa inmaculada de la virtud”; resultaría según esto, análogamente, que una enfermedad, mientras se da en casos aislados es peligrosa, pero si se transforma en epidemia pierde su virulencia para ser normal e inofensiva (30).

TCHAVDAROFF, en otra tesis doctoral, rechaza igualmente el sistema sociológico de determinación de las buenas costumbres, defendiendo, como después veremos, la tesis de la moral absoluta (31).

Los peligros que resultan de la concepción sociológica son bien evidentes y han sido puestos también de relieve por ESMEIN, que se pregunta: “Si el juez ha de atenerse a la opinión dominante en el país en que juzga, ¿cómo determinará esta opinión? ¿Habría una especie de referéndum por una observación de los hechos, que le será, desde luego, imposible practicar de modo completo? El resultado sería tal vez la consagración de prácticas inmorales, toleradas o, incluso, favorecidas por la gran mayoría. El juez no debe seguir a la masa, cuando manifiestamente se extravía, sino, por el contrario, dirigirla, no haciendo prevalecer concepciones personales aisladas, sino apoyándose en la opinión de los elementos sanos de la población, guardianes de una tradición ya probada” (32).

De las objeciones que se formulan en las anteriores palabras por ESMEIN, creemos tiene un valor más profundo la segunda. Ese referéndum a que se alude es, desde luego, impracticable, pero también es realmente innecesario para conocer la existencia de una determinada costumbre predominante en un país y época determinados, por parte del juez. Este puede conocer esa opinión común fácilmente, por lo mismo que se trata de una costumbre extendida y practicada por la mayoría. No creemos, pues, que se trate de una verdadera dificultad. Pero, en cambio, sí nos parece certera la otra objeción. Conocida una determinada costumbre muy difundida, ¿basta este hecho para convertirla en norma? Nos encontramos frente a un hondo problema, que trasciende en realidad los límites de este trabajo, para alcanzar al tema de la creación del Derecho y del método jurídico. Por otra parte, ya en otra ocasión, hace años, impugnábamos las posiciones sociológicas en ese problema de la originación e interpretación del Derecho,

(30) SIOUFI, *Essai sur le criterium et la nullité des obligations immorales et illicites* (th. Paris 1925, págs. 69 a 88).

(31) TCHAVDAROFF, *De la notion des bonnes moeurs* (th. Toulouse 1927, página 138).

(32) ESMEIN, en el *Traité de Planiol y Ripert*, VI, núm. 229 (2.ª ed.).

criterio que ahora hemos de mantener (33). No cabe aceptar el imperio de los meros hechos sociales como normatividad jurídica.

Como dice, acertadamente, RIPERT, “el recurso a una concepción sociológica de las buenas costumbres testimonia simplemente el gran temor de los juristas de ver imponerse la regla moral en el mundo jurídico, y revelarse superior a la ley civil, puesto que jugaría un papel normativo y rompería los contratos que reuniesen todas las condiciones puestas por la ley civil” (34).

Por su parte, la jurisprudencia francesa ha sabido resistir a la sugestión de la moda sociológica, sabiendo, como dice con frase certera el propio RIPERT, que los Tribunales “son censores de las pasiones humanas y no sus servidores. No creen que la moda haga la justicia”; añadiendo que “maravilla ver en una sociedad en que la relajación, el juego, la corrupción, la especulación, el enriquecimiento injusto, son considerados con indulgencia por la opinión pública, que los Tribunales no toleren que tales móviles puedan inspirar convenciones válidas” (35).

4. *c*) Dirección normativa.—Frente a la concepción sociológica de las buenas costumbres, vemos alzarse esta otra concepción moral mantenida destacadamente por RIPERT en obras que han alcanzado una difusión bien merecida, como la titulada “La regla moral en las obligaciones civiles”. Pero aun dentro de esta dirección moral se plantean dudas sobre el contenido de la moral que deberá definir las buenas costumbres. Podemos considerar que hay dos corrientes dentro de esta dirección, según que se aluda a la llamada *moral social*, deducida de la opinión predominante en un país, o, por el contrario, se aluda a la *moral religiosa*.

Entre los partidarios de la moral social figura CAPITANT, quien afirma que la delimitación del dominio de las buenas costumbres “es una cuestión de apreciación que el juez resolverá inspirándose en lo que se ha llamado justamente la moral consuetudinaria, es decir, las reglas de conducta que acepta la conciencia general de un país” (36).

Igualmente, DE PAGE estima que las buenas costumbres no están identificadas con la moral religiosa, sino integradas por la llamada moral consuetudinaria, queriendo eliminar así toda incertidumbre sobre las diversas concepciones de la moral, así como la aplicación de cualquier moral confesional, como contraria a la libertad de conciencia (37). En esta dirección se encuentra también GORPHE, quien partiendo de una concepción extralegal del orden público y las buenas costumbres, por considerar que su papel “es precisamente completar lo que escapa a la ley, para dar criterios bastante comprensivos de lo

(33) V. nuestro Discurso de inauguración del año académico 1946-47, en el Centro de Estudios Universitarios: El Derecho natural y la moderna metodología, esp., pág. 21 (publicado por dicho Centro, Madrid 1946).

(34) RIPERT, *La regle morale cit.*, núm. 39, pág. 78, 3.<sup>a</sup> ed.

(35) RIPERT, *La regle cit.*, núm. 39, pág. 78.

(36) CAPITANT, *Introduction cit.*, núm. 33, pág. 65.

(37) DE PAGE, I, núm. 92.

que debe ser juzgado ilícito”, considera que “el carácter moral de este criterio impide definirlo en términos jurídicos. La jurisprudencia se contenta con determinarlo en relación con cada supuesto de aplicación. La doctrina se refiere bastante vagamente a las reglas de la moral corriente o comúnmente admitidas. La concepción de las buenas costumbres es esencialmente relativa a un país y a una época, por consecuencia variable con la evolución, de las costumbres y de las ideas; concluye que los Tribunales son, pues, árbitros en su apreciación, como cuestión de hecho, pero que en esa apreciación “deben inspirarse menos en la opinión de la masa que en las normas admitidas por un cierto nivel de ciudadanos como base de la vida social”. “Esta noción —añade— constituye un recurso a las reglas no escritas de la moral social para suplir a la insuficiencia de las reglas jurídicas y permitir a los Tribunales, juzgando en equidad, negar efectos a los convenios relativos a actos verdaderamente reprobables” (38).

Por el contrario, la otra tendencia quiere identificar las buenas costumbres a que el legislador se remite, no con una moral social variable en cada lugar y época, sino, más concretamente, con la moral religiosa cristiana. Hacia esta dirección se orienta RIPERT, que es la figura más representativa de esta tendencia en Francia, cuya crítica de la teoría sociológica ya hemos expuesto. Defiende el ideal moral como noción de las buenas costumbres por encima de las dificultades que en algún caso puedan existir, afirmando que “los Tribunales que se encontraban en presencia de hechos, y ante los que desfilaban seres movidos por motivos lamentablemente viles, tenían el deber de mantener la regla que largos siglos de moral cristiana han impuesto a la sociedad y que ellos están encargados de defender”, añadiendo más adelante que “la vieja ley moral nos da reglas que nadie puede negar ni transgredir sin ser culpable. Esta ley, los jueces la conocen y la practican ellos mismos. Cuanto más la hagan respetar, más progresará la idea del derecho (39). También en las últimas ediciones del Tratado elemental de PLANIOL, debidas al mismo RIPERT y BOULANGER, se lee lo siguiente: “En realidad, la regla moral admitida en un país es una regla de origen religioso. En Francia, como en los países de Europa y América, es el cristianismo el que ha impuesto una cierta moral. Las reglas de esta moral son seguidas por convicción, por hábito o por razón, poco importa. El juez constata su existencia y no tiene que pronunciarse sobre su fundamento. Cuando constata que la convención de las partes quiere crear un vínculo jurídico que sería contrario a las reglas de la moral o permitiría infringir una de estas reglas, debe anular la convención como contraria a las buenas costumbres” (40).

A conclusiones muy próximas llega ESMEIN, al decir que “es cierto

(38) GORPHE, *Bonnes moeurs*, en *Repertoire de droit civil Dalloz*, t. I, número 1, 2 y 6, pág. 491.

(39) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3.<sup>a</sup> ed., París 1935, número 39, pág. 79 y núm. 206, pág. 430.

(40) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité cl.*, II, núm. 109.

que las reglas morales seguidas en las sociedades humanas no son inmutables. Sobre puntos fundamentales ha habido y hay entre las diversas sociedades divergencias considerables de opinión: por ejemplo, sobre las condiciones de las relaciones sexuales, sobre la honestidad en las ventas y relaciones comerciales, sobre el juego". "Pero hay —añade— en las sociedades de civilización europea un cuerpo común de doctrina moral, tomado de la filosofía antigua y de las tradiciones cristianas, sobre el cual las divergencias son mínimas" (41).

STOUFI, después de criticar la tesis sociológica en los términos ya expuestos, defiende igualmente la teoría de la moral absoluta afirmando que "dada la invariabilidad de la naturaleza humana, según demuestra la experiencia y la historia, así como la existencia de una naturaleza espiritual, idéntica en todos los seres humanos, debe haber una moral absoluta, es decir, un conjunto de reglas de conducta, siempre las mismas en sus principios superiores, las cuales podrán sin duda descartarse, pero jamás sin inconvenientes"; como consecuencia de este sistema que propugna este autor, "quiere ver establecida la regla moral independientemente del capricho y de la voluntad adversa del medio ambiente", añadiendo que "el juez será el intérprete del ideal moral tal y como su fuero interno lo concibe, en lugar de interpretar maquinalmente un pretendido sentimiento general" (42).

Por su parte, TCHAVDAROFF afirma que "el problema de los límites del poder contractual reposa sobre consideraciones de orden ideal. Así propugnamos la necesidad de un idealismo jurídico en la apreciación de los actos en relación con las buenas costumbres...; el juez debe inspirarse en un ideal moral... escuchará la ley moral que reina en la sociedad... no dudamos en poner en primer plano, como medio de investigación, la propia conciencia moral, iluminada y perfeccionada por el ideal moral", añadiendo también "que no es la opinión pública la que revelará este ideal; no es que rechacemos que la opinión pública pueda revelar este ideal; no es que rechacemos que la opinión pública ejerza una cierta influencia sobre los jueces... pero lo esencial es que el juez no toma los elementos de su solución exclusivamente en el sentimiento general, en la opinión pública. Esta no puede guiarlo y él no debe buscarla para aplicarla como un principio absoluto"; deberá el juez, dice este autor, tener en cuenta el estado social para ver las posibilidades sociales, pero el juez no debe seguir ciega-gente el sentimiento popular "debe quedar siempre por encima de la opinión pública para guiarla y no para someterse a ella"; de este forma el derecho y la moral se penetran íntimamente (43).

SALGET también defiende con numerosos argumentos la teoría normativa moral afirmando que el criterio para descubrir el concepto de las buenas costumbres a que alude el Código no puede encontrarse en

---

(41) ESMEIN EN PLANTOL y RIPERT, *Traité pratique*, VI, núm. 229.

(42) STOUFI, *loc. cit.*, pág. 142 s.

(43) TCHAVDAROFF, *De la notion des bonnes moeurs* (th. Toulouse 1927, pág. 139 s.).

un catálogo que resultaría siempre incompleto o anticuado, sino que, por el contrario, "el criterio está solamente en la moral cristiana, aunque hay que tener en cuenta no confundir los preceptos morales consagrados por la Religión Católica con otras reglas, igualmente de la religión, pero procedentes de otro título, como, por ejemplo, las reglas de organización del matrimonio. Ni éstas ni otras análogas entran en la noción jurídica de las buenas costumbres, por una doble razón. De una parte, porque no son reglas de la moral. De otra, porque el Derecho francés posee a este respecto principios legislativos que se imponen al juez, como formando parte de otros compartimientos del orden público" (44).

#### VI. RELACIÓN ENTRE LAS NOCIONES DE ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES

Al hablar de la noción de orden público vimos cómo, según algunos juristas, comprende no solamente lo que afecta a los intereses generales del Estado, sino también a las bases morales, sobre las que reposa la sociedad. Y como las buenas costumbres se identifican, según una de las posiciones que hemos examinado, con la moral, podemos preguntarnos si, en realidad, se trata de dos nociones diferentes o, por el contrario, existe una relación estrecha entre ambas, hasta el punto de que una de ellas esté comprendida en la otra, y en este caso cuál de ellas, como de contenido más amplio, absorberá a la otra.

La doctrina francesa en este punto tampoco es unánime, pudiendo distinguirse una posición monista y otra dualista.

1. *a) Posición monista.*—Podemos considerar como opinión predominante la que estima que la noción de las buenas costumbres forma parte del principio de orden público, que, como más amplio, comprende también a aquélla. El orden público, según esta posición, expresa no sólo las bases generales del Estado, sino también las bases morales en que descansa la estructura social. En este sentido se expresan destacados autores, posición seguida también en bastantes tesis doctorales; citamos algunos de estos autores:

En el célebre "Tratado elemental de Derecho civil", de PLANIOL, en las reediciones hechas por RIPERT y BOULANGER, se escribe que "el respeto a la moral entra, a decir verdad, en el del orden público" (45). También el ilustre decano JULIOT DE LA MORANDIÈRE afirma que "entre las reglas de orden público hay que colocar las que interesan a las buenas costumbres, es decir, las reglas de la moral social consideradas como fundamentales para el orden mismo en la sociedad" (46).

(44) SAIGET, *Le contrat immoral* (París 1939, pág. 392).

(45) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, II, núm. 109.

(46) JULIOT DE LA MORANDIÈRE, *Précis cit.*, II, núm. 100, pág. 52.

En otro trabajo afirma también este autor que "la noción de las buenas costumbres es bastante vaga y se presta a controversias. Se la encuentra en Derecho penal con referencia a la moral sexual. En Derecho civil tiene un significado más general, sirve para combatir numerosas convenciones no conformes a



SIMON, al tratar del concepto del orden público, plantea su relación con el de buenas costumbres, examinando varias posiciones diferenciadoras y adoptando en definitiva su identificación por considerar que el orden público es el género y las buenas costumbres la especie. es decir, un aspecto parcial de aquél, estimando que si bien cabe pensar que estando comprendidas las buenas costumbres en el orden público, podía evitarse su referencia en los Códigos, se trata de una objeción puramente técnica (47).

También SAIGET considera las buenas costumbres como formando parte del orden público, y así, dice, "para comprender bien la función de la noción de las buenas costumbres es preciso representarla como compuesta de reglas de moral integradas en el Derecho, hasta el punto de formar una parte del orden público, distinta de las otras en cuanto a noción y de origen completamente diferente, pero que se encuentra, cuando se trata de su aplicación, en concurrencia continua con las otras reglas de organización social. Es por esto por lo que las variaciones de estas últimas son tomadas a veces como una transformación de las buenas costumbres" (48).

MALAUURIE, por su parte, si bien reconociendo que existen diferencias teóricas entre las dos nociones, ya que "el orden público es un principio abstracto, mientras que las buenas costumbres son una realidad puramente experimental", afirma que "no se puede establecer distinciones técnicas entre ellas"; considera que las buenas costumbres ejercen una función complementaria del orden público, que sirve para aclararlo: "son los faros que iluminan los valores representados por el orden público", pero concluyendo que "es necesario identificar el orden público y las buenas costumbres" (49).

En la reciente obra de MARTY y RAYNAUD, también se sigue esta posición unitaria, afirmándose que las buenas costumbres "es una noción difícilmente separable del orden público, del cual expresa en realidad una de sus exigencias, en particular en lo que concierne a las relaciones sexuales" (50).

Con esta posición monista no hay que confundir la postura de algunos Códigos y de un sector doctrinal que niegan la noción del orden público, aceptando, en cambio, la de las buenas costumbres, tal y como acontece en el Código alemán y entre los juristas franceses con SALEILLES.

---

la moral o a la honestidad tradicionales. No se distingue esencialmente, a nuestro juicio del orden público; nuestra organización social no reposa solamente sobre reglas morales, que no han sido expresamente integradas en las leyes, sino que impregnan nuestra civilización y forman parte del orden que la inspira" (*Etudes CAPITANT*, pág. 390, nota 6).

(47) SIMON, *L'ordre public en droit privé*, pág. 280 s.

(48) SAIGET, pág. 393; más ampliamente págs. 171 a 175.

(49) MALAUURIE, *L'ordre public et le contrat*, Reims 1953, núms. 30, 34 y 35.

(50) MARTY y RAYNAUD, *Droit civil*, I, núm. 99, pág. 163 y s. (Paris 1956).

Igual posición se sigue en la obra también reciente de los MAZEAUD, para quienes "la noción de las buenas costumbres es un aspecto particular del orden público" (MAZEAUD, Henri, Leon y Jean: *Leçons de droit civil*, pág. 2, núm. 118, pág. 93).

2. b) *Posición dualista*.—Dentro de la posición dualista que trata de diferenciar el orden público y las buenas costumbres, hay que distinguir a su vez, según la noción que previamente se haya adoptado en cuanto al orden público, pues aun coincidiendo en su diferenciación con las buenas costumbres, es distinto el sentido de la misma si se sigue la dirección legalista del orden público o si se acepta una dirección extrapositiva.

Dentro de la dirección legalista trata de establecer una clara separación entre las buenas costumbres y el orden público, HEMARD, quien dice que “el carácter ilícito de un acto puede depender bien de su ilegalidad (atentado al orden público), bien de su inmoralidad (atentado a las buenas costumbres). Todo acto ilegal o inmoral es ilícito; un acto ilícito no es necesariamente ilegal, puede ser inmoral. El interés de la distinción entre el orden público y las buenas costumbres aparece desde el punto de vista de sus fuentes y de su sanción por el Tribunal de Casación. En cuanto a sus *fuentes*, los casos en que el orden público es atacado resultan de la ley; aquellos en que las buenas costumbres son violadas, de la observación de la vida social, esto es, de los hechos”; estimando, en cuanto a la *sanción*, que mientras el orden público, derivado de la ley, está sometido, como cuestión de derecho, al control de la casación, en cambio las buenas costumbres, como cuestión de hecho, escapan a ese control (51).

Esta distinción, que pretende establecerse con toda nitidez, entre dichas nociones circunscribe el orden público a los textos legales y se basa en la tesis sociológica de las buenas costumbres. Otros establecen la distinción entre orden público y buenas costumbres partiendo de una concepción no sociológica de éstas. Así, en el Curso de Derecho civil de COLIN y CAPITANT se define el orden público por referencia al interés general del Estado y las buenas costumbres por referencia a la moral (52). Parece, pues, que dentro de esta posición quedan separados ambos conceptos por la respectiva órbita del derecho y la moral.

Esta posición dualista no resulta contradicha por la postura de la jurisprudencia que a veces tiende a aproximar ambas nociones de orden público y buenas costumbres, anulando muchas convenciones como contrarias a la vez a ambos principios, pues efectivamente una convención puede contrariar simultáneamente ambos límites de la autonomía

---

(51) HEMARD, *Precis cit.*, I, núm. 264.

(52) COLIN y CAPITANT, *Curso cit.*, I, págs. 171 y s. 3.<sup>a</sup> ed. esp.; sin embargo obsérvese la variación introducida en el concepto de buenas costumbres en esta obra a partir de la 7.<sup>a</sup> edición francesa, en que se sigue el concepto de la moral social. GENY también acepta esta posición dualista afirmando que la noción de las buenas costumbres “parece indispensable todavía para traducir ciertos aspectos esenciales e imperativos de la jurisprudencia positiva”; aplica las nociones morales, al contrario que la noción de orden público que evoca la idea de “consideraciones superiores, dominando la organización misma de la sociedad humana” (*Science et Technique*, III, pág. 481).

de la voluntad, sin que ello implique confusión o identificación entre los mismos (53).

## S E G U N D A P A R T E

### DELIMITACION DE LAS NOCIONES DE ORDEN PUBLICO Y BUENAS COSTUMBRES A TRAVES DE SU FUNCION

#### I. LA FUNCION DEL ORDEN PÚBLICO Y DE LAS BUENAS COSTUMBRES

Las discrepancias doctrinales en torno a la fuente de determinación del orden público y de las buenas costumbres que hemos examinado anteriormente se reflejan también en la fijación de su función.

Exponemos a continuación algunos criterios que nos pueden suministrar una idea de la variedad de matices con que se explica la función de dichas nociones.

SIMON, al investigar el contenido del orden público, rechaza las teorías que le atribuyen un contenido material, como hacen MERLIN, DEMOLOMBE, LAROMBIÈRE y LAURENT, para quienes el orden público es la organización social, lo contrario a la anarquía, materializando así esta noción. SIMON rechaza esta concepción por falsa (pues a veces los Tribunales aplican la noción de orden público sin que esté comprometida la paz social) y por inútil (ya que esta función es de suyo la misión propia del Derecho) (p. 231).

Para SIMON, el orden público es "la noción de Derecho tal y como ha sido comprendida en una sociedad, o más exactamente, que el orden público está constituido por los caracteres específicos del Derecho en un grupo social dado" (p. 252). Rechaza este autor la posible objeción de que el orden público se confunda con el Derecho mismo, porque no se trata de éste, sino del Derecho, tal y como se comprende en un grupo social determinado (p. 253). "El orden público es un orden intelectual, moral que en Roma como en la época actual expresa los caracteres específicos de la noción de Derecho, los cuales forman por tanto su contenido. Partiendo de esta idea se ha podido concluir que la ley escrita no estaba llamada a juzgar ningún papel en la realización práctica de esta noción; la función del orden público en el dominio legislativo es inexistente" (p. 335). "El elemento legal ve decrecer su importancia, a pesar y puede que a causa de *inflación* legislativa, en la elaboración de reglas de Derecho y de las instituciones jurídicas. Es, por tanto, al magistrado a quien incumbe la misión de determinar los caracteres específicos de la noción de Derecho y de asegurar su aplicación, bajo el nombre del orden público; la noción de orden público pertenece al dominio de la interpretación judicial; el juez, miembro de un grupo social determinado, tendrá, sin dejarse llevar por las oscilaciones de la opinión pública, conciencia de los ca-

---

(53) Sobre la posición de la jurisprudencia francesa en este punto SAIGET, páginas 171 y s.

racteres esenciales de la noción de Derecho, tal y como aparece en su grupo; puede decirse que tendrá el sentido imato del Derecho de su país y del espíritu de ese Derecho, del orden público" (p. 336) (1).

Para CLAPS-LIENHART, "el orden público es para las naciones lo que el orden natural es para el hombre: un instinto de conservación y de crecimiento" (p. 233). "El orden público es una tendencia hacia un equilibrio que, apenas se logra, se destruye: equilibrio entre las concepciones nacionales de lo Eterno y de lo Temporal" (p. 234). Sintetiza este autor su pensamiento definiendo el orden público como "ley de vida que se impone a las naciones y que impulsa a esas naciones hacia un máximo de vida, en lo material y espiritual, según las características de cada nación y según las circunstancias" (p. 230) (2).

Según PASCANU, el orden público equivale al orden jurídico, es la propia lucha por el Derecho que se libra tanto en el Parlamento como en los Tribunales. "Sociológicamente, la noción de orden público traduce la realización, el contenido, del orden jurídico, que no es más que la forma" (p. 9). "Hablar de orden público en Derecho civil significa sin duda hablar de un conflicto entre la ley y el individuo; pero hay que hablar también de la actividad continua que exige la realización de un plan. Hay que asignar un lugar a la resistencia de los hechos a la ley y también a los cambios del espíritu de la ley" (p. 10). "No se trata de una posición estática a fotografiar, sino de un movimiento que filmar" (p. 11). "La lucha por el Derecho ha sido realizada en nombre del orden público" (p. 170). "El juez es el árbitro de la lucha por el Derecho" (p. 197). "Como árbitro, el juez fija constantemente el contenido de esta noción" (p. 199) (3).

Según LOUIS-LUCAS, la función del orden público es "agrupar esta serie variable de exigencias de Derecho que cada época conoce y que son como la mentalidad de una civilización" (p. 156). En el orden público "debemos esperar encontrar una traducción de la moral en el Derecho; pero una traducción un poco lejana, que es también una adaptación porque es por un intermediario —la sociedad— como se obtiene esa reacción. Es la combinación de estas influencias —moralidad general e interés colectivo— lo que condiciona el orden público, el cual es una conveniencia y una conveniencia social. Es una conveniencia porque busca la justicia privada, aportando a ella la idea de licitud que moraliza la actividad de las partes. Es una conveniencia social porque esta moralización se extiende desde estos intereses privados a los intereses generales de los terceros y, en fin, a los intereses colectivos de la sociedad entera. Así el orden público puede ser descompuesto en una cierta licitud y en una cierta solidaridad. Pero no son dos ideas heterogéneas agrupadas bajo un mismo concepto: son dos

---

(1) SIMON, *L'ordre public*.

(2) CLAPS-LIENHART, *L'ordre public*.

(3) PASCANU, *La notion d'ordre public*, Paris 1937.

aspectos de un solo tema central: el poder del orden tal y como se deriva de la organización social legítima" (p. 158) (4).

En opinión de SAIGET, "de una manera general, se puede decir que el Derecho francés interno considera formado el orden público por un conjunto de reglas y de principios cuya violación implicaría atentado a la buena organización social. ¿Las buenas costumbres entran en esta categoría? A nuestro juicio, es así. He aquí la razón: el fin del Derecho es la armonía social, el fin de la moral, el perfeccionamiento individual. Pero hay ciertas reglas de moral que el derecho se apropia y se integra. ¿Por qué obra así? Porque considera que la observación de esas reglas es necesaria, indispensable a la armonía social. Su violación, por consecuencia, será de tal naturaleza que implicará un atentado al buen orden. Concluimos que cuando los Tribunales aplican una regla moral, la transforman así en una regla de Derecho, haciendo una máxima de orden público. Creemos deber afirmar, por consecuencia, que la noción de buenas costumbres no es y no puede ser más que uno de los compartimientos de la noción más vasta de orden público" (5).

En el tratado de COLIN y CAPITANT se definen las buenas costumbres por referencia a la moral, como ya dijimos, incluso fuera de toda disposición formal, y en cuanto al orden público, destacando su mayor dificultad de precisión, se afirma que "el orden público es el orden en el Estado, es decir, una cierta organización necesaria para el buen funcionamiento del Estado. Todas las leyes de Derecho público son, por consiguiente, de orden público, incluso, naturalmente, las leyes de Derecho penal. Pero, además, en la misma legislación civil, aunque en principio no se refiera ésta más que a la reglamentación de intereses particulares, se encuentran numerosas disposiciones tocantes al orden público, porque las reglas que contienen parecen indispensables al mantenimiento de la seguridad, de la moral públicas, al de las relaciones pacíficas entre los ciudadanos, a la comodidad de sus relaciones económicas. Estas disposiciones, referentes no sólo al interés de ciertos individuos, sino al interés general, deben permanecer intangibles. No puede depender de la voluntad de los particulares negarles su aplicación" (6).

Según RAYNAL, "el orden público es sinónimo de organización social. El mantenimiento del orden público que preocupa al legislador, no es más que el de las instituciones que según él forman las bases actualmente necesarias para la estructura de la sociedad". Por tanto, es fácil distinguir los contratos contrarios al orden público y buenas costumbres: "cuando la convención sea de tal naturaleza que implique un atentado a una institución que en nuestro estado social actual forme parte del edificio social, será contraria al orden público" (por ej., convención contra los derechos políticos, o la institución del matrimo-

(4) LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause*, Dijon 1918.

(5) SAIGET, 172.

(6) COLIN y CAPITANT, I, 162, 2.<sup>a</sup> ed. trad. esp.

nio, etc.). “Por el contrario, la convención no será contraria a las buenas costumbres más que si, abstracción hecha de la organización social actual, puede parecer todavía como censurable” (por ej., contratos sobre concubinato si no existiese el matrimonio, sino la unión libre; el pacto por el que una mujer se obligase a entregarse por un precio no iría contra el orden público, pero sí contra las buenas costumbres) (7).

Para CAPITANT, según vimos, las leyes imperativas no son necesariamente leyes de orden público, pues comprenden también leyes de protección de intereses privados. Ahora bien, las leyes de orden público, que son desde luego inderogables, las delimita por referencia al propio concepto de éste. Según este ilustre autor “se puede definir el orden público como el orden del Estado, es decir, la armonía de las instituciones que son indispensables al ejercicio y al funcionamiento del Estado. La palabra orden público indica, en efecto, la idea de una disposición lógica, de una subordinación que da al conjunto la unidad y la vida” (8). En cuanto a las buenas costumbres, afirma que esta noción se une estrechamente a la de orden público; “todo atentado a las buenas costumbres compromete al orden social por el desorden que causa, por el peligro de la imitación y debe ser cuidadosamente reprimido” (9).

En la reciente obra de MAZEAUD, al tratar de las atenuaciones al principio de la autonomía de la voluntad, inspiradas en la defensa social, se dice que “si hay que afirmar en principio que la voluntad es libre de obrar en el dominio jurídico, no debe, sin embargo, ir contra una ley imperativa, una disposición de orden público. Hay una barrera que los redactores del Código civil habían ya opuesto a la voluntad autónoma: artículo 6”; indicando que “con la socialización del derecho las leyes imperativas se han multiplicado”, citando diversos ejemplos; “en todas estas materias —añade— es el orden social el que el legislador entiende proteger contra la autonomía de la voluntad” (10).

Y en la misma obra, expresando más concretamente estas nociones, se dice que “los redactores del Código civil han opuesto a la libertad de las partes el orden público y las buenas costumbres, guardándose de definir estas nociones. Incluían en el orden público las cuestiones referentes a la organización del Estado y a la forma de gobierno, las que interesan a la familia, la libertad y el estado de las personas. Lo que quisieron, ante todo, prevenir era un retorno a las concepciones del antiguo régimen, a la división de la nación en clases, al sistema feudal, a la desigualdad entre los herederos”; en cuanto a “la noción de las buenas costumbres es un aspecto particular del orden público”. Y al estudiar el objeto del contrato se expresa que “la evolución social

(7) RAYNAL, 87.

(8) CAPITANT, *Introduction a l'étude du droit civil*, 5.<sup>a</sup> ed., París 1927, número 27, pág. 61.

(9) CAPITANT, *Introduction cit.*, núm. 33, pág. 65.

(10) MAZEAUD (Henri, León y Jean), *Leçons de droit civil*, I, núm. 265, página 289.

tiende a multiplicar las disposiciones de orden público; el legislador dicta reglas imperativas cada vez más numerosas, y más tribunales revelan la existencia de reglas de orden público incluso en ausencia de un texto especial" (11).

En otra obra reciente de MARTY y RAYNAUD, afirman que "todas las leyes imperativas no son necesariamente leyes que interesen al orden público y las buenas costumbres", aunque éstas constituyen una parte muy importante de las leyes imperativas, y que hay que evitar confundir estas nociones de orden público y buenas costumbres con nociones mucho más amplias, como el orden, la justicia y el bien común en la sociedad; y a modo de definición indican que "el orden público no es más que lo que es considerado como indispensable al mantenimiento de la organización social. Y en cuanto a las buenas costumbres, es una noción que en derecho expresa un mínimo de moralidad igualmente considerado como exigible en la vida social. Es una noción difícilmente separable del orden público, del cual expresa en realidad una de sus exigencias, en particular en lo que concierne a las relaciones sexuales" (12).

## II. SISTEMATIZACIÓN DOCTRINAL

En las opiniones doctrinales expuestas, representativas de las más variadas tendencias sobre la función del orden público y buenas costumbres, podemos encontrar la base para una sistemática de teorías, si bien sea difícil a veces la clasificación de algunas opiniones.

A nuestro juicio, podemos agrupar tres tendencias en cuanto a la función que se asigna al orden público, que pudiéramos calificar, una como jurídico-general; otra, como social-material, y otra, finalmente, como jurídico-fundamental, advirtiendo, desde luego, lo convencional de estas denominaciones.

Entendemos por sistema jurídico-general aquel que asigna a las nociones de orden público y buenas costumbres una función tan genérica en el mundo del Derecho que fácilmente se confunde con la propia función de éste, sin que, por tanto, estas nociones aporten ningún nuevo criterio ni utilidad en el estudio de los problemas del Derecho.

La teoría que hemos denominado social-material asigna, por el contrario, una función específica a las referidas nociones de orden público y buenas costumbres, consistente en garantizar el orden material en la vida social, esto es, de servir de salvaguardia a la paz social. Este modo de entender la función de dichos conceptos los materializa excesivamente, pues aunque la primaria función del orden jurídico sea ese mínimo de estabilidad social sin el cual no cabe la vida jurídica, el orden jurídico persigue metas más elevadas, sin que dicho mantenimiento del equilibrio social, así entendido y materializado, pueda representar el papel tan amplio e importante que las nociones que estu-

(11) MAZEAUD (Henri, León y Jean), *Leçons de droit civil*, t. II, núm. 118, siguiente, pág. 93 y núm. 245, pág. 196.

(12) MARTY y RAYNAUD, *Droit civil*, I, núm. 99, págs. 163 y s. (París 1956).

diamos representan en el mundo jurídico. Resulta, pues, esta tendencia insuficiente para caracterizar la función de dichas nociones.

Finalmente, el criterio que llamamos jurídico-fundamental se orienta hacia los fines más elevados del orden jurídico, sin confundirse con éste porque tan sólo mira a preservar las instituciones fundamentales del Estado. Se asigna así, pues, al orden público y a las buenas costumbres la función de servir de guardianes de esas instituciones básicas que no pueden quedar al arbitrio de la voluntad privada ni ser desconocidas sin menoscabo de lo más importante del orden jurídico.

Indudablemente que la doctrina francesa contemporánea se orienta, como puede verse en el elenco de opiniones doctrinales transcritas, hacia esta última postura, acertadamente, siendo excepcional la defensa de alguna de las otras opiniones o teorías que acabamos de indicar.

### TERCERA PARTE

#### DELIMITACIONES DE LAS NOCIONES DE ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES A TRAVÉS DE SU SANCION

##### I. NULIDAD DE LOS ACTOS CONTRARIOS A LAS NORMAS IMPERATIVAS AL ORDEN PÚBLICO Y A LAS BUENAS COSTUMBRES

El carácter más acusado de las normas imperativas es el de su inderogabilidad, esencial a su propia naturaleza y, por consecuencia, la sanción correspondiente a las mismas debe ser la nulidad de los actos que las infrinjan, nulidad de carácter absoluto, insanable.

En cuanto a los principios de orden público y buenas costumbres, están elevados por el legislador al propio rango de la ley imperativa y, por tanto, deben tener igual sanción los actos que impliquen su violación.

En el Derecho francés la nulidad absoluta, radical, tiene lugar, entre otros casos, por la infracción de normas de orden público y buenas costumbres, según resulta de diversos preceptos, ante todo el artículo 6.º, que ya fué estudiado, así como el artículo 1.108, que exige para la validez de la obligación, entre otros requisitos, una causa lícita. La misma exigencia de una causa lícita se reitera en el artículo 1.131, a cuyo tenor "la obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o en una causa ilícita, no puede producir ningún efecto".

Con dichos preceptos hay que poner en relación el fundamental artículo 1.133, que nos revela las diversas fuentes de ilicitud de la causa al disponer que "la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público".

Así, pues, los actos cuya causa sea contraria al orden público y a las buenas costumbres no pueden crear obligaciones válidas (art. 1.108) ni producir, por tanto, ningún efecto (art. 1.131), en virtud de la ilicitud de su causa (art. 1.133).

No es objeto de este estudio analizar la nulidad resultante de la infracción de las normas de orden público y buenas costumbres, tema



que requiere un estudio independiente; hemos de señalar solamente que el efecto de tal nulidad afecta no sólo al futuro del acto anulado, sino también al pasado, procediendo la recíproca restitución de lo ejecutado por consecuencia del acto. Sin embargo, en esta materia de la restitución de lo ya recibido para la completa y retroactiva anulación del acto contrario al orden público o buenas costumbres, tiene lugar una importante restricción que rige respecto a las obligaciones inmorales en virtud de una máxima de gran abolengo jurídico: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

## II. LA REGLA "NEMO AUDITUR"

La máxima expresa la imposibilidad de repetir aquello que se entregó voluntariamente en cumplimiento de una obligación inmoral, significando, por tanto, una profunda excepción a la acción de repetición procedente en las obligaciones sin causa o con causa ilícita para evitar el enriquecimiento injusto.

Tiene, pues, una importancia práctica grande la aplicación de la regla *nemo auditur*, ya que impide el ejercicio de la acción restitutoria de lo entregado sin justa causa. Pero es el caso que esta máxima, que procede de la tradición del Derecho romano y del antiguo Derecho francés, no ha sido expresamente consagrada en el Código civil francés, habiéndose originado en la doctrina francesa, a lo largo del pasado siglo, una amplia controversia sobre su vigencia, controversia que todavía continúa en el momento presente. Hemos de examinar, pues, las razones aducidas en este debate a favor y en contra de la vigencia en el Derecho francés de la referida máxima, así como también los razonamientos en torno al propio fundamento de la misma.

## III. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA MÁXIMA "NEMO AUDITUR"

1. Argumentos positivos y extrapositivos.—En una primera fase se trató de defender la procedencia de la máxima *nemo auditur* basándose en algunos textos legales; y también la impugnación de su procedencia giró sobre dichos textos, de suerte que el debate estuvo centrado en torno a los mismos.

Sin embargo, más tarde los defensores de la máxima han alegado razones de más amplia base que las estrictamente legales, invocándose en su apoyo la moral, la equidad, la sanción preventiva de la contratación inmoral, etc. Y por su parte, los impugnadores de la máxima han buscado también en este terreno sus argumentos, por lo que la controversia ha girado en tiempos más recientes sobre estos fundamentos más amplios de carácter extrapositivo.

2. El debate en torno a los textos legales.—Si bien el artículo 1.131 del Código civil francés sanciona la carencia de efectos de las obligaciones cuya causa sea ilícita, se pensó que la repetición de la prestación inmoral realizada voluntariamente implicaría admitir algún

efecto de dicha convención ilícita y, por tanto, que dicho texto legal podría invocarse en favor de la denegación de la repetición (1).

Sin embargo, en contra de la máxima se alega más corrientemente el referido artículo 1.131, estimando que la repetición es absolutamente necesaria para que la obligación ilícita no produzca ningún efecto, pues si, por el contrario, se rechazase la repetición, se mantendrían las prestaciones verificadas voluntariamente en cumplimiento de un contrato inmoral y éste produciría efecto contra lo dispuesto en dicho precepto (2).

En contra igualmente de la máxima se alegan los artículos 1.376 y 1.235 del Código civil francés, que consagran en este cuerpo legal la prohibición de enriquecimiento injusto mediante la correspondiente acción de repetición del pago de lo indebido.

Pero los partidarios de la máxima observan, a su vez, que en los citados textos la acción de repetición se concede solamente al que ha pagado por error, mientras que el que cumple una obligación inmoral no paga por error, sino que conoce la inmoralidad, o bien incurre en un simple error de derecho, que no es suficiente para fundar la repetición (3).

Asimismo, se pone de relieve que dichos preceptos legales se refieren a la *condictio indebiti*, mientras que la repetición que prohíbe la máxima concierne a la *condictio ob turpem vel injustam causam*. Se trata así de establecer, en favor de la máxima, la siguiente distinción: mientras procede la restitución de lo indebidamente pagado, no procede, en cambio, cuando se trata de una obligación inmoral (4).

También este argumento trata de invalidarse por los que impugnan la máxima, negando la aplicación al Derecho francés de dicha distinción, pues al abandonar el sistema romano de la promesa abstracta, la *condictio ob turpem causam* ha pasado a ser un caso particular de la *condictio indebiti*; por tanto, procederá la restitución de lo entregado en cumplimiento de una obligación inmoral por aplicación de los artículos 1.235 y 1.376 y ss. (5). En cuanto al argumento deducido en favor de la máxima, de la necesidad de pago por error para que proceda la restitución, se alega por los impugnadores de la misma que este argumento no es válido en Derecho francés, en que nunca se admite el enriquecimiento injusto, exigiéndose el error tan sólo en un caso especial (art. 1.377), por lo que no cabe extenderlo fuera del mismo (6).

(1) DELAMARRE y LE POITVIN, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, París 1861, t. 1, pág. 111.

(2) DEMOLOMBE, t. 24, núm. 382; WAGNER, págs. 45 y s. y otros muchos.

(3) TZARANO, 38; LAROMBIERE, *Ob.* art. 1.133, núms. 10 y 11, alega el simple error de derecho.

(4) AUBRY y RAU, 4.<sup>a</sup> ed. 1871, t. IV, pág. 742, núm. 8; TZARANO, pág. 38; SAIGET, 326.

(5) WAGNER, pág. 62; GUIRAUDET, págs. 918 y s.; ARBUS, 143 y s.; SIOUFI, página 184; RAYNAL, pág. 144.

(6) En contra de la necesidad del error para la acción de repetición: ARBUS, páginas 143 y s.; GUIRAUDET, 112; DEMOLOMBE, reconoce que la repetición no

Pretendiendo excluir la repetición se ha invocado también la doctrina de la obligación natural expresamente recibida por el Código francés al permitir la *soluti retentio* de lo pagado en cumplimiento de la misma (art. 1.235, 2.º). Según esta opinión, si el deudor pagó conociendo el carácter inmoral de la obligación, el acreedor puede rechazar la acción de restitución; el artículo 1.235, 2.º, vendría a contrarrestar al 1.131, originando una excepción al mismo, porque el deudor de una obligación ilícita está obligado naturalmente (7).

Sin embargo, la aplicación de la doctrina de la obligación natural a la obligación inmoral ha sido impugnada, con razón, por los autores contrarios a la máxima, ya que su aplicación "desconoce de modo flagrante la verdadera naturaleza de la obligación natural", pues ésta se basa en deberes morales (GUIRAUDET).

En efecto, la idea de la obligación natural no es aplicable a los negocios inmorales, al menos para los que parten de un concepto de la obligación natural impregnado de la idea del deber moral, puesto que sería contradictorio e inadmisibile que se negase la repetición del negocio inmoral por la idea de que era inmoral dicha repetición en sí. Mientras que en la obligación natural lo que se estima inmoral es la repetición de lo que se cumple impulsado por un deber moral, en el negocio inmoral la inmoralidad estriba en la propia convención y no en la repetición, que en sí misma no aparece como inmoral.

Y aun fuera de esta tesis de la obligación natural basada en el deber moral, se estima igualmente rechazable su aplicación a la obligación inmoral, pues si la obligación natural es una obligación civil sin acción, en las obligaciones inmorales no existe obligación alguna porque son nulas a tenor del artículo 1.131 (8).

3. La denegación de repetición por el carácter aleatorio del contrato inmoral.—SALEILLES ha expuesto la teoría de que el fundamento de la regla *nemo auditur* proviene de que conociendo los que celebran una convención inmoral la imposibilidad que tienen de encontrar el apoyo de los Tribunales, quieren celebrar un contrato aleatorio, puesto que cada uno corre el riesgo de que la otra parte no quiera voluntariamente cumplir su obligación. Dice, en efecto, este autor, que el que celebra un contrato inmoral, "como debía prever desde el principio esta imposibilidad de obtener por la vía judicial lo que esperaba del *accipiens*, se reputa que ha hecho una especie de contrato aleatorio en

---

puede fundarse en los arts. 1.376 y s. que por referirse a la *condictio indebiti* propiamente dicha, exigen el error en el pago, pero en cambio estima que podría basarse en el art. 1.235, 1.º, que sanciona con la misma todo pago de deuda inexistente, siendo uno de sus posibles supuestos de aplicación el pago hecho por causa contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres (t. XXXVI, página 369, núm. 435 y pág. 200, núm. 232).

(7) BOZERIAN, *Rev. pratique de droit française*, t. IV, pág. 15.

(8) En contra de la existencia de una obligación natural: GUIRAUDET, página 106; ARBUS, 1.143 y s.; WAGNER, pág. 59.

el cual se encuentra la verdadera causa que justifica el mantenimiento de la prestación en las manos del que la ha recibido" (9).

Sin embargo, este pretendido fundamento de la citada regla no ha encontrado mucho eco en la doctrina, ni siquiera entre los que defienden su aplicación. Así, SAIGET dice que este fundamento alegado por SALEILLES se remite a la propia voluntad de las partes, que habrían aceptado un contrato aleatorio, lo que es completamente distinto del fundamento histórico de la máxima, derivada de la propia indignidad del que reclama la repetición (10).

Atacando más fuertemente la teoría de SALEILLES, se alega por AUBERT que no cabe considerar como un contrato aleatorio una obligación nula; y, asimismo, que no puede concebirse una regla derivada de la moral que se base sobre un principio que le es completamente extraño (11).

4. El argumento en torno a la derogación de la máxima por el Código.—Ante la dificultad de encontrar apoyo legal expreso en favor de la máxima *nemo auditur*, sus defensores invocan la tradición, representada por el Derecho romano y antiguo Derecho francés, especialmente POTHIER, en el cual se inspiró el vigente Código en materia de obligaciones, no creyendo, además, que la falta de una consagración legal pueda ser un argumento válido en contra de la máxima, porque ésta tampoco estaba expresamente sancionada por la ley en el anterior Derecho francés ni en el Derecho romano.

Sin embargo, la falta de una consagración expresa de la regla en el Código francés ha sido considerada por los impugnadores de la máxima como un argumento demostrativo de la derogación tácita de dicha regla anteriormente vigente, e incluso se considera que el artículo 1.131 ya citado implica una expresa derogación de la regla que estudiamos. Se añade también por algunos que cuando el Código ha querido prohibir la acción de repetición, lo ha ordenado expresamente, como acontece en los artículos 1.235-2.º para el pago de la obligación natural, y 1.967 para el pago de las deudas de juego (12). Es más, según RAYNAL, la expresa declaración, en este último precepto, de la *soluti retentio* de lo pagado voluntariamente en deudas de juego, sería innecesaria si la no repetición fuese la regla general en los contratos ilícitos; se deduce de esta consideración el carácter excepcional del artículo 1.967 frente al 1.131 (13).

5. El argumento en torno a la dignidad de la Magistratura.—Fuera de los textos legales, uno de los argumentos que tradicionalmente se han venido esgrimiendo en favor de la máxima es el que

(9) SALEILLES, *Etude d'une théorie general de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand.*, págs. 465 y s. Téngase en cuenta, sin embargo, que esta doctrina no fue aplicada por su autor al Derecho francés, sino referida al enriquecimiento sin causa en el primer proyecto de Código civil alemán.

(10) SAIGET, 329.

(11) AUBERT, 28.

(12) DEMOLOMBE, t. XXX, pág. 370, núm. 435.

(13) RAYNAL, págs. 148 y s.

resulta de la dignidad de la Magistratura, por estimar que sería ofensivo para la misma el escuchar no sólo la existencia de transacciones inmorales, sino, lo que es peor, las alegaciones de aquel que habiendo realizado un acto inmoral invoca su propia inmoralidad para pedir la restitución de lo voluntariamente entregado (14).

Pero este argumento ha sido desvirtuado por los contrarios a la máxima considerando, o bien que la acción de repetición no se opone a la dignidad de la Magistratura, o bien que el mantenimiento de la prestación inmoral ya efectuada añadiría una nueva inmoralidad a la primera, o en última instancia la imposibilidad de denegar la justicia a nadie (15). Se añade también que el demandado que siendo también *turpis* alega la máxima, invoca hechos inmorales que el juez, sin embargo, escuchará, puesto que le dará la razón al rechazar la acción (16). Y que el rechazar la repetición por indignidad del que la reclama es contradictorio con la posibilidad de alegar la inmoralidad, por excepción, conforme al artículo 1.131 frente al que reclama el cumplimiento de la convención (17). A este último argumento se responde en favor de la máxima que si los Tribunales rechazan la reclamación de cumplimiento de una obligación inmoral, no es por la alegación del demandado, sino por la propia indignidad del demandante (18). En las precedentes argumentaciones aparecen involucrados dos fundamentos bien distintos, uno referente a la propia dignidad de la Magistratura, que le impediría oír alegaciones basadas en un contrato inmoral, y otro fundado en la indignidad del que reclama la restitución, que le impediría ser oído por la Magistratura por la indignidad resultante de basar su propia alegación en una obligación inmoral. Si bien el primer argumento es fácilmente rebatible, ya que la Magistratura tiene que oír con frecuencia alegaciones de hechos criminosos e inmorales, no es tan fácilmente rebatible el segundo argumento. Si la Magistratura ha de oír a diario toda suerte de inmoralidades, no es precisamente para servir de fundamento a las pretensiones del que las alega, sino, por el contrario, para castigarlas y penarlas deduciendo consecuencias contrarias al que ha realizado tales actos.

6. El debate en torno a la función preventiva de la sanción a la inmoralidad.—Uno de los argumentos más fuertemente esgrimidos

(14) AUBRY y RAU, t. IV, parágrafo 442 bis, nota 8.

(15) DEMOLOMBE, VIII, 384: "La protección a la justicia es la justicia misma. Esta es debida a todos y siempre". Otros autores se preguntan qué textos autorizan a denegar la repetición por indignidad, así ARBUS (143 s.) estima que rechazar la repetición equivaldría a consagrar una incapacidad sin texto alguno que la establezca; PIEDELIEVRE, hace suya la argumentación de MEYNAL según la cual es un absurdo pretender que la Magistratura "sólo oye discursos de gentes honestas" (pág. 267).

(16) GUIRAUDET, 70.

(17) PIEDELIEVRE, 267. Según MEYNAL, la denegación de justicia conduce a hacer al contrato "inexistente antes de su ejecución, irrevocable después" (Dalloz 1904, 2, 449).

(18) DUBOIS, *Nota a SIREY*, 1874, II, 449.

en la doctrina contemporánea se basa, no ya en los fundamentos subjetivos de la indignidad del que pide la restitución, ni de la dignidad de la Magistratura, sino en el carácter de sanción preventiva que pueda desempeñar bien la repetición, bien la denegación de la misma, pues efectivamente este argumento ha sido esgrimido tanto en contra como en favor de la máxima.

En favor de la máxima se alega que el privar de la acción de repetición al que cumple un contrato inmoral lleva consigo el privar de toda seguridad a esta contratación al quedar cada parte en manos de la contraria; la máxima veudría así, por otro camino, a desempeñar la misma función que el artículo 1.131, a saber, el desanimar a la celebración de obligaciones inmorales, ya que de éstas no surgirían ni acciones para exigir el cumplimiento, ni tampoco la repetición de lo voluntariamente ejecutado (19).

Pero se impugna la regla alegando también la función preventiva de la repetición, ya que cuando se cumple voluntariamente una obligación inmoral, después de su ejecución no hay inseguridad alguna para el que recibe la prestación; bastaría a ambas partes contratar al contado, para evitarse recíprocamente correr el más mínimo riesgo de inseguridad. Por el contrario, la posibilidad de repetir las prestaciones efectuadas es un arma más eficaz como función preventiva contra la contratación inmoral, ya que quita toda seguridad a lo recibido, al menos mientras no se cumpla la prescripción treintenal. "Sólo una institución general, la prescripción, privará al deudor de su derecho a la repetición cuando hayan pasado treinta años desde el pago" (WAGNER) (20).

7. La cuestión de la injusticia de los efectos de la máxima.— En contra de la privación de la repetición que la máxima origina, se invoca también la injusticia de sus consecuencias, porque permite el enriquecimiento sin causa del demandado que por su parte no ha cumplido (21).

Para evitar este enriquecimiento injusto, se quiere descartar el efecto de la regla *nemo auditur* por otro camino, el de la *actio in rem verso*; si la restitución no puede basarse en el propio contrato inmoral, puede acudirse a la acción extracontractual de *in rem verso* para pedir, al que ha recibido una cosa sin causa, su devolución.

Algunos autores defensores de la máxima reconocen que esta acción será posible, pero sólo en algunos casos. RIPERT afirma que "si el demandante intenta una acción que no supone ningún conocimiento para el juez del contrato inmoral, esta acción debe ser admitida... Pero en la mayor parte de los casos no se puede separar... el pago efectuado, del contrato que ha dado nacimiento a este pago; porque

(19) SAIGET, 327; TZARANO, 39 y 109; DUBOIS, en SIREY, 1874, 1.241.

(20) En contra de la máxima, por considerar de interés social la repetición como sanción preventiva: WAGNER, 44, 73, 91; PIEDELIEVRE, 226; STOUFI, página 184 y 266; MEYNIAL, SIREY, 90, 2, 97; ARBUS, 147 y s.

(21) Contra la máxima por el enriquecimiento injusto que ocasiona: PIEDELIEVRE, 267.

hace falta para que haya acción de *in rem verso*, que el pago sea sin causa, y aquí hay una causa, si bien inmoral. Si fuera posible la acción de *in rem verso*, su ejercicio tropezaría con el mismo obstáculo: el demandante obligado a indicar por qué ha pagado debería prevalecerse del acto inmoral realizado y el juez rehusaría escucharle” (22).

Resultaría, por tanto, en definitiva un enriquecimiento injusto del demandado que se ve favorecido por la ventaja que le procura la posesión. Pero todavía en favor de la máxima se alega que el juez o el legislador no pueden castigar a todos los culpables, sino tan sólo a los que recurren a ellos, ignorando a los otros; en el caso de inmoralidad común, el que necesita recurrir a la justicia sale perjudicado, pero esto le sirve de sanción (23).

Desde el punto de vista de la justicia contractual se alega en favor de la máxima que el admitir la repetición conduce a una situación muy desigual al acreedor y al deudor, cuando ambos son partícipes en la inmoralidad, pues el primero resultaría en situación desventajosa.

En efecto, si el acreedor “acciona para reclamar la prestación que le es debida, será rechazado; pero si ha obtenido tal vez del deudor un pago voluntario, no está jamás seguro de conservarlo; el deudor no tiene más que repetir lo que ha entregado y resultará, por tanto, ganancioso... El deudor está verdaderamente en una situación muy ventajosa; puede rechazar la ejecución, y si ha pagado tiene treinta años para apreciar los efectos del pacto inmoral y hacerlo revocar si no le resulta beneficioso. Esta disparidad de trato es ciertamente injusta. El sistema tradicional pugna menos con la moral, dejando a las dos partes, la una a merced de la otra, privándoles del recurso a la ley que han infringido abiertamente” (24).

Pero en contra de la máxima se alega que mientras la obligación se ejecuta, el deudor resulta favorecido porque puede rechazar la demanda; después del pago, en cambio, sería el acreedor, porque al alegar dicha máxima rechaza la restitución, considerándose imposible que esta alteración de situación favorable pueda producirse. Se dice, en efecto, que “el solo hecho de la ejecución no parece que pueda modificar su respectiva situación y su parte de responsabilidad en la inmoralidad de la convención” (25).

Al anterior argumento se contraobjeta por los partidarios de la máxima que en el caso de inmoralidad común es la situación de hecho la favorecida, haciendo así intervenir en esta materia un criterio de índole posesoria.

A pesar del anterior argumento, los impugnadores de la máxima alegan que si dicha situación era comprensible en Derecho romano,

---

(22) RIPERT, pág. 205 y s., núm. 109; MAURY, II, págs. 16 y s.; TZARANO, página 110 y s.

(23) RIPERT, pág. 207, núm. 110.

(24) Citado por GUIRAUDET, 72.

(25) GUIRAUDET, 102.

porque el acreedor era propietario según el derecho quirritario, aunque la causa fuese inmoral o ilícita (por lo que sólo frente a un deudor exento de inmoralidad el juez derogaba los principios y concedía la restitución), en Derecho francés el contrato ilícito es nulo y, por tanto, también la transmisión de propiedad, el deudor que entregó la cosa sigue siendo propietario de ella y, por tanto, la posesión del acreedor (*accipiens*) está contrapesada por la propiedad del deudor (*tradens*) (26).

Según este punto de vista, se alega en contra de la máxima que el deudor *turpis* que pide la restitución no se basa en el contrato inmoral, sino que, por el contrario, reclama como propietario, siendo, en cambio, el acreedor demandado el que alega la *turpitud* común (27).

### C O N C L U S I O N

Del triple examen realizado respecto a las nociones del orden público y las buenas costumbres en torno a sus respectivas fuentes, función y sanción, podemos extraer algunas conclusiones respecto a la posición adoptada en este problema por la doctrina francesa contemporánea.

A) Desde el punto de vista de la fuente, en las nociones de orden público y buenas costumbres creemos puede apreciarse en primer término una grave dificultad con que ha tropezado en el pasado siglo la doctrina francesa para ver con lucidez la fuente de origen del orden público, consistente dicha dificultad en el precepto contenido en el artículo 6.º del Código civil francés, que involucra esta noción del orden público con las leyes que afectan al orden público. Nos detuvimos detenidamente en esta materia, y bastará ahora indicar que, a nuestro juicio, esta confusión ha perturbado el normal desarrollo de la doctrina sobre esta materia. Ha sido preciso una labor persistente de la doctrina reciente, así como de la jurisprudencia francesa para poder independizar la noción del orden público del origen legal que parece asignarle el referido precepto.

Es evidente la trascendencia que, como ya señalamos, tiene esta diversa concepción del origen del orden público, según haya de estar monopolizado por el legislador o se trate más bien de una noción mucho más amplia y de carácter complementario a la ley.

Por consecuencia de la anterior confusión ha resultado también dificultosa a veces en la doctrina francesa la tarea de determinar la clásica noción de ley imperativa como ley inderogable, originando la controversia que hemos referido sobre la identificación entre ley imperativa y ley de orden público, o, por el contrario, el reconocimiento de un mayor campo de aplicación a la primera que comprendería, junto

(26) GUIRAUDET, 102.

(27) GUIRAUDET, 102; DUVERGIER, Rev. étrangère et française 1840, página 582.



a las leyes que tienden a salvaguardar un interés general, también aquellas otras que miran a proteger intereses privados como las protectoras de los incapaces.

De toda suerte, en la hora presente parece reconocerse cada vez más un papel definidor de la noción del orden público a los Tribunales aun fuera de todo texto positivo.

Respecto a la noción de las buenas costumbres, es innegable la tendencia de la doctrina francesa actual hacia su unificación con la noción más vasta del orden público, en el cual representaría uno de los sectores, factores o ingredientes que lo componen.

Con independencia de si la noción de las buenas costumbres integran un sector de la del orden público, o tiene, por el contrario, independencia de la misma, el problema de su fuente definidora también tropezó en la doctrina francesa con la dificultad resultante del texto indicado del artículo 6.º del Código civil, que refiere también, literalmente, la limitación que impone, a las leyes que afectan a las buenas costumbres. Paralelamente, también la doctrina francesa, así como la jurisprudencia, se han ido independizando de este tutelaje legal para reconocer un más amplio dominio a las buenas costumbres como norma limitadora de la voluntad privada.

Pero todavía en esta materia, y aun reconocido el carácter extra-positivo que pueden alcanzar las normas representativas de las buenas costumbres, la doctrina francesa no asigna de modo unánime una fuente delimitadora a esta noción, sino que, por el contrario, muestra una división fundamental según trate de referir el contenido moral de esas buenas costumbres a la norma resultante de los hechos sociales o, por el contrario, a una norma religiosa basada en la moral cristiana tradicional. Sin embargo es obligado reconocer que la tendencia predominante en el momento presente no se orienta hacia ninguno de esos dos puntos extremos que rechaza por diversos motivos, sino más bien a una tercera posición que define la moral como la moral social, no en el sentido sociológico, sino en el de tener en cuenta las opiniones de la parte más sana de la población en torno a lo que deba entenderse por moral.

B) Desde el punto de vista de la función, encontramos también grandes discrepancias en la doctrina francesa derivadas ahora de una diversa magnitud atribuidas a las nociones de orden público y buenas costumbres, magnitud que podemos considerar como desorbitada respecto a quienes hacen de esta noción una repetición de la del Derecho y contrariamente disminuida para quienes le asignan un papel de mero mantenedor del orden en la calle.

Entre ambas posiciones, sin embargo, la posición predominante en la doctrina francesa tiende a asignar a esta noción de orden público, incluida en la misma la de las buenas costumbres, un papel complementario al de la ley imperativa, en el sentido de salvaguardar las esencias fundamentales de las instituciones jurídicas, tanto en el Derecho público como en el Derecho privado. Será, pues, respecto a éste una li-

mitación de gran envergadura desde el momento en que la tradición individualista del Derecho privado le asignaba un campo de libre juego de la autonomía individual, que la noción del orden público va a cercenar y disminuir en buena medida.

C) Desde el punto de vista de la sanción se afirma en primer término la importancia y el imperio de esta noción del orden público y de las buenas costumbres, al negar efecto alguno a las contravenciones a dichas normas. Pero una fuerte restricción se opera en este punto al querer mantener en el Derecho vigente francés por los partidarios de la máxima *nemo auditur*, la imposibilidad de repetición de las prestaciones libremente efectuadas en cumplimiento de una obligación in-moral.

Resucita así, desde el punto de vista de la sanción, el problema de la unidad o dualismo de las nociones de orden público y buenas costumbres, ya que un sector doctrinal pretende mantener la vigencia de la referida máxima que sería, por tanto, en el Derecho francés actual una restricción a la total ineficacia de los actos contrarios a la moral, es decir, a las normas de las buenas costumbres, resultando así una diferencia entre éstas y las normas expresivas del orden público, respecto a las cuales la ineficacia total y absoluta sería su enérgica sanción sin aplicación de la máxima *nemo auditur* para aquellos casos de contravención a las normas citadas, cuando voluntariamente se hubiera procedido al cumplimiento de lo pactado en contravención al orden público.

D) Tal vez, como resumen final de este estudio que no puede concluir en un resultado que refleje una posición firme, por lo que respecta al Derecho francés vigente, dadas las fluctuaciones a que se encuentra sometida su doctrina a la hora presente, podamos afirmar la actualidad del tema que no solamente tiene una frecuente aplicación práctica a través de la vida jurídica que los Tribunales franceses han de sancionar continuamente, sino que ha despertado en la doctrina francesa en lo que va de siglo y en estos últimos años un extraordinario interés por parte de las más eminentes figuras representativas del Derecho privado en dicho país, en torno a las cuales se han elaborado también numerosos estudios monográficos generalmente constituyendo tesis doctorales, todo lo cual evidencia que el problema, precisamente porque no tiene aún una cabal solución, se encuentra pendiente de planteamiento.

E) Finalmente, hemos de destacar que esta actualidad del tema objeto de nuestro estudio no es más que un síntoma de una acusada tendencia del Derecho privado actual hacia su fundamentación intrínseca con un sentido de aproximación del Derecho a la moral.

Tal vez el mayor interés del tema sea el destacar esta orientación; el amplio desarrollo que la doctrina y jurisprudencia francesas han dado a las nociones del orden público y buenas costumbres no es más,

a nuestro juicio, que un jalón en la lucha actual por el Derecho, bien alejada del tono positivista predominante en el pasado siglo, antes, al contrario, orientada hacia la moralización del Derecho.

En este sentido nos ha parecido importante desbrozar el panorama del Derecho francés en este punto antes de dirigir la mirada hacia nuestro propio Derecho para realizar en el mismo un estudio de análogas finalidades, sobre todo habida cuenta del mayor desarrollo de estos estudios entre los juristas franceses que entre los nuestros. Si en el camino del conocimiento de nuestro propio Derecho en esta materia aporta alguna utilidad este trabajo, sería fruto compensatorio de nuestro esfuerzo (28).

#### B I B L I O G R A F I A

##### A) *Monografías sobre las nociones de orden público y buenas costumbres*

- ALGLAVE, *Définition de l'ordre public en matière civile* (Revue pratique de droit, 1868, págs. 444 y s.).
- BONNECASE, *La notion de bonnes mœurs* (Études Capitant, Paris, 1939).
- CLAPS-LIENHARD, *L'ordre public* (Lyon, 1934).
- DABIN, *Autonomie de la volonté et Lois impératives: ordre public et bonnes mœurs* (Annales de Droit et de Science Politique, Louvain 1940, págs. 190 s.).
- DE VAREILLES-SOMMIERRE, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois* (Paris 1899).
- GORPHE, *Bonnes mœurs* (Encyclopédie Dalloz, repertoire de Droit civil, t. I, París 1951, págs. 490-493).
- HARVEN, *Contribution à l'étude de la notion d'ordre public* (Rev. crit. de droit belge, 1954, pág. 251).
- HEMARD, *L'économie dirigée et les contrats commerciaux* (Études Ripert, II, página 341).
- JULLIOT DE LA MORANDIERE, *L'ordre public en droit civil interne* (Études Capitant, París 1939).
- KOSHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Conventions contra bonas mores. Mélanges Cornil* (París 1926).
- LARGUIER, *L'acte immoral devant la loi et la jurisprudence civile* (Journées juridiques et économiques franco-suisses, Montpellier 1951, pág. 151).
- MALAUURIE, *L'ordre public et le contrat* (Reims 1953).
- MALLET, *De la relativité de la notion d'ordre public* (Annales des loyers, 1955, página 97).
- MARMION, *Étude sur les lois d'ordre public en droit civil interne* (París 1924).
- PASCANU, *L'ordre public par rapport aux transformations du droit civil* (París 1937).
- PILON, *Variabilité de l'ordre public* (Rev. trim. droit civil, 1903, pág. 668).
- RIPERT, *L'ordre public économique* (Mélanges Gény, París 1935, t. II, 325).

(28) Ya dedicamos nuestra atención al tema, con anterioridad: ESPÍN, *Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado*. (Anales de la Universidad de Murcia, curso 1954-55, 1 y ed. sep.)

- SAIGET, *Le contrat immoral* (Paris 1939).
- SENN, *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs* (Recueil Gény I. Paris 1934).
- SIMON, *L'ordre public* (Rennes 1941).
- SIOUFI, *Essai sur le critérium des obligations immorales et illicites* (Thèse Paris 1925).
- SOLUS, *La jurisprudence contemporaine et le droit du ministère public d'agir en justice au service de l'ordre public* (Études Capitant, 769).
- VARIOS, *La notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé* (Travaux de l'association Henri Capitant, t. VII, 1952, Montreal-Paris 1956, páginas 627 y s.).

B) *Estudios especiales sobre la regla "nemo auditur"*

- ARBUS, *De la cause illicite* (Montpellier 1903).
- AUBERT, *La répétition des prestations illicites ou immorales en droit français, en droit suisse et dans la jurisprudence belge* (Genebra 1955).
- GROSPIRON, *L'exécution des conventions immorales* (Thèse, Paris 1938).
- GUTRAUDET, *Essai sur la règle nemo auditur* (Dijón 1913).
- LAMASSOURE, *La règle "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans"* (Thèse Bordeaux 1936).
- OLIVIER, *De la sanction des obligations illicites et immorales* (Paris 1904).
- PIEDELIEVRE, *Des effets produits par les actes nuls* (Paris 1911).
- RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4.<sup>a</sup> ed. (Paris 1949).
- RAYNAL, *Étude sur les conventions immorales* (Paris 1900).
- SAVATIER, *Des effets de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence* (Poitiers 1916).
- SAVEY-CASARD, *Le refus d'action pour cause d'indignité. Étude sur la maxime "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans"* (Lyon 1930).
- TZARANO, *Étude sur la règle nemo-auditur* (Paris 1926).
- WAGNER, *La nullité de la cause illicite* (Paris 1900).

### Extranjeras

## La reforma de la adopción en el Derecho francés

La reciente ley núm. 63-215, del 1 de marzo de 1963, ha venido a modificar parcialmente el régimen legal de la adopción en el Derecho francés. Consta la ley de ocho artículos, a través de los cuales se realizan algunas adiciones o modificaciones a determinados preceptos del Código civil relativos a la adopción y a la legitimación adoptiva, reformándose también otros de la ley de 24 de julio de 1889 sobre protección de niños maltratados o moralmente abandonados y uno del Código de la familia y de la ayuda social.

El hecho de que los preceptos del Código civil que ahora se han modificado, habían recibido su redacción anterior en la fecha, todavía próxima, de 23 de diciembre de 1958, denota que el legislador francés vela por la constante revisión de esta materia, procurando su perfeccionamiento legal de acuerdo con las conclusiones de la experiencia y las orientaciones doctrinales. La atención del legislador, por otra parte, responde sin duda al interés que en los últimos años se ha registrado en Francia hacia el tema de la adopción, traducido en monografías individuales, estudios en equipo (como los llevados a cabo en París por el Instituto de Derecho Comparado y por la Oficina Internacional Católica de la Infancia), y encuestas o discusiones (como las promovidas por la asociación de la Familia Adoptiva Francesa).

La presente reforma, que no modifica las bases del régimen legal de la adopción y la legitimación adoptiva, tiene ciertamente un alcance limitado. Veamos a continuación los puntos concretos que resultan afectados por ella.

A) REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN: a) *En cuanto al adoptado.*—El art. 1.º de la ley añade al art. 343 del Código civil un segundo párrafo, en el que se dispone que la adopción de menores de dieciséis años sólo podrá ser concedida si el niño ha sido recogido en el hogar del adoptante o adoptantes desde seis meses antes por lo menos.

b) *En cuanto al consentimiento de los padres.*—El párrafo 1.º del art. 352 del Código civil —que preveía la hipótesis de que los padres del adoptado se nieguen injustamente a autorizar la adopción— se modifica para preceptuar que el Tribunal puede pronunciar la adopción si considera abusiva la negativa del consentimiento opuesta por los padres legítimos o naturales, o por uno de ellos, cuando los mismos se hayan desinteresado del niño hasta el punto de comprometer la moralidad, salud o educación de éste.

c) *En cuanto al expediente y aprobación judicial.*—El art. 3.º de la ley modifica el párrafo 2.º del art. 355 del Código civil, disponiendo que el Tribunal, si procede, llevará a cabo una investigación por personas calificadas y compro-

bará si se cumplen todas las condiciones legales, pero no podrá recoger informaciones relativas a una persona pupila del Estado más que en las condiciones previstas en el art. 81 del Código de la familia y de la ayuda social; el Tribunal declarará después, sin enunciar sus motivos, si hay o no lugar a la adopción

El art. 4.º de la ley añade dos nuevos párrafos al art. 356 del Código civil en orden a la oposición a la adopción. A tenor de dichos nuevos párrafos la oposición de tercero no es admisible sino durante un plazo de un año a contar de la anotación de la adopción en el margen del acta de nacimiento o de la transcripción de la resolución que conceda la adopción; el Tribunal podrá en tal instancia mantener en todos los casos la adopción anteriormente pronunciada, si está demostrado que la persona que reclama se desinteresó del niño hasta el punto de comprometer la moralidad, salud o educación del mismo.

d) *En cuanto a la inscripción en el Registro civil.*—El art. 5.º de la ley reforma el párrafo 2.º del art. 357 del Código civil, en el sentido de que la anotación de la adopción que se practica en el acta de nacimiento del adoptado, pueda practicarse también, en su caso, en otras inscripciones del estado civil del interesado, de su cónyuge y de sus hijos menores.

B) ESPECIALIDADES DE LA LEGITIMACIÓN ADOPTIVA: El art. 6.º de la ley modifica el párrafo 2.º del art. 368 del Código civil. En su redacción anterior este precepto admitía la legitimación adoptiva solamente para los niños menores de siete años, cuyos padres les hubieran abandonado o fueren desconocidos o hubieran fallecido. Según la redacción nueva, pueden ser objeto de legitimación adoptiva, siempre que sean menores de siete años: 1.º, los hijos cuyo padre o madre hayan fallecido o sean desconocidos; 2.º, los pupilos del Estado y los hijos cuyos padres hayan perdido el derecho de dar su consentimiento a la adopción en aplicación de los títulos I y II de la ley de 24 de julio de 1889, y 3.º, los demás niños abandonados no incluidos en los anteriores grupos, siempre que se cumplan las condiciones de la ley de 1889 citada.

C) PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD DE NIÑOS MALTRATADOS O MORALMENTE ABANDONADOS: El art. 7.º de la ley afecta a los arts. 17 y 20 de la ley de 24 de julio de 1889. El párrafo 1.º del art. 17 dispone desde ahora que, cuando el servicio de ayuda social a la infancia, o asociaciones de beneficencia regularmente autorizadas a tal efecto, o particulares en el goce de sus derechos civiles, hayan aceptado el cuidado de menores de dieciséis años que les hayan sido confiados por padres, madres o tutores autorizados por el consejo de familia, el Tribunal del domicilio de éstos puede, a demanda de las partes interesadas obrando conjuntamente, decidir que hay lugar, en interés del niño, a delegar los derechos de patria potestad, abandonados por los padres, a favor del servicio de ayuda social de la infancia, o del establecimiento o del particular que guarda al niño.

Al mismo art. 17 se añade un tercer párrafo que prevé el caso de que los padres, conservando del todo o en parte la patria potestad, se hayan desinteresado del niño durante un año o más, y autoriza al Tribunal, a petición de la acción social o del particular que guarda al niño, a delegar total o parcialmente los derechos conservados por los padres a favor del servicio de ayuda social, o del establecimiento o del particular.

Los cuatro últimos párrafos del art. 20 de la ley de 24 de julio de 1889 son sustituidos por un precepto referente a la misma delegación.

D) EL SECRETO PROFESIONAL Y LOS PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN: El artículo 8.º de la ley modifica el art. 81 del Código de la familia y de la ayuda social. Según el texto nuevo, el art. 378 del Código penal, relativo al secreto profesional, es aplicable a todas las personas colocadas en el servicio de la ayuda social a la infancia. El precepto establece también algunas reglas dirigidas a garantizar la custodia de los expedientes relativos a niños acogidos por el servicio y el secreto de las informaciones reunidas en dichos expedientes.

José M.ª CASTÁN VÁZQUEZ

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**ALONSO OLEA, Manuel: «Introducción al Derecho del Trabajo». Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1963; 194 págs.**

Partiendo de la unidad esencial del Derecho, las disciplinas especiales señala el Profesor Alonso Olea— surgen por la modalización de un sector específico del ordenamiento, fundada en la especialidad de los sujetos, relaciones u objeto jurídicos, materia de la correspondiente disciplina. Con el bien entendido de que «la diferenciación de cada uno de estos elementos trae consigo, en mayor o menor medida, la de los restantes». De modo que, la elección de uno de ellos como factor básico de especialización—en función siempre de las circunstancias históricas peculiares de cada ordenamiento y materia—no puede entenderse sin referirla, a la vez, a las peculiaridades de los demás.

Plantado en estos términos el problema, la especialidad del Derecho del trabajo se funda esencialmente, a juicio del Profesor Alonso Olea, en la peculiaridad de su objeto: el trabajo humano productivo, libre y por cuenta ajena (cfr. págs. 7, 20, 40, 110, 141, 146, etc.).

Desde la perspectiva —fruto, a la vez, de una previa contemplación de la realidad— extrae el autor sugestivas consecuencias para una serie de temas fundamentales del Derecho del Trabajo, a algunos de los cuales, con el límite necesariamente impuesto a toda recensión, vamos a referirnos.

Comenzaremos por el *estudio histórico* de la disciplina: el origen del Derecho del trabajo, señala el autor, se liga a la aparición, como realidad social generalizada, del trabajo libre por cuenta ajena. Por ello, cabe distinguir entre una «prehistoria del Derecho del trabajo» (comprensiva del régimen del trabajo en esclavitud, el régimen de servidumbre y los orígenes del trabajo libre por cuenta ajena) y una «emergencia y desarrollo del Derecho del trabajo», ligados al momento histórico de la revolución industrial, que generaliza el trabajo libre por cuenta ajena: en efecto, la maquinización supone el aumento de las dimensiones de la explotación y del fenómeno de la división del trabajo. Como consecuencia inmediata «lo que singularmente cada trabajador aporta a la producción no es sino una unidad parcial, carente de valor en sí misma en cuanto fruto, y sólo valiosa en cuanto sumada a otras varias o muchas operaciones parciales». Esta «pérdida del valor del fruto aislado», determina la necesidad de enajenarlo radical e inicialmente, en lo cual consiste en esencia la ajenidad del trabajo; es decir, la puesta a disposición de la fuerza del trabajo, con enaje-



nación de los frutos, a cambio de una remuneración. Tal enajenación se realiza a través de un contrato que, por consecuencia misma de otros caracteres socio-económicos ligados a revolución industrial, se efectúa en condiciones de inferioridad social por parte del trabajador aislado. Para compensar esta última, aparece una extensa normación jurídica: el Derecho del trabajo, fruto a la vez de la regulación colectiva y la intervención estatal.

Muy sugestivas son, también las consecuencias que obtiene acerca del régimen del trabajo agrícola. Este sector de la producción, a diferencia de los demás, no ha acusado tan intensamente el proceso de generalización del trabajo por cuenta ajena, al menos en formas simples; antes bien, perduran una serie de relaciones jurídicas peculiares, más complejas, que desbordan, por tanto, la realidad social típica (trabajo libre por cuenta ajena) del Derecho del trabajo; posiblemente, ello exija la constitución del Derecho agrario como disciplina jurídica autónoma.

Asimismo, ha de destacarse su análisis de los elementos del contrato de trabajo: especialmente, la caracterización que da al objeto y a la causa del mismo, en función de la ajenidad. La *causa* del contrato, para el empresario, no está en la prestación, sino en los frutos, para obtener los cuales paga una remuneración. El *objeto*, sin embargo, y en ello radica la base sociológica de la ajenidad, no son los frutos, sino la prestación de trabajo, por la sencilla razón, ya señalada antes, de la pérdida del valor del fruto aislado del trabajo de cada trabajador, por virtud de la división del trabajo. De la peculiaridad de su objeto —no un fruto, sino el trabajo humano—, no compartido por ninguna otra figura jurídica (cfr. pág. 141), deriva la especialidad del contrato, pues no es posible aislar al trabajo de la persona del trabajador (como ilícitamente intenta la tesis del trabajo-mercancía).

Ello implica interesantes conclusiones para la distinción entre *contrato de trabajo* y *contrato de obra*. La causa, en ambos, está en el intercambio de una remuneración por el derecho al fruto del trabajo; pero difieren en su objeto: en el contrato de trabajo, la prestación de trabajo; en el de obra, el fruto mismo. Por ello, mientras en el contrato de trabajo «los resultados del esfuerzo del trabajador pasan originaria y automáticamente a ser propiedad del empresario, que en esto consiste la ajenidad del trabajo, en la ejecución de obra hay una asunción inicial de la titularidad por parte del ejecutor seguida de una cesión al que ha hecho el encargo». De aquí que la zona de contacto entre ambos esté donde el fruto del trabajo sea sencillo y obtenible en breve plazo, desplazándose entonces el signo distintivo a la remuneración (de un trabajo, o de un resultado). Por otra parte, ciertos productores de obra, desde el punto de vista socio-económico, están muy próximos a la situación de un trabajador por cuenta ajena, lo cual explica que, a veces, se sometan a las normas laborales.

Fácil es de comprender, después de lo dicho, que, para el Profesor Alonso Olea, la nota de *ajenidad* desplaza a la de *dependencia* o *subordinación*, como diferenciadora del contrato de trabajo. A su juicio, la subordinación es el correlato del trabajo «prestado con sujeción a órdenes respecto al modo de realizarlo», condición que concurre, aparte de en el con-

trato de trabajo, en otra serie de figuras y, especialmente, en el arrendamiento civil de servicios (en definitiva, un contrato de trabajo, aunque con régimen peculiar); por ello, resulta infructuoso todo intento de distinguirlos sobre la base de la dependencia.

En fin, el autor aborda, siempre con gran linura y originalidad, otra serie de temas centrales de la disciplina, atendiendo a la vez a sus aspectos jurídicos y sociológicos, como son el concepto de empresa, fuentes del Derecho del Trabajo, servicio doméstico, potestades del empresario, etc., cuyo análisis, sin embargo, excede necesariamente del ámbito posible de esta reseña.

RAMÓN GARCÍA DE HARO

**BONET RAMON, Francisco:** «Código civil comentado con sus Apéndices forales». Aguilar, Madrid, 1962; 2059 págs.

Dentro de la Colección de Textos Legales que edita actualmente Aguilar destaca por diversas razones la del Código Civil, a cargo del Catedrático de Derecho Civil y Magistrado del Tribunal Supremo Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón.

Externamente ha logrado esta Casa editorial ofrecer una excelente presentación de los diversos volúmenes ya publicados, siendo de destacar la buena calidad del papel y la nítida impresión de los tres diferentes tipos de letra (respectivamente, para el texto legal, el comentario y la jurisprudencia); todo ello contribuye a que el presente sea un volumen muy manejable, pese a exceder de las dos mil páginas.

Pero la edición del Código civil ha de resaltarse especialmente por la calidad de los comentarios que se han puesto a sus preceptos. Sabido es que entre nosotros no abunda este tipo de obras exegéticas, y por ello debe destacarse la prudente armonización de dos exigencias igualmente válidas, la concisión y la profundidad del comentario, a lo que debe añadirse un propósito logrado de recoger la doctrina más moderna. Puede servir de ejemplo la nota al artículo 1.413.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección de los Registros aquí recogida llega hasta el mismo año de edición. El texto del Código se completa con la ley de Bases, la de Propiedad Horizontal, la de Usura, la de Censos en Cataluña, el Apéndice Aragonés y las diversas Compilaciones forales publicadas hasta la fecha de aparición del volumen.

En resumen: una obra excelente, cuya publicación agradecerá el jurista práctico.

Gabriel GARCÍA CANTERO.

**CALONGE, Alfredo:** «La compraventa civil de cosa futura». Salamanca 1963 Editorial Acta Salmanticensia. Un volumen de 248 páginas.

Con este estudio sobre la compraventa civil de cosa futura, el autor obtuvo su grado de doctor con la máxima calificación. Como advierte el prologuista

y maestro del doctorado. el profesor Fuenteseca, esta obra constituye una valiosa aportación en materia de compraventa, tanto por su contenido como por el método empleado en la investigación. Se trata de un análisis de la compraventa de cosa futura desde el Derecho romano hasta los actuales ordenamientos jurídicos de la Europa continental y sus filiales que siguen las líneas de desarrollo del Derecho privado europeo.

Este estudio consta de cuatro partes fundamentales: la correspondiente al Derecho romano, la del Derecho medieval y la de la doctrina histórica moderna hasta las codificaciones y la doctrina actual. El análisis de la figura de la *emptio spei* lleva al autor al convencimiento de que se trata de una *emptio* cuyo carácter aleatorio la convierte en el prototipo de estas figuras contractuales para la doctrina europea posterior. Ve como la *emptio spei* fue una extraordinaria creación de la jurisprudencia romana para prefigurar una modalidad frecuente de actividades en las que el azar jugaba un papel decisivo. Para los romanos se trataba de una *emptio sine re*, es decir, una compra sin objeto material, en definitiva, una figura que constituye un caso límite en la historia romana de la compraventa.

En el Derecho medieval, el autor fija su atención en el Derecho vulgar occidental, los Derechos franco y longobardo. Se da una visión del Derecho común y de nuestro Derecho de la Reconquista y de la Recepción, todos ellos considerados con detenimiento y precisión. La Edad moderna traerá con los teólogos-juristas el aspecto ético, según el cual la compra de *alea o spes* podía implicar una serie de cuestiones con el examen atento a las fuentes más directas manejadas en la biblioteca salmantina. Se atañe el examen de las posturas iusnaturalistas racionalistas, así como lo que significó la compraventa de cosa futura en el Derecho de Pandectas.

Las codificaciones y la doctrina actual serán la materia que queda para el análisis completo de la figura de la compraventa civil de cosa futura. En primer lugar, la referencia al *Code Napoléon* y sus filiales, y, después, al Código civil español y los que le siguen, para concluir con el examen de los Códigos alemán, suizo e italiano. Los dos capítulos finales contienen las teorías sobre su naturaleza jurídica, aparecidas en los autores y la propia que mantiene el autor: ésta, una posición de iure *condendo como posibilidad* o esquema jurídico común respecto a esta figura especial de compraventa. Completan esta obra unos magníficos índices de fuentes, de bibliografía, de materias, de abreviaturas y general de materias.

La documentación aportada, la profundidad del estudio y la inteligente dirección de esta obra han culminado en un estudio magnífico del tema.

J. BONET CORREA

**CASTAN TOBEÑAS, J.: «Situaciones jurídicas subjetivas». Discurso de la solemne apertura de los Tribunales. Madrid, 1963. Un volumen de 89 págs.**

Una vez más, el ilustrísimo Presidente del Tribunal Supremo, profesor Castán, nos ofrece con el discurso de apertura de los Tribunales un estu-

dio fecundo, ilustrado y completo sobre las situaciones jurídicas subjetivas, un tema no de los más tratados y que actualmente requiere una especial atención cuando en las relaciones de la persona, su autonomía y sus deberes se ven sacrificados por ciertas direcciones del pensamiento y de las legislaciones.

Como dice el primer magistrado e ilustre profesor, ante las nuevas necesidades y orientaciones sociales, ante las nuevas formas de vida, ante la agitación de las ideas y la lucha de las doctrinas, la técnica del Derecho civil es objeto de una revisión casi total. Concretamente, la exposición del deber jurídico suele pecar de raquítica en la doctrina; no, en cambio, respecto al derecho subjetivo; tampoco están de acuerdo los autores sobre las relaciones de correlatividad o de prioridad que pueden existir entre los deberes y los derechos.

El profesor Castán expone, en primer lugar, la actual crisis de los conceptos jurídicos; después trata las esferas jurídicas subjetivas en general, el deber jurídico, sus antecedentes históricos y teorías modernas, el derecho subjetivo, su concepto y acepciones, la génesis histórica de este concepto, su relieve en la ciencia jurídica moderna y orientaciones en el valor y significado del derecho subjetivo. Después aborda los llamados derechos potestativos o de formación o modificación jurídica, las situaciones jurídicas subjetivas, su génesis, clasificaciones y su sistematización. Además, se estudian las esferas y situaciones subjetivas en la concepción jurídica española, en los clásicos, teólogos-juristas y en los contemporáneos; los criterios de valor en orden a la idea de situación jurídica subjetiva y nociones con ella relacionadas, la estimación de la figura de relación jurídica, la estimativa del derecho subjetivo y se hace una consideración valorativa de la idea de situación jurídica para concluir con unas reflexiones finales donde se reconoce al derecho subjetivo y las situaciones jurídicas subjetivas que no deben ser desconectadas del Derecho objetivo, pero sin ser sumergidas en el piélago conceptual del Derecho objetivo, concluyéndose que la doctrina debe ser construida sobre una unión íntima entre el elemento individual y el elemento social del Derecho y debe ser base la idea clásica y perenne de justicia.

De esta simple referencia, el lector podrá apreciar la importancia del estudio y del tema tratado, en donde encontrará una información completísima.

JOSÉ EONET COREA

**CONDOMINES VALLS, Francisco de A.: «La reforma del Derecho». Barcelona, Editorial Latina, S. L. Un volumen de 228 págs.**

Este libro, con el título «La reforma del Derecho», no es más que la recolección de una serie de publicaciones que el autor reúne ahora bajo este enunciado. La nueva publicación se ampara bajo esta unidad de título, pues la idea late con gran generalidad en los diversos estudios que reúne. En realidad, el problema concretamente se aborda en la segunda parte de la obra y bajo este título específico.

La primera parte del libro se dedica a lo que es el Derecho y su aplica-

ción: se trata de una exposición de ideas y conceptos ya conocidos, con estilo didáctico donde se vuelve sobre el concepto de Derecho, sus sentidos etimológico, vulgar y científico: sobre las propiedades del Derecho y las normas análogas, tales como la distinción entre Derecho y Moral, Derecho y Justicia, Derecho y Equidad; también las divisiones del Derecho, el Derecho como ciencia y como arte. Dentro de esta primera parte de la obra, sin otra conexión que la de la continuidad de espacio, se abre un segundo apartado donde se trata la cuestión de «los abogados ante el Derecho y su aplicación»; precisiones concretas dentro de este apartado son las referentes a la profesión de abogado, la abogacía y la ciencia jurídica, para concluir con un ejemplo, el de don Antonio Mauna. Esta parte, escrita con soltura y experiencia, expone el tema que trata la frecuente separación que se hace hoy día entre profesionales o prácticos y científicos del Derecho. En realidad, se juzga sobre casos extremos, pues normalmente un buen profesional y un buen científico no caen en el desequilibrio de tales extremos, sino que partiendo de datos reales y concretos, empíricos y científicos (doctrinales, legales y jurisprudenciales), si bien a través de métodos diversos, adecuados a la finalidad inmediata que se proponen, tratan de hallar, por igual, una solución justa.

La tercera parte del libro se compone de una serie de trabajos monográficos de las más diversas materias, si bien unidos tan solo por esa idea formal de reforma de nuestro ordenamiento jurídico privado. Las materias tratadas son: el art. 33 del Código civil; los arrendamientos urbanos y la actual revisión de los principios fundamentales de la actual legislación; relaciones entre arrendador y acreedor en la hipoteca de establecimiento mercantil; reformas introducidas en el Código civil (Ley de 24 de abril de 1958) y, el recurso de casación en materia civil.

Conocida es la calidad y profundidad del autor en sus escritos. En este libro se reúne una gran parte de su laboriosidad y de sus inquietudes.

J. BONET CORREA

**MITTELBACH, Rolf: «Wertsicherungsklauseln und ihre steuerlichen Auswirkungen».** Ludwigshafen am Rhein, 1963. Editorial F. Kiehl GMBH. Un volumen de 32 págs.

El presente estudio tiene por objeto tratar las cláusulas de estabilización y sus efectos fiscales. Una faceta inédita hasta ahora y que es tratada dentro del ámbito del ordenamiento de la República Federal alemana por un especialista en la materia, el Dr. Mittelbach. El estudio es de gran interés, en cuanto que pretende un análisis del capital, de su situación inflacionista en el mundo actual y de las repercusiones que ello implica en la vida de las relaciones obligatorias en función con el impuesto fiscal.

El autor divide el estudio en tres partes: una general, otra dedicada en especial al impuesto sobre la renta en relación con las cláusulas estabilizadas, para concluir con una tercera sobre el impuesto sobre los bienes y las unidades de valoración.

En la parte general, los dos puntos principales que se destacan son: la significación económica de las cláusulas estabilizadoras y sus efectos en el Derecho civil y en el Derecho fiscal. Se advierte cómo dichas cláusulas son un medio para combatir la desconfianza de la estabilidad de la moneda en el propio país; se especifican las variedades en que pueden acordarse (moneda extranjera, oro, valor de cosas o de salarios): se estudian los efectos de su validez y su doble carácter unilateral y bilateral, según supongan tan sólo una garantía para una o ambas partes de la relación jurídica. En Derecho fiscal, las cláusulas tienen una repercusión distinta cuyos efectos se diferencian con los producidos en el ámbito civil, puesto que negocios nulos con cláusulas de estabilización pueden ser considerados como válidos en el ámbito fiscal a efectos del impuesto.

En la segunda parte se destacan tres puntos fundamentales: los efectos fiscales de una cláusula estabilizadora respecto al deudor; los efectos fiscales respecto al acreedor y requisitos para la realización de contratos favorables. La tercera parte del estudio, más reducida, trata del impuesto sobre los bienes respecto a los créditos, las deudas y las cargas periódicas.

En definitiva, un estudio de gran interés que viene a llenar un vacío doctrinal y práctico, no sólo para el ámbito alemán de las cláusulas de estabilización, sino para otro más general, cual es el comparado.

J. BONET CORREA

**SANTOS BRIZ, Jaime: «Derecho de daños»; prólogo del Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963; 414 págs.**

El autor pertenece a la Carrera Judicial y se ha revelado como un profundo conocedor de la moderna doctrina jurídica alemana a través de su ya extensa labor de traductor. En esta sugestiva monografía se ha propuesto ofrecernos un completo panorama de la responsabilidad por daños, con independencia de cuál sea su fuente (el contrato, el acto ilícito, la doctrina del riesgo o la llamada responsabilidad objetiva). A este objeto ha abstraído los elementos comunes a toda responsabilidad, procediendo a un análisis cuidadoso de cada uno de ellos: en sucesivos capítulos se ocupa de la acción, de la antijuridicidad, del dolo y de la culpa, de las causas de justificación, de la culpabilidad, de la existencia de un daño, de la relación de causalidad, y, por último, de los problemas que plantea la reparación; es de destacar la atención prestada a la lesión de los derechos de la personalidad. En los dos últimos capítulos se abarcan cuestiones menos homogéneas: diversos supuestos de la responsabilidad por riesgo y unas consideraciones sobre el delito de daños en nuestro Código penal.

Santos Briz se apoya constantemente en los criterios sustentados por la doctrina alemana, y ello constituye probablemente su mayor mérito, pues así contribuirá a divulgar entre nosotros la técnica germánica. Pero también hay que advertir que nunca se pierde de vista que se trata de una obra

que forma parte de la serie de «Monografías prácticas de derecho español», siendo muy copiosas las citas de nuestra jurisprudencia.

Acaso hubiera convenido tener más en cuenta la doctrina española, y la francesa tan elaborada en materia de responsabilidad extracontractual. Posiblemente alguna concepción del autor no dejará de suscitar discrepancias (por ejemplo, la consideración del dolo y de la culpa como variaciones de la antijuridicidad).

El Prólogo del Profesor Bonet Ramón es una magnífica introducción al tema estudiado por el autor.

Con esta nueva publicación, Santos Briz se acredita como especialista en el Derecho de Obligaciones.

Gabriel GARCÍA CANTERO.

**VALLET DE GOYTISOLO, J.: «Panorama del Derecho civil». Barcelona 1963. Editorial Bosch. Un volumen de 311 págs.**

Cuando un jurista está dotado de plena madurez, cuando posee un bagaje y una conciencia del sentido del Derecho, cualquier situación es suficiente para pronunciarse y expresar su pensamiento con ánimo dadivoso y amplio espíritu en el que rebosa comunicación a los demás por el hallazgo realizado. Además, cuando ese jurisprudente ha enraizado su ciencia con la más genuina, tradicional y perenne, su obra tiene el sello de lo clásico y la virtud de la ejemplaridad. Con tales características se puede calificar la obra reciente de Vallet de Goytisoló sobre el «Panorama del Derecho civil».

Con un modesto título, en el que sólo se pretende una visión de conjunto e iniciación, el autor puede darse por satisfecho porque ha conseguido más amplias fronteras que las propuestas al haber logrado la expresión más auténtica del Derecho civil. Nacida esta obra para exponer un curso de lecciones sobre una visión panorámica del Derecho civil logra la calidad del ensayo, la síntesis pedagógica del esclarecido maestro y la profundidad meditativa del infatigable investigador. El lector podrá recrearse y aprender las cuestiones más fundamentales del Derecho civil y podrá deleitarse con un estudio ágil y profundo.

La literatura jurídica española de estos últimos tiempos estaba necesitada de una obra como esta en que los objetivos de claridad y brevedad, de estructura y de contenido, pusieran en manos del que inicia o del estudioso del Derecho civil un instrumento de trabajo que le hiciese conocer y pensar los problemas más fundamentales que tiene planteados esta rama jurídica sobre las relaciones de la persona y de su patrimonio en la esfera privada.

Vallet, refiriéndose a los títulos más esenciales de esta asignatura, logra una línea expositiva precisa, lograda y completa. El tema primero plantea la cuestión fundamental, ¿qué es el Derecho?, pasando a exponer su definición y las nociones de Justicia, Sociedad, Estado y Derecho. El tema segundo lo dedica al origen, las fuentes y el método del Derecho, con un tratamiento sugestivo sobre cuál es el origen del Derecho, sus fuentes y los

métodos jurídicos para la interpretación e integración del Derecho y los elementos de la interpretación jurídica de las normas privadas.

El estudio de la persona como sujeto del Derecho, en cuanto persona humana y como persona jurídica, se abordan en los temas tercero y cuarto, mientras que las cosas y los derechos sobre las cosas (propiedad, posesión y derechos reales) componen la materia de los temas quinto y sexto. Las obligaciones y contratos, así como los cuasi-contratos, son tema igualmente por separado además del estudio de la responsabilidad patrimonial universal y las garantías reales y personales. Por último, los tres temas siguientes tratan el Derecho de familia y las relaciones patrimoniales familiares, concibiendo sobre las sucesiones «mortis causa».

Por este esquema expositivo del contenido de la obra puede apreciarse la apretada síntesis de los enunciados más fundamentalmente y las cuestiones más palpitantes del Derecho civil en donde se advierte un tratamiento con inspiración personal en su planteamiento y soluciones que reflejan el meditado estudio, la acrisolada experiencia y la infatigable labor de un jurista como Vallet, pleno de una indudable vocación y entusiasmo por la ciencia de la libertad y de lo justo. Bien puede decirse que la civilística española se enriquece con una obra fundamental en la materia.

J. BONET CORREA

**VAZQUEZ RICHART, J.: «La compraventa a plazos de los bienes muebles».**  
Madrid, 1963. Premio Azcárate. Un volumen de XV + 417 págs.

Como hace ver el ilustre prologuista, el magistrado Rul, cuando no hay adecuación entre la producción de riqueza y la posibilidad actual de ofrecer contraprestaciones para adquirirla, el ingenio humano ha encontrado una solución genial: el crédito, que es la confianza en que las contraprestaciones podrán ofrecerse en el futuro, restableciendo el justo equilibrio. Efectivamente, el progreso humano de la sociedad de nuestros días se paralizaría sin la institución del crédito. De aquí que la figura jurídica de la compraventa a plazos de los bienes muebles sea de las más importantes de cuantas se regulan en el derecho patrimonial moderno.

La obra de Vázquez Richart es un estudio muy completo, abarcando siete capítulos y varios apéndices. En el primero expone la oportunidad del tema actualmente y la complejidad de aspectos que presenta; le sigue el segundo con una breve reseña histórica con referencias al Derecho romano y a las Siete Partidas para pasar a un examen de los aspectos actuales; el tercero está dedicado a los conceptos generales previos, constando de una introducción y de las materias correspondientes al contrato de compraventa de los bienes muebles, las condiciones generales de la contratación, las clases de compraventa de bienes muebles, los diferentes efectos de la compraventa civil y mercantil y la cuestión interrogante de si la firma del librado en la letra de cambio, sin la palabra «acepto» priva de acción ejecutiva.

El capítulo cuarto se refiere a la calificación jurídica de la compraventa, exponiéndose la doctrina mercantilista sobre las compraventas mixtas y



sus comentarios que alcanzan la interpretación gramatical de los artículos 325 y 326 número 4, del Código de comercio, una interpretación histórica, otra finalista de la doctrina legal y la venta de cosa ajena. El capítulo quinto trata de la reserva de dominio en la compraventa a plazos de los bienes muebles, dándose unas generalidades, unos concisos antecedentes y el criterio de la jurisprudencia sobre la reserva de dominio y en el aplazamiento puro del pago, así como la ineficacia práctica de la reserva del dominio en la compraventa mercantil de los bienes muebles y la ineficacia del pacto frente a terceros.

El capítulo sexto aborda otros modos de garantizar el pago del precio aplazado en la compraventa de los bienes muebles, con especial referencia al contenido de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. El capítulo séptimo recoge el aspecto social y penal de la compraventa a plazos de los bienes muebles con el supuesto en que el comprador puede incurrir en responsabilidad criminal, el encuadramiento de algunas entidades que practican la «venta» a plazos de bienes muebles y el aspecto social de la compraventa a plazos de los bienes muebles.

Vázquez Richart llega a la conclusión de que el artículo 464 del Código civil es el precepto de la protección del comprador-consumidor de los bienes muebles a plazos, al igual que el artículo 85 del Código de Comercio lo es para el comerciante; que en el estado actual de nuestro Derecho la compraventa a plazos de bienes muebles se rige por el Código civil y que la reserva de dominio en la compraventa a plazos es un pacto lícito y justo. Además de otras consideraciones, el estudio se concluye con dos apéndices y dos anexos. El apéndice primero expone las escalas generalmente aplicadas por las compañías de financiación y crédito y algunos de sus aspectos económicos; el apéndice segundo comprende la legislación complementaria (entidades de financiación de ventas a plazos, el seguro de crédito a la exportación, tributación y las normas dictadas para el desarrollo económico del país). El anexo primero incluye el Proyecto de la ley uniforme sobre la venta internacional de bienes corporales y el segundo la Ley sobre ventas condicionales de bienes muebles de la República Dominicana. Un índice esquemático de materias, otro de autores y de abreviaturas finalizan esta completa obra donde se advierte que el autor ha puesto un gran empeño y ha obtenido un preciado galardón del Colegio de Abogados madrileño, el «Premio Azcárate».

Se trata, pues, de una obra muy documentada que contiene un estudio exhaustivo sobre la materia.

J. BONET CORREA

# REVISTAS

A cargo de Carlos MELON INFANTE y  
José María DESANTES GUANTER.

## I. DERECHO CIVIL

### 1. Parte general.

CARNELUTTI, Francesco: *Diritto e parola*, RDDC, año VIII, núm. 4, julio-agosto 1962; págs. 325-327.

Se trata de una breve dedicatoria a ASQUINI en la que el autor, con su estilo característico, considera la palabra como el elemento fundamental de que está hecha la máquina del Derecho. Es en efecto el Derecho el fenómeno que mejor que otro cualquiera descubre la potencia causal de la palabra, como la razón del don que en ella se ha hecho a los hombres.

RÜTELMAN, Wilhelm: *Das Landwirtschaftsrecht im Jahre 1961*, MDR, año 16, número 2, febrero 1962; págs. 101-103.

Reseña correspondiente al año 1961 y relativa a la bibliografía, jurisprudencia y legislación sobre Derecho agrario en Alemania

TORRENTE, Andrea: *Panorama di Giurisprudenza di cassazione*, RDDC, año 8, número 4, julio-agosto 1962, 2.ª parte; págs. 351-368.

Correspondiente al período relativo al primer cuatrimestre del año 1962 se ofrece, debidamente sistematizada, la jurisprudencia de la Corte de casación italiana, en materia de personas y familia, sucesiones y donaciones, derechos reales, obligaciones y contratos en general, contratos en especial, títulos de crédito, empresa y hacienda, trabajo, sociedades, proceso civil en general, proceso de cognición, quiebra.

### 2. Derecho de la persona.

WEIMAR, Wilhelm: *Für den juristischen Nachwuchs: Die Abschluss lästiger Verträge durch beschränkt Geschäftsjähige*, MDR, año 16, núm. 2, febrero 1962; págs. 107-108.

Aspectos esenciales de la conclusión de contratos gravosos por personas con capacidad negocial limitada en el Derecho alemán: §§ 107 y siguientes del BGB. Ratificación del representante legal (§ 108 BGB). Supuestos de distintos tipos de negocio: negocio básico y negocio de disposición.

WEIMAR, Wilhelm: *Für den juristischen Nachwuchs: Der Taschengeldparaph* 110 BGB, MDR, año 16, núm. 4, abril 1962; págs. 273-274.

El § 110 del BGB es conocido como el párrafo relativo al "dinero de bolsillo". En él se establece que un contrato concluido por un menor sin asentimiento de su representante legal vale como eficaz desde el principio, si el menor efectúa la prestación contractual con *medios* que le han sido entregados, por el representante o por un tercero con asentimiento de dicho representante, para que lleve a cabo esa prestación o para su libre disposición. Aspectos esenciales de la norma, juzgando demasiado estricta la expresión "dinero" de bolsillo, ya que en el texto no se habla de dinero, sino, con un sentido más amplio, de *medios*. Relación con otras normas relativas a la posición jurídica del menor.

### 3. Derecho de cosas.

DRAETA, Ugo: *La proprietà industriale nel quadro della Comunità Economica Europea*, RDDC, año 8, núm. 4, julio-agosto 1962, 2.ª parte; págs. 306-324.

La existencia de un Mercado Común, fundado en la libre circulación de bienes y servicios, no es incompatible con los derechos de propiedad industrial, ya que éstos más que a un interés privado y exclusivo de su titular manifiestan una clara correspondencia con el interés público. Indicado pues que, en vía de principio, no estaría en modo alguno justificado un sacrificio de los derechos de propiedad industrial a las exigencias de un mercado común, se examina el régimen a que tales derechos quedan sometidos en el Tratado que instituye la C. E. E. Consideración de las disposiciones del Tratado relativas a la propiedad industrial: art. 36, art. 106. Aplicabilidad de las reglas de concurrencia contenidas en los arts. 85 y 86. Conveniencia de llegar a una patente (brevet) común europea.

GÖRRES, Peter: *Zum Verkehrswert von Grundstücken*, MDR, año 15, número 11, noviembre 1961; págs. 897-898.

En un sentido general y en algunos supuestos concretos se toman en cuenta recientes afirmaciones de ZUNFT en su decidida y firme propuesta de que se tome como factor decisivo en la fijación del valor en cambio de las fincas el valor en renta. La propuesta no se acoge en la Legislación, pero ofrece apreciaciones dignas desde luego de ser tenidas en consideración.

GUYENOT, Jean: *La constitution et la réalisation du gage des valeurs mobilières*, RTC, año 14, núm. 2, abril-junio 1961; págs. 269-302.

Como prenda especial sobre muebles, la prenda de valores mobiliarios, instrumento frecuente de obtención de crédito en la vida comercial y aún civil moderna, ha tenido que atenuar el formalismo que para la prenda de bienes cor-

porales imponen los arts. 2.073 a 2.084 del C. c. francés. A ello tiende el Decreto de 23 de mayo de 1863. Las particularidades de la prenda de valores mobiliarios se manifiestan en dos aspectos esenciales a) en la influencia de la forma de los mismos en las modalidades de su puesta en prenda; b) en la influencia de su naturaleza incorporal en las relaciones entre las partes. En cuanto a lo primero se distingue la puesta en prenda de títulos al portador y de títulos nominativos. En cuanto a lo segundo se hace referencia a las relaciones entre las partes durante el curso de la prenda y a la realización de la misma. El desenvolvimiento de la prenda de valores mobiliarios corresponde a una profunda evolución de las ideas y de las necesidades.

LEVEL, Patrice: *Les rapports du droit et de la formalité en matière de propriété industrielle*, RTC, año 14, núm. 2, abril-junio 1961: págs. 241-268.

En materia de propiedad industrial la forma jurídica viene a paliar la inexistencia de un derecho material (sic) que proteger. La publicidad se manifiesta como esencial en el ámbito de la protección de los derechos privados surgidos de la propiedad industrial, siendo en gran parte el formalismo la circunstancia que pone en práctica las exigencias de la publicidad. ¿Cómo influye el formalismo en los derechos de propiedad industrial? ¿Qué función desempeña? En el análisis de la cuestión propuesta divide el trabajo en dos partes. En la primera se examinan los efectos del formalismo sobre el derecho en materia de propiedad industrial, indicándose su función en la creación y en la conservación del mismo. En la segunda se delimita el valor respectivo de derecho y formalismo en el ámbito de la propiedad industrial: efecto de aquél sin éste y de éste sin aquél. Concluye el autor afirmando que las relaciones entre derecho y formalismo, en materia de propiedad industrial, están en una significación de fin a medio, de acuerdo con la concepción tradicional francesa del formalismo.

SÉGUR, Louis: *La Propriété industrielle et le Droit atomique*, RTC, año 14, número 2, abril-junio 1961; págs. 311-331.

En materia de energía atómica las reglas de propiedad industrial son especialísimas y tienden a asegurar un estricto control de las Leyes en vigor o en fase de proyecto, se refieren al inventor o al invento mismo. En cuanto al invento se reconoce un derecho al "brevet", pero de forma restringida y mediante la creación de un organismo especial para su concesión. No se concede monopolio de explotación, como en otros campos de la propiedad industrial. En lo que atañe a la invención se tiende: 1.º A mantener el secreto de la misma. 2.º A mundializar los conocimientos a través de organismos adecuados, tales como la Agencia Internacional para la energía atómica o la Organización Europea de investigaciones nucleares.

WEIMAR, Wilhelm: *Gutgläubiger Eigentumserwerb an den vom Besitzdiener veruntreuten Sachen?*, MDR, año 16, núm. 1, enero 1962, págs. 21-22.

Salvo las hipotesis de cosas robadas, perdidas o de cualquier otra forma extraviadas, el Derecho alemán sanciona, a favor del adquirente de buena fe, la

adquisición *a non domino* de bienes muebles (cfr. sobre todo §§ 932, 935 BGB). El sistema consiste, pues, en hacer propietario a quien *bona fide*, adquiere la cosa de un poseedor al que toma por verdadero titular de dicha cosa. ¿Devendrá también propietario el que adquiera de un mero servidor en la posesión? El autor critica la tesis afirmativa sostenida por WESTERMANN, basándose en que el servidor en la posesión no es poseedor (§ 855 BGB) y en que la "posesión" del tradens no titular es un presupuesto inexcusable de la adquisición *a non domino*.

WOITE, Manfred: *Eigentumsverhältnisse beim unentschuldigtem Grenzüberbau*, MDR, año 15, núm. 11, noviembre 1961; págs. 895-896.

Los §§ 912-916 del BGB se refieren al supuesto de construcción que traspase los linderos e invada la finca vecina. Realizándose sin dolo ni culpa grave se indemniza al titular de ésta mediante una renta de dinero, a no ser que el dueño de la parte invadida prefiera obligar al otro a que se la compre. Por aplicación analógica del § 95, I, 2, del propio BGB se entiende que el propietario invadiente es el dueño de la construcción extralimitada. Se discute a quién pertenece ésta cuando no se dan los presupuestos del § 912 BGB. Examinado el problema no se acepta la tesis de la división real vertical y se entiende que el dueño es el que construyó, aunque la extralimitación no sea disculpable.

#### 4. Obligaciones y contratos.

BARRAINE, R.: *Nature et étendue de la responsabilité du constructeur*, RTC, año 15, núm. 3, julio-septiembre 1962; págs. 371-389.

La responsabilidad del constructor en el Derecho francés, teniendo en cuenta la clara inadaptación de los textos de 1804 a las circunstancias actuales, muestra unos principios inadecuados que se agravan a veces por las fluctuaciones de la jurisprudencia en su afán de modernizar los viejos preceptos. No es ya admisible la basta presunción que se hace pesar sobre el vendedor-constructor, basada en su obligación de conocer lo que vende. Estudiados los elementos en presencia en la valoración del problema, la naturaleza y extensión de la responsabilidad del vendedor hacia el cliente y la responsabilidad hacia terceros, se entiende deben limitarse los riesgos que pesan sobre el constructor a base de: 1.º La inserción de ciertas cláusulas en los contratos, y 2.º El seguro.

BELLINI, Augusto: *La locazione degli immobili destinati ad abitazione dopo la legge 21 dicembre 1960, n. 1521*, RDDC, año 8, núm. 3, mayo-junio 1962, 2.ª parte; págs. 336-342.

El art. 3 de la Ley italiana de 21 de diciembre de 1960 prevé una elevación de renta de los arriendos y subarriendos de viviendas, que se prorroguen en el sentido de la misma; el aumento se establece para cada año de prórroga y de acuerdo con los cómputos de la Ley de 1 de mayo de 1955, añadiéndose que se

hará la elevación en relación al estado del inmueble, las condiciones de las partes y la fecha del primer arrendamiento. Supone esta disposición modificación del sistema de la Ley de 1955, aunque sin razón se haya negado a la vez que se le ha imputado carácter incompleto y falta de claridad.

BÖHMER, Emil: *Bei Sichbegeben in einer erkannte Gefahr ist § 254 BGB anzuwenden*, MDR, año 15, núm. 8, agosto 1961; págs. 661-662.

La jurisprudencia alemana ha elaborado acertada y minuciosamente la idea de la "actuación a propio riesgo". Partiendo de la misma el BGH considera que la exposición consciente a un riesgo conocido y evitable (viajar, por ejemplo, conociendo la embriaguez del conductor de un vehículo) permite la aplicación del § 254 BGB, que ordena tener en cuenta la culpa concurrente del perjudicado en las indemnizaciones de daños. Significado de la indicada "exposición consciente" como supuesto de aplicación de la norma en cuestión.

BÖHMER, Emil: *Zur Frage der Bemessung der Geldrente nach § 844 Abs. 2 BGB*, MDR, año 15, núm. 9, septiembre 1961; págs. 744-745.

En el caso de muerte de una persona que debía alimentos a otra, el causante de aquélla debe indemnizar al titular de los alimentos en forma de una renta en dinero (§ 844, II, BGB). Sobre la cuantía y duración de esta renta la Ley sólo determina que se fija de acuerdo con el deber legal de alimentos del muerto, y por el tiempo de la "presumible duración de su vida". Enormes dificultades prácticas de aplicación a esta regla. Al Tribunal no le queda otro remedio que decidir sobre circunstancias concretas: edad del muerto, salud, costumbres y modo de vida, ingresos, capacidad de trabajo, etc.

BÖHMER, Emil: *Abstrakte Betriebsgefahr?*, MDR, año 16, núm. 2, febrero 1962; págs. 87-88.

Se considera supérflua, además de peligrosa, la llamada doctrina del "riesgo de explotación abstracto", de la que sin razón se hacen frecuentes aplicaciones en materia de accidentes de tráfico, a la hora de ponderar la culpa concurrente (§ 254 BGB) y demás circunstancias que han podido intervenir en la causación del daño. Lo inconsistente de la doctrina que se critica lo demuestra el hecho de que ciertas circunstancias que en abstracto suponen riesgo (el enorme peso de un camión, por ejemplo) no deben tomarse en cuenta en tanto que, en concreto, no hayan causado el daño o contribuido a él.

BÖHMER, Emil: *Zum Ausmass der Kraftfahrzeughalterhaftung bei Gefälligkeitsfahrten*, MDR, año 16, núm. 3, marzo 1962; págs. 174-177.

En materia de transportes gratuitos de complacencia es cuestión debatida en la doctrina la de si, en caso de accidente causado culposamente por el conductor

del vehículo, la responsabilidad de éste frente al "viajero de complacencia", derivada del 823 BGB, debe limitarse a los supuestos de dolo y culpa grave o si debe darse también en el caso de culpa leve. Sin hacer suya la tan extendida como inadmisibles tesis de que los viajes de complacencia no son concebibles sin una renuncia del viajero a las acciones de responsabilidad contra el conductor. Geigel ("Der Haftpflichtprozess", Munich-Berlin, 1961) propugna la limitación de responsabilidad a los casos de dolo y culpa grave, fijándose en lo que sucede en el comodato (§ 599 BGB) y en la donación (§ 521 BGB) o a la "diligentia quam in suis". Aparte de que en jurisprudencia y doctrina hay ahora tendencia a exigir, como regla general, responsabilidad en los casos de culpa leve, no es adecuada la aplicación de las normas del comodato o la donación. Son contratos y el transporte de complacencia no lo es, a juicio del autor.

BÖHMER, Emil: *Die Hereinnahme Dritter in den «Schutzbereich» eines Vertrages — eine Fehlkonstruktion!*, MDR, año 16, núm. 5, mayo 1962; páginas 345-347.

Una sociedad encarga a una empresa constructora ciertas obras en cuya realización causa daños en las conducciones del gas de otra casa, además de desperfectos en ésta. Su dueña reclama la oportuna indemnización. El OLG de Düsseldorf entiende se trata de daños que caen dentro de la relación contractual existente entre la sociedad y la empresa constructora, que debe hacerse extensiva a la dueña de la casa dañada. Con razón evidente el BGH ha estimado, en sentencia 3 noviembre 1961, se trataba de daños extracontractuales o delictuales sometidos a la prescripción de tres años del § 852 BGB; rechazando la idea de hacer extensivo el llamado "ámbito de protección" de un contrato a terceras personas que en él no han intervenido. Se comenta elogiosamente la sentencia. Esa pretendida extensión a terceros del ámbito del contrato es contraria: 1) Al principio de que la elección de la persona del otro contratante depende de la voluntad de las partes. 2) Al principio de que no cabe fingir la voluntad de éstas. 3) Al principio de que en los contratos sólo vale la voluntad declarada y no la que ha debido serlo.

BÖHMER, Emil: *Zum Begriff der «Umstände» im Sinne des § 254 BGB*, MDR, año 16, junio 1962; págs. 442-443.

Refiriéndose a la culpa concurrente del perjudicado, dice el § 254, I, BGB que si en la producción de un daño concurre culpa del perjudicado, la obligación a la indemnización y el ámbito de la que ha de prestarse depende de las circunstancias, en especial de hasta qué punto el daño ha sido causado preponderantemente por una u otra parte. En la abundante jurisprudencia sobre el precepto es curioso observar que en la distribución de la culpa se atiende sólo al grado de causación del daño por una u otra parte, siendo así que éste no es sino una circunstancia concreta y especificada; una circunstancia a la que se atenderá especialmente, pero nada más. Junto a ella hay que atender, por expresa disposición del propio § 254 a todas las circunstancias que hayan intervenido en la formación de la hipótesis de hecho. Significado de las "circunstancias" en la norma; importancia del factor equidad en la distribución de la culpa.

EDYE, Herbert: *Gattungskauf und Speziaeskauf*, MDR, año 15, núm. 11, noviembre 1961; pág. 908.

Ante la afirmación de que el § 459 del BGB (prestación de garantía por vicios y falta de cualidades afirmadas de la cosa vendida) es una norma que se aplica por igual a las ventas de cosas específicas y a las de cosas genéricas, el autor trata de demostrar lo incorrecto de la tesis. No cabe, a su juicio, someter las ventas de cosas genéricas a las mismas reglas que las ventas de cosa específica, en materia de responsabilidad por vicios. Es fundamental en aquéllas tener en cuenta las exigencias de la seguridad del tráfico y atribuir un significado correcto a la regla que impone la entrega de cosas de clase y calidad media (§ 360 del HGB).

EWALD: *Vorenthaltung des reparierten Abzahlungskauf-Gegenstandes*, MDR, año 16, núm. 4, abril 1932; págs. 255-256.

El supuesto indicado por Robert Weimar (cfr. en esta sección) de restitución de la cosa comprada a plazos al vendedor para que la repare y negativa de dicho vendedor de devolverla al comprador no permite una solución unitaria. Es preciso distinguir, según la forma en que la hipótesis de hecho se presente en la realidad. Separa el autor tres supuestos: 1) Exigencia por parte del vendedor de los plazos no satisfechos desde la entrega para reparación, alegando el comprador que pagará cuando la cosa le sea devuelta debidamente reparada. 2) Iniciativa del comprador exigiendo la devolución y adoptando el vendedor reparante la misma postura que en la hipótesis anterior. 3) Supuesto de compra financiada por un instituto de financiación de operaciones a plazos.

EYLMANN, Horst: *Die Bemessung des Schmerzensgeld bei nachträglichem Tod des Verletzten*, MDR, año 15, núm. 9, septiembre 1961; págs. 727-729.

El creciente número de accidentes de tráfico hace cobrar especial significado a los problemas de indemnización de daños no patrimoniales mediante el llamado "Schmerzensgeld" (§ 847 BGB), en los supuestos de muerte de la víctima. No está debidamente tratada la cuestión de la influencia de esa muerte en la medida y fijación de la cuantía de la indemnización. Consideración del problema indicado, arranca del significado y finalidad del "Schmerzensgeld" en esos supuestos. Se trazan las que, a juicio del autor, deben constituir las líneas directrices en la valoración, teniendo siempre presente su función de satisfacción.

FURTNER, Georg: *Zur Frage der Bemessung des nach § 818 Abs. 2, 3, BGB, zu leistenden Wertsatzes*, MDR, año 15, núm. 8, agosto 1961; págs. 649-650.

El párrafo I del § 818 BGB establece el alcance del deber de restitución que incumbe a quien se ha beneficiado de un enriquecimiento injusto. El pá-



rrafo II determina que cuando, a causa de la naturaleza de lo adquirido, la restitución no sea posible o el receptor no esté en condiciones de realizarla, queda obligado a indemnizar el valor. No hay unanimidad ni en la doctrina ni en la jurisprudencia respecto al tiempo que ha de tomarse en cuenta para fijar el valor a indemnizar: el momento de la adquisición injusta o aquel en que surge la imposibilidad de restitución. El autor se pronuncia por la última solución, debiendo tenerse en consideración, además, el "valor general de tráfico" del objeto.

FURTNER, Georg: *Steht dem von einem Dritten beauftragten Werkunternehmer auch dem Eigentümer gegenüber ein Anspruch auf Verwendungsersatz zu?*, MDR, año 16, núm. 2, febrero 1962; págs. 95-97.

El § 994 y sgs. BGB conceden al poseedor pretensión a la indemnización de los gastos hechos en la cosa que restituye. Ante la cuestión de si, en el contrato de obra, al artífice contratado por un tercero le corresponde frente al propietario la pretensión indicada cuando no pueda cobrar del tercero comitente (piénsese en el poseedor de un automóvil que encarga su reparación y no la paga) la jurisprudencia alemana ha pasado por dos fases: Antes estimaba unitariamente que al artífice le correspondía siempre la pretensión frente al propietario cuando el tercero que le encargó la obra no le pagaba, haciendo abstracción de que, al realizar la reparación, estuviera o no facultado a la posesión de la cosa frente al propietario. Ahora se distingue: a) si no está autorizado a la posesión (se trataba, por ejemplo, de una cosa robada por el tercero-comitente) se le concede la pretensión del § 994 BGB; b) si está autorizado (el tercero lo estaba y podía transmitirle la posesión) no se le concede, a no ser que después de la reparación su posesión devenga injusta (se disolvió, por ejemplo, la relación tercero-propietario) y al ejercer la pretensión aún esté la cosa en su poder. El autor estima que también debe corresponder la pretensión al artífice, aunque pueda ejercitar pretensiones contra tercero.

GLASSER, Hugo: *Pflicht des Vermieters zur Rückerstattung verlorener Baukostenzuschüsse*, MDR, año 16, núm. 2, febrero 1962; págs. 85-87.

Pretensión del arrendatario contra el arrendador a la restitución de las ayudas para gastos de construcción u obras cuando la relación arrendaticia termina anticipadamente y aun tratándose de ayudas a fondo perdido. Consideración de la Ley alemana de 21-VII-1961, conteniendo, entre otras materias, disposiciones específicas al respecto.

GORLA, Gino: *Note sulla distinzione fra opzione e proposta irrevocabile*, RDDC, año 8, núm. 3, mayo-junio 1962, 1.<sup>a</sup> parte; págs. 213-226.

Ante tres supuestos propuestos por juristas americanos en torno a la problemática de la formación del contrato, ofrece el autor la que estima sería la solución de los mismos en el Derecho italiano. El contenido de los supue-

da lugar al examen de las diferencias entre oferta irrevocable de contrato y derecho de opción (art. 1.331 C. c. italiano). Con el nombre de oferta irrevocable se quiere indicar algo más que la simple oferta; con el nombre de opción algo más que la irrevocabilidad. El derecho de opción parece un paso más en la formación del contrato. Sin ser inexacta, da lugar a graves perplejidades la tesis corriente de que mientras la oferta irrevocable es un acto unilateral, el derecho de opción es bilateral. Aplicación de los criterios que se señalan a la solución de las tres hipótesis propuestas.

HOFFMANN, G.: *Nachträgliche Mietminderung gegenüber der Mieterhöhungserklärung*, MDR, año 16, núm. 3, marzo 1962; págs. 181-182.

Declaración de aumento de renta por el arrendador en base a la legislación especial alemana al respecto. Posición del arrendatario en el supuesto de que la cosa arrendada tuviera vicios, conocidos para él, en el momento de conclusión del contrato. Perdida la facultad de exigir oportunamente la prestación de garantía al arrendador, surge la cuestión de si podrán aducirse los vicios frente a la declaración de aumento de la renta llevada a cabo por el arrendador. Relación del § 539 BGB con la legislación especial sobre aumento de alquileres. Esta legislación constituye un sistema de normas independiente, basado en razones político-económicas, que no puede pretenderse coordinar con las disposiciones jurídico-privadas contenidas en el BGB. Referencia crítica a *Theuerkauf* (cfr. en esta sección).

KÜNKEL, J.: *Über den Entschädigungsanspruch nach § 557 Abs. 1, BGB, insbesondere bei Untervermietung*, MDR, año 16, núm. 2, febrero 1962; páginas 92-95.

El § 557 del BGB determina que si el arrendatario no restituye la cosa arrendada a la terminación de la relación arrendaticia, el arrendador puede exigir como indemnización, por el tiempo que dure la retención, la renta pactada. Posición de las partes en el supuesto de que la retención del arrendatario se deba a la existencia de un contrato de subarriendo, no restituyendo el subarrendatario la cosa en tiempo oportuno. Irrelevancia del acuerdo del arrendador respecto al subarriendo. Hipótesis de aplicación y de no aplicación del § 557 BGB, considerando en especial los casos en que el subarrendatario no restituya o se vea investido de la vivienda en base a la legislación protectora. En contra de la jurisprudencia no se juzga adecuada la equiparación de supuestos de no restitución basados en motivos fácticos y de los basados en motivos jurídicos.

MÉZGER, Hans-Robert: *Gewährleistung beim Gattungskauf*, MDR, año 16, número 4, abril 1962; págs. 253-255.

En relación con el problema de la prestación de garantía en las ventas de cosas genéricas, no se estima adecuada la posición de Edye (cfr. en esta sección), que entiende que el 450 del BGB sólo vale para la venta de cosas específicas. A juicio del autor, esta concepción adolece de una visión demasiado

parcial del problema, que requiere ser enfocado de una manera más amplia y general. Asimismo se hacen indicaciones sobre el significado, con respecto a la cuestión estudiada, de los §§ 243, 459 y 480 del BGB y del § 360 del HGB.

SCHNEIDER, Egon: *Zur Teilschadensersatzklage bei Mitverursachung oder Mitverschulden des Klägers*, MDR, año 16, núm. 6 junio 1962; páginas 444-445.

Causación concurrente o culpa concurrente del perjudicado en la producción del daño (§ 254 BGB). Ejercicio parcial de la acción de indemnización por el perjudicado. Se trata del mismo problema estudiado por Von Gerkan (cfr. en esta sección). En el presente artículo se defiende la tesis de que la causación o culpa concurrentes no deben tenerse en cuenta cuando el perjudicado ejercita parcialmente la acción y cubriendo la parte de daño no accionada la que ha de imputar a su propia responsabilidad. Esta imputación sólo debe funcionar normalmente cuando es ejercitada con carácter total la acción de indemnización. La tesis de Von Gerkan tiene contra sí la orientación de la práctica y de la doctrina.

PLEYER, Klemens: *Probleme der ausserordentlichen Kündigung wegen anhaltender Krankheit des Arbeitnehmers*, MDR, año 15, núm. 11 noviembre 1961; págs. 889-891.

Notas a una sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 16-XII-1960, relativa a un supuesto de denuncia extraordinaria de la relación laboral (despido) a causa de enfermedad continua del trabajador. Se trataba de un despido de un ingeniero industrial, sin plazo, sin haberse cumplido la preceptiva audiencia del consejo de empresa. Ello desemboca en la ineficacia de la denuncia de la relación laboral. Aspectos concretos de la legislación alemana al respecto.

REINERS, Friedrich: *Haftungserleichterung für Kraftfahrer nach § 708 BGB*, MDR, año 15, núm. 8, agosto 1961; págs. 650-651.

En una excursión organizada por una sociedad deportiva se estimó por la jurisprudencia (Tribunal de Hamburgo y BGH, en sentencia 17-V-60) existente entre los participantes un contrato de sociedad en el sentido del § 705 y sigs. del BGB. La responsabilidad del conductor, por tanto, debe apreciarse a base del § 708, que señala para la responsabilidad de los socios el criterio de la "diligentia quam in suis". Böhmer no estimó acertada la posición de la jurisprudencia, basándose en que la regla del § 708 podía excluirse por pacto y en que el pacto en cuestión podía ser tácito. Crítica de esta concepción, con palabras finales del propio Böhmer, en torno al problema de la prueba.

THEUERKAUF, Horst: *Mietzinserhöhung bei mangelhafter Wohnung?*, MDR, año 15, núm. 11, noviembre 1961; págs. 907-908.

Se hace una crítica de la posición del Tribunal de Witten, que ha entendido que, ante la elevación de renta realizada por el arrendador en base a la legis-

lación especial al respecto en Alemania (§ 18 de la II Ley Federal sobre arrendamiento de uso), el arrendatario no puede alegar los defectos o vicios de la vivienda que ya conoció al celebrar el contrato de arrendamiento (§ 539 del BGB). Estudio del supuesto: significado de la elevación de la renta como circunstancia que incide en la relación contractual. No en base al § 539 BGB, sino al hecho de que la vivienda se entregó en condiciones no de acuerdo con el contrato, podía oponerse el arrendatario a la elevación de la renta.

TRIMARCHI, Pietro: *Sulla struttura e sulla funzione della responsabilità per arricchimento senza causa*, RDDC. años VIII, núm. 3, mayo-junio 1962; páginas 227-251.

El hecho de que las esenciales hipótesis de enriquecimiento sin causa se recojan en normas específicas no hace inútil el principio general que veda el enriquecimiento ni la norma general en que dicho principio se contiene (art. 2.041 del C. c. italiano). No sólo en su aplicación a hipótesis concretas no previstas, sino también en la configuración y estructuración de las previstas, despliega el precepto su eficacia. En la fijación de la responsabilidad por enriquecimiento hay que coordinar la tutela del empobrecido con la del enriquecido, dado que su responsabilidad por enriquecimiento puede suponer una modificación cualitativa de la integridad de su patrimonio no siempre justificada. La norma general del art. 2.041, en relación con las disposiciones que prevén supuestos específicos de enriquecimiento, ayuda a encontrar las hipótesis típicas de éste: A) Enriquecimiento que deriva de haber conseguido utilidad objeto de un derecho ajeno. B) Enriquecimiento que deriva de haber conseguido utilidades que constituían el fin de una actividad ajena. Esta segunda categoría comprende dos clases, según que la actividad ajena, de la que deriva el enriquecimiento, fuese: a) una prestación; b) una actividad realizada exclusivamente en interés propio, pero que desemboca en un enriquecimiento de otra persona. Diferencia entre la responsabilidad derivada del enriquecimiento sin causa y la responsabilidad derivada de acto ilícito. Distinto concepto del daño en cada caso.

VON GERKAN, Hartwin: *Teilschadenersatzklage und Mitverschulden*, MDR, año 16, núm. 2, febrero 1962; págs. 106-107.

Una persona sufre un daño, siéndole imputable culpa concurrente (§ 254 BGB) interpone sólo parcialmente la oportuna acción de indemnización. Se plantea entonces la cuestión de decidir si la acción parcial que el demandante ejercita debe ser aún reducida en atenuación a la culpa concurrente o si, por el contrario, debe ser admitida plenamente a pesar de la culpa concurrente y siempre que la parte de daño no accionada cubra lo que ha de imputar a su propia culpa el demandante. Una sola vez la jurisprudencia (antiguo RG) se ha enfrentado con la cuestión. La ha resuelto en el segundo sentido. Parece

sin embargo, adecuado distinguir según que el demandante, al interponer parcialmente su acción, haya o no tenido en cuenta su culpa concurrente. Referencia a la compensación del demandado. Diferencias.

WEIMAR, Robert: *Ist § 5 Abzahlungsgesetzes bei Zurückhaltung der dem Verkäufer zur Reparatur übergebenen Kaufsache anwendbar?*, MDR, año 15, núm. 10, octubre 1961; págs. 827-828.

Es frecuente en las ventas a plazos que el vendedor se obligue a introducir ciertas mejoras o a realizar reparaciones en la cosa, después de haber sido entregada al comprador con la consiguiente reserva de dominio. Si, con la finalidad indicada, el comprador devuelve temporalmente la cosa al vendedor y éste niega la restitución y retiene dicha cosa alegando plazos no cobrados, surge el problema de si esta retención supone que se produzcan los efectos del § 5 de la Ley alemana sobre negocios a plazos. El autor contesta en sentido afirmativo. El precepto indicado determina que si el vendedor, en base a la reserva de dominio, recupera la cosa, esto vale como ejercicio del derecho de resolución del contrato.

WEIMAR, Robert: *Zur Problematik der Schadensersatzpflicht bei Verletzung der elterlichen Gewalt*, MDR, año 16, núm. 1, enero 1962; págs. 7-9.

Comentario crítico a una sentencia del LG de Bremen en la que se estimó que al titular de la patria potestad le correspondía una pretensión de indemnización del daño patrimonial surgido de la lesión de este derecho paterno, cuando, por un acto ilícito realizado contra el menor, resulta lesionado el derecho de cuidar de la persona del hijo. Que el derecho últimamente indicado puede ser "otro derecho" lesionable a tenor del § 823 BGB parece claro; lo que ya no lo es tanto es que pueda resultar lesionado como consecuencia de un daño corporal causado al hijo. Es la tesis del autor frente a la sentencia, que, en el caso concreto, entendió lesionado el derecho de cuidar de la persona del hijo (como parte del contenido de la patria potestad) por el hecho de tener que suspender unas vacaciones a disfrutar con él a consecuencia de un daño corporal que se le había causado.

WEIMAR, Wilhelm: *Kann eine juristische Person die Eigeninteressenklage nach § 4 Mieterschutzgesetzes erheben?*, MDR, año 15, núm. 10, octubre 1961; págs. 825.

El § 4 de la Ley alemana de protección al arrendatario permite al arrendador interponer acción para invalidar (resolver) el arrendamiento, basada en el *propio interés* de dicho arrendador: si tiene un interés acuciante en la restitución del inmueble. Donde la norma hablaba de propia necesidad alude ahora

(reforma de 1960) a propio interés. ¿Puede ejercitar la acción del § 4 indicado el arrendador que es una persona jurídica? Aunque en ocasiones se ha entendido que sí, parece que debe prevalecer la respuesta negativa.

WEIMAR, Wilhelm: *Rechtsfragen der Praxis (Mietrecht)*, MDR, año 16, número 3, marzo 1962; págs. 188-190.

Dos problemas prácticos de arrendamientos. El primero se refiere al derecho de prenda del arrendador sobre las cosas del arrendatario introducidas en el inmueble (§ 559 BGB) y al caso de enajenación de las mismas a tercero mediante constituto posesorio. ¿Las adquiere el tercero libres de la prenda del arrendador? Distinción de buena o mala fe en el adquirente. Se entiende generalmente supone mala fe el hecho de adquirir de un arrendatario. Baur lo critica; sin razones de peso, a juicio del autor. El segundo problema trata de si los "reglamentos de la casa" que forman parte del contrato de arrendamiento constituyen o no un contrato en beneficio de los —demás— arrendatarios. Estos "reglamentos" contienen las normas de convivencia en el inmueble. Si se infringen, ¿puede cada arrendatario contra los demás interponer pretensiones basadas directamente en esos reglamento de vecindad? Así sucedería si éstos fueran "contratos en favor de los arrendatarios". No lo son, sin embargo. Si un arrendatario es molestado por los otros, sólo tiene acción contra el arrendador y en base al contrato.

WEIMAR, Wilhelm: *Zur Haftung bei Aufsichtsverschulden gemäss § 832 Abs. 2 BGB*, MDR, año 16, núm. 6, junio 1962; págs. 356-357.

El § 832 del BGB establece en su párrafo I la responsabilidad de los guardadores *legalcs* por los daños causados antijurídicamente a tercero por los menores o personas necesitadas de vigilancia. En el párrafo II se dice que la misma responsabilidad incumbe a quien *por contrato* asume la vigilancia de un menor o persona que la necesita. Hay supuestos en los que la asunción contractual del deber de vigilancia resulta clara (médicos, preceptores, encargados de sanatorios mentales, institutrices, etc.). En otros casos en cambio es difícil determinar si hay o no una asunción contractual del deber de vigilancia. Caso discutido es el de los parientes que invitan a un niño a pasar una temporada a su casa o el del niño enviado a las fiestas con los abuelos. La cuestión deberá resolverse partiendo de la idea de que el deber de vigilancia puede asumirse tanto expresa como tácitamente. Puede el indicado deber ser asumido con carácter temporal.

ZUCK, Rüdiger: *Enteignungsmassnahmen und Mitverschulden*, MDR, año 16, número 4, abril 1962; págs. 258-262.

En las acciones de indemnización de daños el que ha sufrido éstos ha de dejarse imputar su culpa concurrente, independientemente de lo cual tiene un deber

de aminorar el daño (§ 254 BGB). En los casos de responsabilidad de funcionarios (§ 839, III, BGB) una especial forma de culpa concurrente es el hecho de omitir, con dolo o culpa, evitar el daño por un remedio jurídico (un recurso, por ejemplo). Ante la cuestión de si los principios indicados son trasladables del campo del Derecho privado a los supuestos de daños causados por entes públicos, se considera general el deber de aminoración del daño; deber jurídico-cívico frente al estado. Se considera, en cambio, no puede darse un carácter de generalidad al deber de utilizar un remedio jurídico para la evitación del daño.

## 5. Derecho de familia.

RIEDEL, Erwin: *Zur Problematik des § 1.335 BGB*, MDR, año 16, núm. 1, enero 1962; págs. 4-7.

En el nuevo régimen legal de bienes alemán (comunidad de ganancia) es el § 1.365 BGB uno de los más considerados por la doctrina y más aplicados por la jurisprudencia. Según la norma, para obligarse a disponer de su patrimonio como un todo cada uno de los cónyuges necesita el consentimiento del otro. Si se obliga sin él, sólo puede cumplir si este otro consiente. Al propio tiempo que se hace una crítica a TIEDAU (cfr. en esta sección) se insiste en los aspectos esenciales de la interpretación y aplicación del precepto: concepto del patrimonio como un todo, carencia de significación de la prestación que se realiza al cónyuge disponente (suele entenderse aplicable el § 1.365 no obstante la contraprestación al cónyuge, puesto que el precepto se estima referido al patrimonio actual), consideraciones económicas en el funcionamiento de la norma en relación con el patrimonio de que se dispone y con el retenido, aplicación a liquidaciones sucesorias, límites entre patrimonio e ingresos (fundamento de existencia y fundamento económico).

TEPLITZKY, O.: *Zur Frage der Identität des Unterhaltsanspruches der §§ 1.360 ff. BGB und der §§ 58 ff. Ehegesetz*, MDR, año 16, núm. 3, marzo 1962; páginas 180-181.

Se toma en consideración el problema de si las pretensiones de alimentos regulados por los §§ 1.360 y siguientes del BGB (especialmente el § 1.361) para el caso de vida separada de los cónyuges y las establecidas para el caso de divorcio, por los §§ 58 y siguientes de la Ley de Matrimonio de 1946, son o no en esencia idénticas. Las consecuencias, especialmente procesales, de una u otra tesis son importantes. En contra de la opinión dominante se ha defendido en jurisprudencia reciente la identidad esencial de las pretensiones en cuestión. Se indica la evolución de la postura de los tribunales y de la doctrina.

TIEDAU, Erwin: *Zur Problematik des § 1.365 BGB unter besonderer Berücksichtigung des Gesellschaftsrechtes*, MDR, año 15, núm. 9, septiembre 1961; páginas 721-725.

El § 1.365 BGB (redacción de la Ley de equiparación de 1957) determina que, en el régimen legal de bienes (comunidad de ganancia), cada cónyuge sólo puede obligarse a disponer de su patrimonio *como un todo* con el consentimiento del otro. Si se obliga sin dicho asentimiento sólo puede cumplir la obligación con el consentimiento del otro cónyuge. Dando a la norma un alcance que, según su origen, texto y significado, no tiene, la opinión dominante ha pretendido aplicarla a casos en que la disposición afectaba a objetos concretos que casi absorbían todo el patrimonio. RITTNER critica, con razón, esta postura: la aplicación del § 1.365 requiere que la disposición afecte al patrimonio *como un todo*, tanto objetivamente como según la voluntad de las partes. La sentencia del BGH de 284-61 no es decisiva. Se indican problemas concretos en torno al § 1.365 en relación con actos del Derecho de sociedades: aportación de un cónyuge a una sociedad cláusula de compensación, modificación y extinción de la sociedad. Necesidad o no del asentimiento del otro.

WEIMAR, Robert: *Die Bestellung einer Kaufgeldhypothek aus der Sicht des § 1.365 BGB*, MDR, año 15, núm. 11, noviembre 1961; págs. 909.

El nuevo § 1.365 del BGB establece que cada cónyuge sólo con el consentimiento del otro puede obligarse a disponer de su patrimonio como un todo. Si se obliga sin ese consentimiento, sólo puede cumplir la obligación si el otro asiente al cumplimiento. ¿Hará falta el indicado consentimiento si un cónyuge compra una finca y la hipoteca en garantía de la parte de precio que se aplaza? Se trata naturalmente de un caso en que la finca en cuestión forma todo el patrimonio del cónyuge y de un caso, por supuesto, en que rige el régimen legal de bienes (comunidad de ganancia). Así como en general los supuestos de constitución de hipoteca deben caer bajo la norma del § 1.365, en la hipótesis concreta indicada, el autor opta por la contestación negativa a la pregunta formulada.

WEIMAR, Wilhelm: *Der Schadensersatzanspruch des Ehemannes bei Ausfall der Arbeitskraft seiner Ehefrau*, MDR, año 15, núm. 8, agosto 1961; páginas 662-663.

El § 1.356 BGB determina que la mujer lleva el hogar bajo su propia responsabilidad y que cada cónyuge está obligado a colaborar en el negocio o profesión del otro si ello es usual según las circunstancias en que viven los cónyuges. El § 1.360 establece que los cónyuges están recíprocamente obligados a sostener la familia con su trabajo y con su patrimonio. La mujer, como regla general, cumple su obligación de contribuir al sustento de la fa-



milia con su trabajo por el hecho de llevar el hogar. Si la mujer sufre por culpa de un tercero un daño que le imposibilita o entorpece para el cumplimiento de las obligaciones indicadas surge el problema de averiguar en base a qué normas puede el marido dirigirse contra el tercero. Consideración de los §§ 844, II y 845 BGB. La cuestión supone la previa determinación del significado de los *servicios* que la mujer presta al marido en virtud de las normas mencionadas al principio.

WEIMAR, Wilhelm: *Haftet auch eine minderjährige Ehefrau bei Zahlungsunfähigkeit ihres Ehemannes nach § 1.357 BGB?*, MDR, año 15, número 9, septiembre 1961; págs. 745-746.

En la antigua redacción del § 1.357 BGB el poder de la llave quedaba configurado como una gestión para el marido y una representación del mismo: un poder legal de representación. Hoy, después de la Ley de equiparación de 1957, el § 1.357 BGB dice que la mujer está autorizada a gestionar con eficacia para el marido los negocios que caen dentro de su esfera de acción doméstica; por estos negocios el marido adquiere derechos y contrae obligaciones, a no ser que de las circunstancias se deduzca otra cosa. Si el marido es insolvente, también queda obligada la mujer de manera subsidiaria. Indicación de algunos aspectos dudosos en torno a esta responsabilidad de la mujer. Especial consideración del supuesto de la mujer menor de edad. Referencia a casos dudosos dentro de la situación de minoría.

WEIMAR, Wilhelm: *Sind der Betätigung einer Ehefrau im öffentlichen Leben Schranken gesetzt?*, MDR, año 15, núm. 11, noviembre 1961; págs. 906-907.

En virtud del postulado de equiparación de los sexos, recogido en el artículo 3, II, de la Ley Fundamental de Bonn, está claro que la mujer puede participar en la vida pública lo mismo que el varón. ¿Pueden derivar limitaciones del hecho de esté casada? Pasando una rápida ojeada a las normas que directamente o de manera indirecta se refieren a la posición jurídica de la mujer como esposa y como madre, y en general como persona encargada de la dirección del hogar, parece resaltar claramente que los deberes que como tal le impone la Ley tiene un rango preponderante ante los derechos y deberes de carácter público.

## II. DERECHO HIPOTECARIO

LUTTER, Marcus: *Vorkaufsrechte nach dem Bundesbaugesetz und Grundbuchssperre*, MDR, año 16, núm. 3, marzo 1962; págs. 177-179.

Se destaca el enorme significado, por los aspectos prácticos que entraña el problema, discutido en la doctrina alemana, de si la compra de bienes

inmuebles en el sentido de los §§ 24 y siguientes de la Ley Federal sobre construcción sólo puede ser inscrita en el Registro si se ha demostrado ante la oficina del mismo que el municipio titular del derecho de preferente adquisición no va a hacer uso de él. Problemas concretos surgidos de condicionar la inscripción a la circunstancia indicada y necesidad de enfocar la cuestión con criterios, más que de Derecho administrativo, de Derecho de cosas y de Derecho registral.

### III. DERECHO MERCANTIL

#### 1. Parte general.

COSNARD, H. D.: *Le refus de vente*, RTC, año 15, núm. 2, abril-junio 1962; páginas 187-201.

En principio la libertad económica, un aspecto más de la libertad general proclamada por la Revolución, hacía concebir la negativa de venta como una simple manifestación de esa libertad. A partir de 1914 y en el período entre las dos guerras comienza a verse en ella un atentado a la libertad de comercio, que se estima, sin embargo, postpuesta a la libertad de las convenciones. Es el sentido de las escasas decisiones de la jurisprudencia, que sólo en casos extremos ven en la negativa de venta una hipótesis encajable en el artículo 1.382 (equivalente a nuestro 1.092). La negativa de venta queda configurada, como conducta atentatoria a la libre concurrencia, por una Ley de 24 de junio de 1958. Interpretada por una Circular de 1960, la Ley indicada asimila la negativa de venta a la práctica de precios ilícitos. Son los elementos constitutivos del delito estos tres: 1.º, Autor del mismo (productor, comerciante, industrial o artesano). 2.º, Disponibilidad de los productos o servicios que se niegan o se rehusa prestar. 3.º, Negativa de satisfacción de una demanda hecha en condiciones conformes a los usos de comercios. Posibles supuestos justificativos de la negativa: mala fe del solicitante y carácter anormal de la solicitud.

ELKOHLY, A.: *L'entreprise publique et semi-publique en Droit égyptien*, RTC, año 14, núm. 1, enero-marzo 1961; págs. 27-39.

La empresa pública y semi-pública se encuentran en Egipto en un estado de plena evolución, lo cual no impide trazar las líneas fundamentales de su configuración y organización, refiriéndose por separado al "establecimiento público comercial" (establecimiento que gestionan un servicio público industrial o comercial y establecimientos económicos) y a la sociedad anónima pública o semipública. El Derecho egipcio no se sustrae a la regla de que la empresa pública reviste simultáneamente la forma de organismo administrativo autónomo e institucionalizado y la de sociedad comercial, cuyo capital

está exclusivamente adscrito al Estado. Presenta, no obstante, la empresa pública notables particularidades en el Derecho egipcio, en el que está llamada a desempeñar una enorme misión.

FRÉDÉRIC, Simón: *L'unification du Droit Civil et du Droit Commercial. Essai de solution pragmatique*, RTC, año 15, núm. 2, abril-junio 1962: páginas 203-232.

En materia de unificación de distintas ramas jurídicas es precisa en todo momento la valoración de dos tendencias: la tendencia a la especialización que favorece e impulsa la autonomización de las diversas ramas jurídicas, y la tendencia a la síntesis, favorable a la unificación. Después de indicar que la unificación del Derecho civil y del Derecho mercantil presenta un doble aspecto, formal y material, describe el autor, con fin puramente práctico, cuál es la situación del fenómeno en el Derecho positivo belga. Se fija en las instituciones que tienen una doble reglamentación (civil y mercantil), tratando de determinar si está justificada o si sería mejor un régimen único, sobre la base de la regla más fácilmente adaptable a las necesidades prácticas. Asimismo se tiene en cuenta si el legislador belga, en las disposiciones aplicables a la actividad económica, ha seguido haciendo uso de los criterios "comerciante" y "acto de comercio". Realizado el estudio, en el sentido indicado, se afirma que el sistema del Derecho mercantil debiera estar formado por muchas menos reglas de las que hoy lo forman: sumisión de las empresas a ciertas obligaciones profesionales y conocimiento por tribunales especiales de las acciones dirigidas contra ellas. En todo lo demás en que el Derecho mercantil se opone al Derecho civil, adopción de un régimen único, tomado de las normas mercantiles. Tanto en la vida civil como en la mercantil se adaptaría mejor a las necesidades prácticas.

MEYSSAN, Michel: *Le fondement juridique de l'indemnité de clientèle des voyageurs, représentants et placiers*. RTC, año 15, núm. 1, enero-marzo 1962: págs. 21-33.

La reglamentación de los viajantes y representantes de comercio en Francia se contiene en el estatuto de 17 de julio de 1937, completado por la Ley de 7 de marzo de 1957. Se les considera vinculados a su principal por un arrendamiento de servicios y se les atribuye en general el régimen jurídico de los asalariados. Una particularidad importante de su reglamentación la constituye la llamada "indemnización por clientela", o sea, la indemnización que ha de prestarles su principal si, una vez obtenida para él por aquéllos una determinada clientela, decide prescindir de sus servicios. El fundamento jurídico de esta indemnización no está bien fijado en el plano doctrinal, lo cual puede tener repercusiones prácticas graves que amenazarían incluso la existencia misma de la "indemnización por clientela". No parece pueda fundarse en la idea de la propiedad incorporal sobre dicha clientela (RIPERT) ni en la del enri-

quecimiento sin causa por parte del principal (bastante utilizada). Más bien el fundamento de la indemnización en cuestión estriba en que el representante lleva a cabo con su trabajo una aportación a la empresa que excede de sus obligaciones derivadas del contrato con el principal. Esta aportación se realiza, poco a poco, en el tiempo y ha tardado por ello en ser apreciada.

RODIÈRE, René: *La réglementation du commerce et les limites à la compétence nationale des États membres de la C. E. E.*, RTC, año 14, núm. 4, octubre-diciembre 1961; págs. 747-764.

Las legislaciones particulares de los seis Estados miembros de la CEE parten en algunos casos de orientaciones distintas, en materias determinadas, de las que presiden los postulados de la Legislación de la Comunidad. En relación con esta idea aborda el autor la cuestión de si el Tratado de Roma permite a los Estados miembros de la CEE instituir nuevas reglas restrictivas, fijando las condiciones de acceso a las actividades comerciales; incluso si estas reglas deben aplicarse, tanto a los nacionales del país como a los que lo sean de otros países de la CEE. El Tratado de Roma supone, como primera consecuencia, el no establecimiento de discriminaciones entre los Estados miembros de la CEE, lo cual se refuerza con la concepción liberal de sus legislaciones. Posibles restricciones a las dos circunstancias anteriores.

TOULEMÓN, André: *La spéculation par refus de vente*, RTC, año 14, núm. 1, enero-marzo 1961; págs. 1-17.

En materia de especulación se plantea en Francia el problema de la constitucionalidad, o no constitucionalidad del Decreto de 24 de junio de 1958, que se examina indicando las distintas posiciones de la jurisprudencia al respecto. Se hace después referencia a la esencia de la especulación ilícita en el sistema elaborado por la propia jurisprudencia, dedicando atención específica a la cuestión de las negativas de venta como medio de especulación para evitar la baja del precio de un determinado producto. Alusión a la Circular de 21 de marzo de 1960, que justifica en ciertos casos la negativa. Especialidades de las normas sobre especulación en su aplicación a los objetos de lujo.

## 2. Comerciantes y sociedades.

CHESNÉ, Guy: *L'exercice «Ut singuli» de l'action sociale dans la société anonyme*, RTC, año 15, núm. 3, julio-septiembre 1962; págs. 348-370.

Para afectar la responsabilidad de los administradores de la sociedad el accionista, aparte de la acción que, como tal, individualmente le corresponda, tiene a su disposición la posibilidad de ejercitar *ut singuli* la acción social. Par-

particularidades del ejercicio de esta acción en el Derecho francés. El particularismo procesal de esta acción y de su puesta en práctica no alteran en absoluto su naturaleza jurídica. Se trata, en suma, de la acción social *ut universi* que se ejerce aisladamente por un solo accionista. Actuando en nombre de los intereses sociales, el accionista cumple una misión de interés general. Salva-guarda menos su propio matrimonio que el patrimonio social. No puede obtener provecho personal inmediato de su iniciativa.

DALSACE, A.: *Le contenu de la feuille de présence*. RTC, año 14, núm. 3, junio-septiembre 1961; págs. 523-531.

Significado de la hoja de presencia y contenido de la misma, como aclaración a las defectuosas normas que la establecen en el Derecho francés. Pretende dicha hoja (en la que deben constar el nombre y domicilio de los accionistas y de las acciones de cada uno, indicándose los presentes o los mandatarios de los representados) evitar fraudes en la asamblea de la sociedad y permitir el derecho de comunicación.

GALGANO, FRANCESCO: *Mancata esecuzione del «transfert» ed esercizio dei diritti sociali nel trasferimento per girata delle azioni nominative*, RDDC, año 8, núm. 4, julio-agosto 1962, 2.<sup>a</sup> parte; págs. 400-427.

En Italia es práctica frecuente entre las sociedades por acciones el admitir a los accionistas al ejercicio de los derechos sociales (voto, dividendo, opción, etcétera) por la mera exhibición a la sociedad o a los bancos encargados por ella de las acciones o títulos de que se ha devenido poseedor mediante "girata" (endoso). De esta forma las acciones nominativas vienen a quedar transformadas en una especie de acciones a la orden. Sin embargo, ante un supuesto en que un socio no inscrito en los libros de la sociedad impugnó una deliberación de asamblea, los tribunales (apelación Milán, 12-4-60, casación, 27-6-61) estiman fundada la excepción de la sociedad de falta de legitimación por no realización de la inscripción antedicha.

La transmisión de acciones por "girata" es un negocio perfecto e idóneo entre las partes para actuar la transferencia; pero, frente a la sociedad, esta transferencia sólo es operativa y eficaz cuando se realice la inscripción pertinente, que es la que en definitiva legitima para el ejercicio de los derechos de socio. Comentario a la tesis expuesta, así como a la práctica que se indicó.

HABERKON, Kurt: *Verhältnis der Vorgesellschaft zur eingetragenen Gesellschaft*, MDR, año 16, núm. 5, mayo 1962; págs. 350-352.

El conocimiento de la relación jurídica existente entre la "presociedad" y la sociedad inscrita no es una cuestión meramente teórica. Tiene, por el contrario, una acusada significación práctica. La relación entre presociedad (sociedad en

formación y cuya existencia presupone la inscripción) y sociedad inscrita es independiente de que aquélla se considere como sociedad civil, como sociedad sin capacidad jurídica o como sociedad *sui generis*. Predomina la llamada teoría de la unidad o de la identidad, según la cual la presociedad y la sociedad inscrita no son dos sujetos de derecho distintos, sino uno sólo en diferentes fases de su formación. Esta teoría conduce a resultados razonables, con las atenuaciones hechas por la jurisprudencia en base a una ponderación de los intereses. Los esfuerzos constructivos de la teoría de la diversidad de sujetos no convencen. Debe aceptarse la sucesión en bloque de los derechos y obligaciones de la presociedad a favor de la sociedad inscrita. La sucesión en particular chocaría a veces con la imposibilidad del contrato consigo mismo.

LESOURD, Noëlle: *L'annulation pour abus de droit des délibérations d'assemblées générales*, RTC, año 15, núm. 1, enero-marzo 1962; págs. 1-20.

La utilización de la idea del abuso del derecho en materia de sociedades ha dado lugar a importantes estudios doctrinales y a decisivas elaboraciones de la jurisprudencia. El trabajo pretende sólo efectuar una síntesis de la jurisprudencia más reciente, estudiando la significación y amplitud que reviste en la práctica el problema de la anulación de deliberaciones de asambleas generales de sociedades, basada en abuso del derecho. El análisis de la reciente jurisprudencia francesa permite concluir que bajo el "ropaje" del abuso del derecho los tribunales reprimen lo mismo la intención maliciosa que la simple desviación de poderes. La sanción de la intención maliciosa permite asegurar la protección de las sociedades contra intereses individualmente divergentes, a la vez que es salvaguarda de la prosperidad social. La sanción de la desviación de poder garantiza la estructura del edificio social, la economía general del contrato. Sancionando el abuso del derecho los tribunales aseguran el equilibrio entre los imperativos sociales y los derechos de los asociados como tales.

Loos, Gerold: *Mängelhaftung für schuldrechtliche Verpflichtungen des Gesellschaftsunternehmens bei Verkauf von Aktien oder GmbH-Anteilen*, MDR, año 16, núm. 3 marzo 1962; págs. 172-174.

Según la jurisprudencia y la doctrina dominante la venta de todos los derechos que entrañan cualidad de socio en una sociedad de capital (venta de todas las acciones de una sociedad por acciones o de todas las participaciones de una sociedad limitada) ha de considerarse desde el punto de vista económico como venta de la empresa. El "vendedor de la sociedad" responde, por ello, de los vicios de hecho y de derecho de la misma como si hubiera enajenado la propia empresa de una manera directa. Es de enorme trascendencia decidir si los vicios son de hecho o de derecho, puesto que mientras los primeros prescriben según el § 477 del BGB, para los de derecho vale la prescripción de treinta años. Junto a supuestos de fácil calificación, son dudosos los casos de ciertas relaciones jurídicas. Los deberes jurídico-obligatorios de la empresa no presupuestos en

el contrato han de considerarse como vicios de derecho, a tenor del § 434 BGB, en cuanto que los deberes en cuestión podrían hacerse valer contra el comprador.

MERKEL, Kurt: *Ausschliessung eines Gesellschafters aus einer handelsgerichtlichen Personengesellschaft*, MDR, año 15, núm. 9 septiembre 1961; páginas 729-731.

En una sentencia del BGH de 17-12-59 se ha resuelto en sentido afirmativo la cuestión de la posibilidad de que en un contrato de sociedad (sociedad de tipo personalista) se establezca que un socio, en virtud de un motivo importante, sea excluido de la sociedad por simple acuerdo de los socios sin sentencia judicial. Es la tesis dominante en la doctrina y en la jurisprudencia. El autor no la cree acertada, ya que no estima correcto valorar como normas dispositivas los §§ 133, 139 y 140 del Código de Comercio alemán. Como regla general al menos debe reputarse que la exclusión de un socio en base al § 140 BGH sólo cabe en virtud de una sentencia judicial de exclusión.

OLLIER, Pierre-Dominique: *Le directeur général-adjoint de la société anonyme*, RTC, año 14, julio-septiembre 1961; págs 533-554.

Como remedio contra la práctica surgida al amparo de la Ley de 24 julio 1867, una Ley de 16 noviembre 1940 instaura en Francia, de una forma radical, el principio de unidad de dirección en las sociedades anónimas: o el presidente del consejo de administración ejerce las funciones de director general o un director general las ejerce por su cuenta y bajo su responsabilidad, quedando aquél despojado de funciones directivas. Si las funciones de director general eran ejercidas por el presidente del consejo de administración, la ley no le autorizaba a asistirse de un agente provisto de poderes generales. Esto se atenúa por la Ley de 4 marzo 1943, que crea la figura del director general-adjunto. Para él la jurisprudencia ha pretendido resucitar las concepciones que se aplicaron al antiguo director general o al administrador delegado. Camino equivocado. El director general-adjunto tipifica su condición por la incidencia de dos circunstancias: a) es mandatario del consejo de administración (tiene título de mandatario y ejerce funciones de tal); b) es auxiliar del presidente director general. Se trata de una figura enteramente original.

FORZIO, Mario: *L'impresa commerciale del minore*, RDDC, año 8, número 4, julio-agosto; págs. 373-397.

El art. 320, IV, del Código civil italiano determina que el ejercicio de una empresa comercial de la que es titular un menor no puede ser continuada sin autorización del Tribunal, oído el parecer del juez tutelar. Se ha pretendido en doctrina reciente (Ferrara) que esta norma no es aplicable al supuesto en que la hacienda del menor esté sometida a un usufructo legal del padre, de forma que éste pueda continuar el ejercicio de la empresa sin la indicada autorización. La gran diferencia entre el usufructo ordinario y el usufructo legal del padre no permite aceptar esta tesis. También el padre requiere la auto-

rización referida, no obstante su usufructo legal. Posición jurídica del padre y del menor con respecto a la empresa de que se trate. El problema de la quiebra y sus efectos. Hipótesis de administración del patrimonio del menor confiada a extranjeros.

RICHERT, Erich: *Beginn der faktischen Gesellschaft und ihre Beendigungsformen*, MDR, año 16, núm. 5, mayo 1932; págs. 352-356.

Aspectos diversos de los problemas derivados del comienzo de las sociedades de hecho y sus posibles formas de terminación. La sociedad de hecho como portadora de derechos. Comienzo de la sociedad de hecho. Disolución por motivo importante para el futuro. Sociedad de hecho y posibles causas de nulidad. Supuestos de "no sociedad".

VASSEUR, Michel: *L'Etat-banquier*, RTC, año 14, núm. 2, abril-junio 1961, páginas 303-310.

Aspectos fundamentales de la actividad bancaria del Estado, comenzada propiamente en 1918 y desarrollada en constante progreso. En esta actividad el Estado es, además, dado que nada en materia de banca, crédito o finanzas puede serle extraño, el tutor del sistema bancario y del mercado de valores mobiliarios. El trabajo constituye en realidad una descripción y elogio del contenido de la obra de BLOCH-LAINE y VOGUE sobre "Le Trésor public et le Mouvement général des Fonds", publicada en París en el año 1961.

### 3. Cosas mercantiles.

WEIMAR, Wilhelm: *Für den juristischen Nachwuchs: Grundsatzfragen aus dem Scheckrecht*, año 16, núm. 6, junio 1962; págs. 456-457.

Aspectos fundamentales de la función y significación del cheque en el Derecho alemán: distinta función de la que corresponde a la letra de cambio, impropiedad de la aceptación del cheque, no carácter esencial de la cláusula de fondos, contrato de cheques con el Banco como presupuesto del giro del documento, provisión, falsificación y sus riesgos (soportados normalmente por la entidad bancaria), responsabilidad del emisor en cuanto al pago, revocación después del transcurso del plazo de presentación, cheques de cuenta, aval, extravío, incapacidad negocial (preferencia de las disposiciones del BGB sobre las normas relativas a títulos valores).



## 1. Obligaciones y contratos.

HABERKORN, Kurt: *Zum Wirksamwerden allgemeiner Lieferbedingungen* MDR, año 15, núm. 10, octubre 1961; págs. 818-820.

Distinguiéndose una serie de supuestos diversos, se hacen unas consideraciones en torno al problema de si se pactan o no con eficacia ciertas condiciones generales de entrega o suministro; sobre todo las que se refieren a la exclusión de la responsabilidad o las que la aminoran. Se separan ocho hipótesis concretas.

MEYER-LADEWIG, Jens: *Trennungstheorie und Einheitstheorie beim finanzierten Abzahlungskauf*, MDR, año 16, núm. 1, enero 1962; págs. 9-10.

Los problemas surgidos de la financiación de las compras a plazos son en creciente medida objeto de examen por la jurisprudencia, lo cual da motivo al autor para considerar hasta qué punto los tribunales someten el fenómeno de la financiación a un tratamiento unitario. El indicado fenómeno se manifiesta así: el comprador se dirige al vendedor para adquirir un objeto a plazos; el vendedor le hace llenar un formulario que previamente ha recibido de un instituto de financiación; el formulario se remite después a dicho instituto y éste paga el resto del precio al vendedor. El comprador restituye a plazos al instituto el préstamo. Los problemas surgen de que los dos contratos del comprador (compra y préstamo) son jurídicamente independientes, no obstante su íntima conexión económica. ¿Hasta qué punto las incidencias del contrato de compraventa pueden repercutir en el contrato de préstamo? La solución del problema depende de que se adopte la teoría de la separación o la llamada teoría de la unidad. La primera es la que predomina en jurisprudencia y doctrina. Aplicaciones concretas. Atenuaciones a su rigor.

MEYER-LADEWIG, Jens: *Die Stellung des Finanzierungsinstituts zum Verkäufer beim finanzierten Abzahlungskauf*, MDR, año 16, núm. 6, junio 1962 págs. 446-449.

En la configuración de la relación jurídica trilateral entre comprador, vendedor e instituto de financiación, surgida del fenómeno de las financiaciones de las ventas a plazos, existen dos teorías: la de la separación y la de la unidad (cfr. Meyer-Ladewig en esta sección). La jurisprudencia alemana, de acuerdo con la más fundada doctrina, parte de la teoría de la separación (compra y préstamo son contratos independientes jurídicamente), pero haciendo ciertas concesiones a la teoría de la unidad para proteger al comprador, que es la parte económicamente más débil en el fenómeno de la financiación. Esta protección se manifiesta en la posible aplicación de la Ley de negocios a plazos, en la responsabilidad del instituto por culpa del vendedor (aplicando el § 278 del BGB), en la posibilidad de impugnación del préstamo por dolo del vendedor (§ 123, II, BGB), en la posibilidad de hacer valer vicios frente al instituto. Por la misma

razón se imponen a éste por la jurisprudencia ciertos deberes de asistencia, consejo y examen. Una sentencia de 6-9-61 del LG de Friburgo/Br. aborda de nuevo el problema del derecho de impugnación del comprador frente al instituto de financiación y el de la responsabilidad de éste por culpa del vendedor. La orientación del fallo puede a juicio del autor provocar otra vez vacilaciones.

WARNCKE, Th.: *Der Begriff des Alleinauftrages in der Rechtsprechung*, MDR, año 15, núm. 9, septiembre 1961; págs. 725-727.

El mandato en exclusiva y en firme se diferencia de otros mandatos de co-cretaje en que queda limitada la libertad del mandante de revocar el mandato; queda vinculado al mandato por él conferido, durante un cierto tiempo. Existe en los derechos y obligaciones de las partes una específica relación de dependencia recíproca, en cuanto que el corredor asume la obligación de una actividad bajo el presupuesto de que el mandante renuncie durante un tiempo determinado a su derecho de revocación. No hay en él una genuina bilateralidad al modo de la compraventa o el arrendamiento, sino más bien un contrato sui generis al que no es del todo exacto conceptuar como contrato de servicios, no obstante ser ésta la tesis predominante en la doctrina y en la jurisprudencia.

##### 5. Derecho marítimo y aeronáutico.

DOMINÈDÒ, Francesco M.: *Parere «pro veritate» sulla proposta di transazione per il caso dell'«Andrea Doria»*, RDDC, año 8, núm. 3, mayo-junio 1962, 2.ª parte, págs. 324-336.

Dictamen formulado en enero de 1957 en torno a la propuesta de transacción en el caso del buque italiano "Andrea Doria", teniendo en cuenta al mismo tiempo cuáles serían los resultados de un fallo judicial favorable. Indica el dictamen cómo los múltiples aspectos de la colisión concurren, directa o indirectamente en el problema de la determinación de la culpa en la misma. Tanto desde el plano moral como jurídico se juzga positivamente la conveniencia de una transacción.

MARTIN, Lucien M.: *La nature juridique de l'assistance en mer*, RTC, año 14, núm. 3, julio-septiembre 1961, págs. 555-576.

Cuando se alude a la asistencia marítima se hace sin más referencia a la relación de hecho que se establece entre dos buques, de los cuales uno está en peligro de perderse. Esta simple referencia no basta para averiguar la naturaleza jurídica de esta relación, circunstancia necesaria para la solución de los múltiples problemas que la misma entraña. Las dificultades emanan de que las formas de manifestación de la asistencia pueden multiplicarse hasta el infinito.

El autor deja fuera los casos en que, *ex lege* o *ex contractu*, existe a priori un deber de asistencia. Al objeto de investigar la naturaleza de los demás supuestos, señala las que estima sus características comunes: 1) remuneración al asistente; 2) carácter mercantil; 3) emana su iniciativa del asistido o del asistente. Centrado ya el estudio se distinguen dos grupos de hipótesis: A) Asistencia que ha sido objeto de un acuerdo (prestación de servicios, unión de intereses). B) Asistencia sin acuerdo (acto altruista, acto egoísta). El intento de encontrar la naturaleza jurídica de la asistencia no puede emprenderse a base de un mero y simple empleo de nociones jurídicas tradicionales. Ello, a juicio del autor, conduce a afirmar que se trata de una relación jurídica sui generis, lo cual nada resuelve.

## 6. Derecho de quiebras.

DE LUCA, Ciro: *Questioni in tema di presunzione muciana*, RDDC, año 8, núm. 4, julio-agosto 1962; 2.ª parte, págs. 369-399.

En materia de eficacia y significado de la presunción muciana en el supuesto de quiebra, a partir de la vigencia de la Ley de quiebras italiana es clara una neta prevalencia de la contribución doctrinal sobre la jurisprudencial, que en general se ha limitado a la vaga enunciación de principios ya consolidados, sin llevar a cabo una investigación autónoma y una revisión crítica de las posiciones conseguidas. Traza el autor una panorámica de las principales cuestiones que se debaten en torno a la presunción muciana, agrupando por materias las sentencias y reordenándolas después según un criterio unitario. Las cuestiones concretas que se toman en cuenta son éstas: momento de la cualidad de empresario comercial y momento de la adquisición de los bienes por el cónyuge del quebrado; automatismo de los efectos de la presunción una vez declarada la quiebra: consecuencias sobre todo fiscales; noción de "bienes" en el sentido del artículo 70 de la Ley de quiebras: la hacienda; adquisición a crédito; bienes adquiridos del quebrado (pruebas, buena y mala fe); quiebra contemporánea de ambos cónyuges.

HONORAT, Adrienne: *La situation des créanciers d'indemnités délictuelles et contractuelles dans la faillite ou le règlement judiciaire du débiteur*, RTC, año 14, núm. 1, enero-marzo 1961; págs. 19-26.

La jurisprudencia francesa estima que para que un crédito de indemnización de origen delictual o cuasidelictual forme parte de la masa y se someta al concordato no basta que el hecho dañoso que le da nacimiento sea anterior al juicio de quiebra o de arreglo judicial; se requiere, además, que haya sido constatado y liquidado por una decisión judicial anterior. Semejante postura es general y duramente criticada, al igual que la extensión de la misma a las indemnizaciones de origen contractual que no son propiamente inejecución del contrato. El autor entiende que, aun reconociendo la distinción jurisprudencial

entre *derecho* de indemnización y *crédito* de indemnización, para que los créditos, indicados entren en la quiebra o concordato basta que el hecho dañoso o el contrato sean anteriores al juicio de quiebra o de arreglo judicial, sin necesidad de sentencia de constatación del crédito, anterior a dicho juicio. No les debe afectar la suspensión de acciones individuales, en cuanto meramente tiendan a la constatación del oportuno crédito de indemnización.

HOUIN, R.: *La revendication des titres en SICOVAM en cas de faillite*, RTC, año 14, núm. 2, abril-junio 1961; págs. 41-47.

Indicadas las condiciones generales de la reivindicación de títulos por sustitulares en caso de quiebra o arreglo judicial del establecimiento bancario, agente o corredor en que se encuentran en depósito, o por encargo de negociación, se expresan las especialidades derivadas del hecho de que los títulos estuvieran inscritos en la "Sociedad interprofesional para Compensación de Valores Mobiliarios" (art. 12 del Decreto de 4 de agosto de 1949). Los títulos entonces devienen fungibles y se prevé una especie de reivindicación de carácter colectivo.

MIGNOLI, Ariberto: *La vendita con riserva de proprietà nel fallimento*, RDDC, año 8, núm. 4, julio-agosto 1962; págs. 328-372.

Con abundante información y rica casuística en el tratamiento de los problemas se ofrece el estudio, referido al Derecho italiano, de la venta con reserva de dominio en el supuesto de quiebra. Se distingue la quiebra del vendedor y la del comprador, que es la que entraña más dificultades y la que suele ser objeto de consideración por la doctrina. Puede estimarse plenamente superada la antigua concepción de Bonelli, según la cual, en el caso de quiebra del comprador, la propiedad quedaría adquirida por la masa aunque el precio aún debido se pagara "en moneda de quiebra". Condiciones de oponibilidad de la reserva a la quiebra. Insinuación en el pasivo por el vendedor, que supone la renuncia al derecho de reivindicar. Resolución del contrato, restitución de la cosa y de los plazos y compensabilidad con el crédito a una compensación equitativa por el uso de la cosa. Reivindicación contra terceros.

TUBIANA, A.: *Du règlement des dettes chirographaires contractées par la masse*, RTC, año 14, núm. 3, julio-septiembre 1961; págs. 577-581.

Como consecuencia de la continuación por la masa del comercio del quebrado pueden surgir créditos quirografarios o dotados de simples privilegios generales resultado de las deudas contraídas por la masa. Es delicado el problema de la colisión entre los acreedores con privilegio general en la masa y los acreedores quirografarios de la masa. En 1935 Leo Meller defendió la preferencia de los primeros. Hoy no se estima sostenible esa tesis. El autor da preferencia a los acreedores quirografarios de la masa, surgidos como consecuencia de la continuación por ésta del comercio del quebrado.

## V. DERECHO PROCESAL

## 2. Parte general.

SCHNEIDER, Egon: *Die Darlegungslast des Klägers*, MDR, año 15, núm. 9, septiembre 1961; págs. 736-740.

El deber de aportación de los hechos que constituyen la hipótesis fáctica base de la pretensión de la parte es el deber o "carga de alegación". Se analiza con respecto al demandante en el sistema procesal alemán. Generalidades, carga de alegación en las acciones de constatación, unidad de la fase de alegación.

SCHNEIDER, Egon: *Rechtsausführungen und Rechtsbegriffe im Sachvortrag der Parteien*, MDR, año 15, núm. 11, noviembre 1961; págs. 891-894.

Significado de las afirmaciones jurídicas y de los conceptos jurídicos que las partes, aunque no necesitan hacerlo, emplean con frecuencia en sus alegaciones y exposición de los hechos ante los Tribunales. Semejantes alegaciones, aun no vinculantes jurídicamente, deben ser a veces tomadas en consideración, como elemento o circunstancia a tener en cuenta en la decisión del litigio. Las afirmaciones jurídicas pueden en cierto sentido ser valoradas como "hechos"; los conceptos jurídicos como "complejos de hechos". El autor considera el presente trabajo como complemento del relativo a la "carga de alegación". Vid. Schneider, en esta sección.

SCHNEIDER, Egon: *Erfahrungssätze und Indizien in der Darlegungsstation*, MDR, año 16, núm. 1, enero 1962; págs. 16-18.

El presente artículo sobre los principios de experiencia y los indicios en la fase de alegación es complemento de los otros del propio autor recogidos en esta sección ( Vid. Schneider). Alude a la carga de alegación y la experiencia, a la carga de alegación y a las presunciones legales y, finalmente, a la carga de alegación y los indicios. Ejemplos expresivos.

SCHNEIDER, Egon: *Normative Tatbestandsmerkmale in der Relation*, MDR, año 16, núm. 3, marzo 1962; págs. 184-186.

Significado de la alegación de circunstancias de hecho normativas, tales como "contrario a la buena fe", "comportamiento doloso", "abuso del derecho", "atentado a las buenas costumbres", etc. Valoración de las mismas por el órgano judicial. Sentido de la alegación por las partes en sus declaraciones como aportación de los hechos. Consideración del problema de la prueba sobre las indicadas circunstancias de hecho normativas. Hechos concretos con los cuales las

partes configuran en su alegación esas circunstancias, cuya sola afirmación nada significa si no se concreta en que ha consistido el dolo, el abuso del derecho, la infracción de las buenas costumbres, etc. El trabajo se relaciona con los demás del autor, aludidos en esta sección.

SCHNEIDER, Egon: *Die Substantiierungslast beim Bestreiten*, MDR, año 16 núm. 6, junio 1962: págs. 331-363.

En las alegaciones y declaraciones de las partes no siempre se cumple el deber de concretar conforme a las disposiciones legales las circunstancias fácticas en que basan sus pretensiones. Demostración, con ejemplos expresivos, de que parece ser una norma olvidada la disposición del § 138 de la ZPO, que impone a las partes emitir sus declaraciones sobre las circunstancias de hecho de forma completa y conforme a la verdad. Significación de la carga de concreción en la contradicción de las afirmaciones de la otra parte. Consecuencias de la no concreción: admisión de los hechos.

THEUERKAUF, Horst: *Beweislast, Beweisführungslast und Treu und Glauben*, MDR, año 16, núm. 6, junio 1962: págs. 449-451.

La validez del principio de la buena fe se reconoce hoy en todos los ámbitos del Ordenamiento jurídico. Nadie discute su vigencia en el proceso civil. En consideración al principio indicado, y por razones de equidad, puede a veces verse afectada la seguridad jurídica. El principio de la buena fe no puede nunca provocar una inversión de la carga de la prueba ni modificar las reglas sobre su práctica. Excepciones y aspectos del principio en cuestión en relación con las normas sobre la prueba.

WIECZOREK, Bernhard: *Zu der Denkschrift der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit*, MDR, año 16, núm. 1, enero 1962: págs. 1-4.

Indicación de los múltiples y diversos aspectos contenidos en la Memoria elaborada por la Comisión preparatoria de una reforma de la jurisdicción civil en Alemania: organización de Tribunales, recursos, costas, pobreza, menor duración de los procesos, configuración de la revisión. No se olvida la actual diversidad procesal entre las dos Alemanias. Los tres inconvenientes graves sobre los que se mueve el sistema procesal alemán son éstos: exceso de trabajo de los jueces, lentitud del procedimiento y frecuente inexactitud de las decisiones.

### 3. Procesos especiales.

BAUER, H.: *Die Widerspruchsfristen im Mahnverfahren*, MDR, año 15, número 11, noviembre 1961; págs. 911-912.

Aunque lo dispuesto en el § 692 de la ZPO alemana parece claro, existen en la práctica frecuentes vacilaciones en torno a los plazos de contradicción en el procedimiento monitorio. Indicación de los diversos supuestos por el autor.

BÖTTICHER, Eduard: *Der Zwischenurteilscharakter des gemäss § 565 ZPO aufhebenden und zurückverweisenden Revisionsurteils und die sich hieraus ergebende Erstreckung der Bindung auf Zurückverweisung von Revisionsangriffen*, MDR, año 15, núm. 10, octubre 1961; págs. 805-809.

Tomando como motivo una sentencia de 16-2-61, hace el autor un análisis de determinados aspectos de la doctrina que sanciona el § 565, II, de la ZPO alemana: acerca de la vinculación del Tribunal de apelación a la concepción del Tribunal de revisión (la revisión alemana viene a ser nuestra casación). El fallo que motiva el presente trabajo estableció que la vinculación del Tribunal de apelación a la sentencia del de revisión no se limita a los motivos de la decisión de éste que de forma inmediata han conducido a la invalidación de la sentencia de apelación, sino que se extiende también a los motivos precedentes en la medida que éstos fueron presupuesto necesario para los motivos inmediatos de la invalidación. Con el mismo ámbito el Tribunal de revisión queda vinculado a su decisión anterior.

BRUNESS, Martin: *Die Pfändbarkeit des Wehrsoldes*, MDR, año 16, núm. 1, enero 1962; págs. 14-16.

No se muestra el autor conforme con la tesis sostenida por el LG de Wuppertal en sentencia de 18-4-1961, según la cual la "remuneración" que reciben los soldados es embargable sin limitaciones, ya que no constituye un "ingreso por trabajo" en el sentido de los §§ 850 y sigs., de la ZPO. No es una remuneración por una prestación de servicios, que absorbe la totalidad o parte de la capacidad de trabajo del deudor, sino más bien un "dinero para la mano" (Handgeld) que al soldado se entrega para que con él satisfaga sus necesidades personales. Comentario crítico de la postura jurisprudencial indicada, partiendo del que se estima verdadero carácter de la "remuneración" del soldado.

CORSI, Francesco: *Ammissione al passivo fallimentare con riserva di produzione di documenti*, RDDC, año 8, núm. 4, julio-agosto 1962, 2.<sup>a</sup> parte; págs. 427-449.

En la Ley italiana de quiebras existen una serie de normas, relativas a la admisión de un acreedor en el pasivo de la masa con reserva de presentación

de títulos, que, en relación con la naturaleza y efectos de esa admisión, dejan amplio campo a la incertidumbre y a los interrogantes. Comentario a una sentencia de casación de 18 enero 1961, en la que se declara que, bajo pena de definitiva exclusión, el acreedor admitido al pasivo de la quiebra en las condiciones indicadas, debe proponer en tiempo oposición si no exhibe los documentos antes del decreto de ejecutoriedad. No se comparte la tesis de la sentencia, ya que a juicio del autor, la nueva ley ha recibido el instituto de la admisión al pasivo con reserva de presentación de documentos tal como la práctica anterior lo había configurado.

HANS, Wilhelm: *Anfechtbarkeit von Einstellungsbeschlüssen nach § 769 ZPO*, año 16, núm. 6, junio 1962; págs. 455-456.

Jurisprudencia diversa y contradictoria en torno a la suspensión del procedimiento ejecutivo o a su prosecución contra prestación de caución, en base a objeciones contra la ejecución o a la improcedencia de la cláusula de ejecución (§ 769 de la ZPO). El problema de la impugnación del auto de suspensión por las circunstancias indicadas.

HERZOG, J. L.: *Rapport Général de la Conférence Générale des présidents et membres des Tribunaux de Commerce de France*, RTC, año 14, núm. 4, octubre-diciembre 1961; págs. 765-810.

Informe General de la Confederación de presidentes y miembros de Tribunales de comercio de Francia, presentado a la Asamblea General del 8 de junio de 1961. Las cuestiones contenidas en el Informe son éstas: Significado del artículo 552 nuevo del Código de Comercio (demandas de reivindicación y función de los síndicos y del administrador); conveniencia o no de dar a los copropietarios indivisos de un buque es estatuto legal de accionistas a los efectos de limitación de responsabilidad en el caso de quiebra o arreglo judicial del propietario aparente; condiciones de la cesión en *gerencia libre* de un fondo de comercio en el supuesto de arreglo judicial del propietario; conveniencia o no de atribuir competencia a los tribunales de comercio en el conocimiento de incidentes de denegación de firma o desconocimiento de la misma o de incidentes de falsedad en efectos de comercio; formas de liquidación del activo en la quiebra y arreglo judicial y necesidad o no de intervención del juez comisario; semestral de créditos por salarios; unidad del contrato de transporte marítimo.

JECHT, Hans: *Zur Stellung des Vollstreckungsschuldners nach Pfändung der Forderung durch einen Dritten*, MDR, año 16, núm. 3, marzo 1962; páginas 181-184.

Si basado en un título ejecutivo (sentencia ejecutable, transacción judicial), promueve un acreedor la ejecución forzosa, surge la cuestión de deter-



minar qué efectos tiene en la posición jurídica del deudor ejecutado el hecho de que el crédito que se ejecuta sea embargado por un tercero. En modo alguno el embargo por el tercero puede equipararse a la cesión a éste del crédito. El embargo sólo afecta a la posición procesal del acreedor, no a la material. Lo que el acreedor pierde es la facultad de disponer del crédito embargado, pero no otras facultades cuyo ejercicio no perjudique al tercero embargante. Al deudor no le corresponde la acción de defensa contra la ejecución a que se refiere el § 767 de la ZPO alemana. Otros aspectos de su posición jurídica de ejecutado ante el embargo del tercero.

LORENZ, Robert: *Irrtumsanfechtung des Meistgebotes gemäss §§ 119 BGB, 71 ZVG infolge Unkenntnis gesetzlicher Vorkaufsrechte?*, MDR, año 15. núm. 11, noviembre 1961; págs. 896-898.

Se comienza indicando la eficacia o no eficacia de los derechos de preferencia (tanteo) legales o convencionales en los puestos de subasta forzosa, en las más importantes hipótesis particulares de dichos derechos: colonización, construcción, etc. A diferencia de lo que ocurre en otros casos, en los que debe negarse la impugnabilidad del remate, éste es, desde luego, impugnabile por error en base al § 119 del BGB (en relación con el § 71 de la Ley de subasta forzosa), en los casos de desconocimiento de la existencia de un derecho de preferencia. Es la impugnación el único contrapeso ante el "anonimato" de esos tanteos de carácter legal.

SCHMIDT, Hans-Joachim: *Nochmals: Zur Frage der Anwendbarkeit der §§ 923, 936 ZPO bei der einstweiligen Verfügung nach § 1.716 BGB*, MDR, año 16, núm. 2, febrero 1962; págs. 97-101.

El § 1.716 BGB establece que antes del nacimiento del hijo no matrimonial puede ser acordado, a petición de la madre y por disposición provisional que el padre entregue a dicha madre o al tutor, inmediatamente después de nacer el hijo, el sustento que ha de prestar a éste los tres primeros meses; consignando para ello la cantidad oportuna en un tiempo adecuado antes del nacimiento. MONZ (cfr. MDR, 1961, 106) ha estimado que los §§ 926 y 936 de la ZPO (acuerdo de que la acción principal se interponga en un plazo determinado, tomado al adoptar la medida provisional y a petición del contrario), no son aplicables a las disposiciones provisionales a que se refiere el § 1.716 BGB, en cuanto que en él no cabe propiamente una acción principal distinta de la provisional que se ejerce. Se rebate la tesis indicada sobre la base de entender que cabe dicha acción principal, como mera acción de constatación de las futuras prestaciones del padre (caso de llegar a verificarse el nacimiento del hijo).

SCHUMANN, Alfred: *Die Anwaltsgebühren im Verfahren vor dem Patentamt, dem Patentgericht und dem BGH*, MDR, año 15, núm. 11, noviembre 1961; págs. 901-904.

Problemas concernientes a los honorarios de los abogados en los procesos en materia de patentes en el derecho alemán: procedimiento ante la oficina de patentes, ante el Tribunal de patentes (creado en 1961, como órgano que conoce a ciertos recursos) y ante el BGH en los diversos supuestos en que en la materia procede la intervención de mismo. Se han realizado las oportunas modificaciones en lo relativo a los honorarios de los abogados que intervienen en los procesos en cuestión. Resultaban exigidas por la nueva ordenación jurídica de los procesos sobre patentes. Examen de las mismas.

SONNENBERGER, H. J.: *Kann der Gewahrsamsinhaber seine Herausgabebereitschaft gemäss § 809 ZPO beschränken?*, MDR, año 16, núm. 1, enero 1962; págs. 22-23.

El § 809 de la ZPO alemana se refiere al embargo de bienes muebles que se encuentran en poder del acreedor o de un tercero dispuesto para entregarlos, y determina que se apliquen, según corresponda, las normas sobre embargo de bienes en poder del deudor (§ 808 ZPO). Sobre la base de la norma indicada se examina el problema de si el tercero poseedor puede declararse dispuesto a entregar la cosa para el embargo a favor de dos ejecutantes, negándose a hacerlo para el tercer ejecutante (la ejecución se realizaba por tres acreedores). Se considera la posición del tercero que posee la cosa y su acuerdo y disposición para entregarla al ejecutor judicial, atribuyendo a esa posición un carácter unitario. Ello conduce a la solución negativa del problema que se indicó.

WINKLER, Heinz: *Das Schicksal der einstweiligen Verfügung bis zur Rechtskraft des sie aufhebenden Urteils*, año 16, núm. 2, febrero 1962; páginas 88-90.

Ni por consideraciones dogmáticas ni por los resultados a que conduce, que someramente se indican, se considera adecuada la tesis, formulada por la jurisprudencia del antiguo RG y seguida por buena parte de la doctrina procesal, según la cual una disposición provisional acordada por providencia e invalidada después definitivamente por sentencia, subsiste como tal y conserva su eficacia hasta que la sentencia que la invalida adquiera firmeza. Especial consideración del supuesto de apelación.

## CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).  
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).  
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.  
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).  
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).  
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.  
 BCAM = Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.  
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).  
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).  
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).  
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).  
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.  
 BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spannolo in Roma.  
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).  
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.  
 BUSEC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.  
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).  
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).  
 CLJ = The Cambridge Law Journal.  
 CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).  
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).  
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).  
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).  
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).  
 F = El Foro (Méjico).  
 FG = Foro Gallego (La Coruña).  
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).  
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).  
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).  
 IJ = Información Jurídica (Madrid).  
 IM = Ius (Milán).  
 IR = Iustitia (Roma).  
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).  
 L = La Ley (Buenos Aires).  
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).  
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).  
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).  
 MLR = The Modern Law Review (Londres).  
 NC = The North Carolina Law Review.  
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).  
 NR = Nuestra Revista (Madrid).  
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).  
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht (Viena).  
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).  
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).  
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).  
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).  
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.  
 RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).  
 RCDI = Revista Critica de Derecho Inmobiliario (Madrid).  
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).  
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).  
 ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).  
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).

- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).  
RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generales delle Obbligazioni (Milán).  
RDCC = Rivista di Diritto Civile (Padua).  
RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).  
RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).  
RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).  
RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).  
RDLP = Revista de Derecho (La Paz).  
RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).  
RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle persone (Milán).  
RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).  
RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).  
REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).  
REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.  
REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).  
REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).  
RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).  
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).  
RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).  
RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).  
RFDSP = Revista da 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 General 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 International 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 Jurisprudência (Coimbra).  
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).  
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechtsvergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).  
RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).  
RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).  
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).  
RS = Rivista delle Società (Milán).  
RFC = 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 Pubblico (Milán).  
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.  
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).  
SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).  
T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).  
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).  
ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio de LEYVA Y ANDIA  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO CIVIL

1. —EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL SE HA DE ATRIBUIR A CADA PISO O LOCAL UNA CUOTA DE PARTICIPACIÓN CON RELACIÓN AL TOTAL VALOR DEL INMUEBLE Y NO AL VALOR DE LOS ELEMENTOS COMUNES.

A) El problema planteado en este recurso requiere esclarecer si en la escritura calificada, por la que se constituyó la finca en régimen de propiedad horizontal, al señalar las cuotas de participación en los elementos comunes del inmueble de cada uno de los titulares de los pisos y locales, se cumple con lo dispuesto en el artículo tercero de la ley especial, según la cual la cuota se determinará con relación al valor total del inmueble y referida a centésimas.

B) En la denominada propiedad horizontal, el artículo 396 del Código Civil sanciona la coexistencia de una propiedad exclusiva del titular del piso o local y de un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, necesarios para su adecuado uso y disfrute, que mediante la correspondiente cuota servirá de módulo para fijar la participación de los propietarios en las cargas y beneficios.

C) Advierte la exposición de motivos de la Ley especial, que con el propósito de que la cuota no exprese sólo la participación en los elementos comunes, sino también pasivamente el módulo de cargas, se ha de determinar poniendo en relación el valor proporcional del piso y cuanto con él estuviera unido, con el valor total del inmueble. Por ello, el artículo tercero dispone que a cada piso o local se atribuya una cuota de participación con relación al valor total del inmueble, exigencia que no puede reputarse cumplida en la escritura calificada, que se refiere en forma imprecisa al valor de los elementos comunes, acaso por no haber adaptado las fórmulas empleadas antes de la reforma a la modificación actual. (Res. de 7 de junio de 1963. «B. O.» del 18 de junio.)

2.—VENTA DE FINCA PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL REALIZADA POR LA MUJER CON CONSENTIMIENTO DEL MARIDO.

En este expediente se plantea una cuestión análoga a la que fué decidida en la Resolución de 1 de marzo de este año, por la que en una escritura en la que ambos cónyuges transmitieron una finca de naturaleza presuntivamente ganancial, se declaró cumplida la exigencia del artículo 1.413 del Código Civil. Por ello se reitera la doctrina en el presente caso, en el que vende la mujer con el consentimiento del marido, sin duda porque había sido ella misma la que compró y trataba de hacer congruente la nueva transmisión con la operación ya realizada, y cumplir lo dispuesto en los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario. (Res. de 11 de junio de 1963. «Boletín Oficial» del 25 de junio.)

3.—**COMPARECENCIA DE AMBOS CÓNYUGES PARA HIPOTECAR UNA FINCA GANANCIAL, ADQUIRIDA POR ELLOS CON ANTERIORIDAD.**

Se plantea en este expediente una cuestión muy similar a la que fue decidida en la anterior resolución de 11 de junio. Por ello se reitera la misma doctrina. (Res. de 9 de julio de 1963. «B. O.» del 1 de agosto.)

4.—**VENTA DE BIENES GANANCIALES POR AMBOS ESPOSOS.**

Por plantearse la misma cuestión resuelta por la Resolución de 2 de marzo del corriente año, se reitera la doctrina contenida en la misma. (Res. de 28 de mayo de 1963. «B. O.» de 14 de junio.)

### DERECHO HIPOTECARIO

1.—**NO PUEDE INSCRIBIRSE UNA ESCRITURA DE ANTICRESIS DE UN INMUEBLE QUE FIGURA INSCRITO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DE LA QUE CONSTITUYE EL GRAVAMEN.—EN LA ANTICRESIS DEBE DETERMINARSE EL PERÍODO DE DURACIÓN DEL PRÉSTAMO ASEGURADO.**

A) De los prolijos antecedentes de este recurso conviene destacar que cuando se presentó la escritura calificada en el Registro, el inmueble gravado aparecía inscrito a favor de una tercera persona, por lo que la cuestión planteada se simplifica si se tiene en cuenta que con arreglo al artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y que según dispone el artículo 20 de la misma Ley, para anotar los títulos por los que se grave el dominio y demás derechos reales, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue el gravamen, por lo cual es evidente que no podrá inscribirse el derecho constituido, sin perjuicio de que los interesados puedan contender entre sí para ventilar la cuestión en el procedimiento correspondiente.

A) La anticresis es un derecho real accesorio de garantía, que presupone una obligación principal, en este caso un contrato de préstamo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.740 del Código Civil, ha de tener cierto tiempo de duración. Esta determinación en el tiempo afectará asimismo a la anticresis porque es necesario fijar con claridad la extensión del derecho que se constituye, el que en razón a su carácter en algunos Códigos modernos subsiste mientras el acreedor no sea plenamente satisfecho, y porque así se infiere también de lo dispuesto en el artículo 1.884 de nuestro Código Civil, toda vez que lo contrario implicaría contradecir el principio de especificidad, infringiría la afinidad proclamada por la jurisprudencia entre la hipoteca y la anticresis y daría lugar a un gravamen inmobiliario de carácter indefinido, que no autoriza nuestra legislación. (Res. de 8 de mayo de 1963. «B. O.» de 7 de junio.)

2.—**LA VIUDA, LEGATARIA DE PARTE ALÍCUOTA DE LA HERENCIA DEL MARIDO, PUEDE SOLICITAR QUE SE INSCRIBAN A NOMBRE DE ÉSTE LOS BIENES QUE APARECEN INSCRITOS EN EL REGISTRO A NOMBRE DE SU PADRE DE QUIEN FUE ÚNICO HEREDERO.**

A) Cuando no existan legitimario, comisario o persona facultada para adjudicar la herencia, el heredero único, con el título de la sucesión y docu-

mentos complementarios, conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria, podrá inscribir a su favor los bienes del causante, y en aquellos casos en que hubiese fallecido, se transmitirán todos sus derechos y obligaciones a sus herederos, quienes subrogados en el lugar del difunto, podrán pedir la inscripción a nombrar del causante.

B) Si un legatario de parte alicuota es el que insta la inscripción, dada la insuficiencia de normas legales, conviene examinar los antecedentes históricos y la verdadera naturaleza de la institución, dadas las divergencias doctrinales existentes, puesto que algunos civilistas partidarios de un criterio objetivo estiman que toda atribución de cuota encierra un llamamiento a título universal, mientras que otros, más apegados a la voluntad del testador, afirman que serán Ley de sucesión, conforme a los artículos 668 y 675, las cláusulas testamentarias, que en cada caso revelarán si el causante quiso instituir un heredero continuador de su personalidad o simplemente un legatario.

C) Admitido el legatario de parte alicuota como partícipe en la masa hereditaria, su cuota en el activo se determinará previa la satisfacción de las deudas y cargas de la herencia, que sólo indirectamente le afectará en cuanto contribuyen a fijar con exactitud la cifra base por la que se computa su parte, pero sin que se halle obligado a su pago, del que no responderá personalmente frente a los acreedores. Esta particularidad es puesta de relieve por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por el artículo 152 del Reglamento Hipotecario que asimila esta clase de legatarios a la de los herederos, a efectos de la anotación preventiva.

D) Con tales particularidades, el legatario de parte alicuota podrá promover el juicio de testamentaria, con arreglo al artículo 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; anotar preventivamente su derecho según el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, y por la especial situación respecto a los bienes, reforzada en este caso por su carácter legitimario, debe reconocérsele asimismo facultado para ejercitar derechos que favorezcan a todos los interesados, como es procurar la inscripción de unos bienes a favor del marido difunto, con lo cual reanudará el tracto que estaba interrumpido, y pondrá en concordancia el Registro con la realidad jurídica. (Res. de 12 de junio de 1963. «B. O.» del 28 de junio.)

3.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA POR LA QUE UN CONDUENÑO TRANSMITE A OTRO SU CUOTA INDIVISA EN UNA FINCA QUE APARECE EN EL REGISTRO CON LA DESCRIPCIÓN PRIMITIVA Y UNA BREVE REFERENCIA A DOS SEGREGACIONES, SIN DETERMINARSE EL RESTO CLARAMENTE.

A) Uno de las finalidades de las disposiciones hipotecarias, ha sido procurar que los inmuebles se describan en los libros registrales de manera que sea posible su identificación, puesto que son la base sobre que descansan los derechos inscribibles en sistemas como el español, que no pueden apoyarse plenamente sobre el Catastro. Por ello, tanto el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, como el artículo 51, apartados 2 y 3 de su Reglamento, preceptúan que las inscripciones expresen la situación, linderos, medida superficial y cualquier otra circunstancia que contribuya a identificar las fincas.

B) En los supuestos de segregación, los artículos 47 y 50 del Reglamento

Hipotecario exigen describir la porción restante «cuando ésta fuera posible», y como el notario autorizante del instrumento debe identificar la finca, solicitará de las partes los antecedentes y datos que contribuyan a su determinación, con el fin de que queden claramente determinadas tanto la parte segregada como el resto, de manera que éste se pueda identificar posteriormente en el Registro y se facilite la calificación de títulos, quedando limitada la aplicación de la simple modificación de extensión y linderos a los casos excepcionales en que sea imposible cumplir los requisitos de general observancia.

C) En las modificaciones de las fincas que alteren su fisonomía, el notario procurará, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 170 y 171 del Reglamento notarial vigente, que se consignen con claridad y precisión los datos que permitan identificar, tanto la finca matriz como la porción segregada. Y cuando autorice títulos después de cualquier modificación sufrida en la extensión o linderos de los inmuebles, ya acepte los datos facilitados por las partes, ya los recoja de otros documentos, deberá actualizar las descripciones con el fin de mantener el más exacto paralelismo entre la realidad jurídica y los pronunciamientos registrales. (Res. de 14 de junio de 1963. «Boletín Oficial» del 4 de julio.)

4.—ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LIMITACIONES DOMINICALES REFERENTES A UN INMUEBLE INCLUIDO EN EL REGISTRO DE SOLARES DE EDIFICACIÓN FORZOSA.

A) Es acusada tendencia de las modernas legislaciones civiles un aumento de las limitaciones del propietario por razones de interés público, que reducen el alcance de la declaración general contenida en el artículo 348 del Código Civil, que caracteriza la propiedad como el derecho de gozar y disponer de una cosa. En este mismo sentido, el urbanismo ha motivado recientemente una copiosa legislación dirigida a promover la construcción en todos sus aspectos, y al proferir esta finalidad también se restringe enérgicamente el derecho del propietario.

B) La Ley de 15 de mayo de 1945 y el Reglamento de 23 de mayo de 1947 crearon un Registro de Solares, en el que en virtud de acuerdo municipal se incluirán los terrenos no edificados y los que se encuentren en determinadas circunstancias, y cuando hubiere transcurrido el plazo de dos años sin que el propietario haya dado comienzo a la edificación, se faculta para pedir la venta forzosa del inmueble registrado, norma análoga a la establecida por la Ley del Suelo en el capítulo I, título IV, que implica una limitación del propietario para la libre disposición de sus bienes.

C) Ni la Ley ni el Reglamento de Solares cuyo imperio tuvo lugar el acto que motiva este expediente, ni posteriormente la Ley del Suelo, regulan la forma en que tal limitación, de carácter legal y administrativo, pueda tener acceso al Registro; pero después, el artículo 4 de la Ley de 21 de julio de 1962 dispuso que la Resolución administrativa que declare incumplida la obligación de edificar se hará constar en el Registro de la Propiedad como carga real, y aunque todavía no se haya establecido la clase de asiento a que deba dar lugar, es indudable que en el presente caso la escritura no es inscribible, porque sólo contiene unas simples manifestaciones del solicitante, no acompañadas, al menos, de un testimonio del expediente municipal que



contenga la transcripción literal del acuerdo, y en cuanto al preferente derecho de adquisición, porque, aparte de no aparecer reconocido por las disposiciones vigentes, no podrá tener más efectos que los puramente obligacionales, y quedará excluido conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento. (Res. de 11 de julio de 1963. «B. O.» del 2 de agosto.)

### DERECHO MERCANTIL

EN UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA INTEGRADA POR DOS SOCIOS, LA MAYORÍA, PARA LA VALIDEZ DE LOS ACUERDOS, HAY QUE ENTENDERLA CONSTITUIDA POR LA UNANIMIDAD. NO ES VÁLIDO, POR TANTO, UN ACUERDO DE MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS EN QUE REUNIDOS LOS DOS ÚNICOS SOCIOS, SE CONSIGUE EL VOTO FAVORABLE DE UNO SOLO DE ELLOS QUE REPRESENTABA EL 80 POR 100 DEL CAPITAL SOCIAL, OBTENIÉNDOSE EL MISMO RESULTADO EN SEGUNDA CONVOCATORIA.

A) El criterio de la validez o invalidez de las deliberaciones en la Sociedad de Responsabilidad Limitada se inspira, en general, al igual que otros aspectos sociales, en la regulación de la Sociedad Anónima. Sin embargo, esta inspiración no es absoluta, pues en las Sociedades de Responsabilidad Limitada, junto —y a veces preferentemente— al carácter capitalista, son también tenidos en cuenta los elementos personales y de ello son fiel reflejo las normas sobre convocatoria, asistencia de los socios y forma de adoptar los acuerdos, que aparecen recogidos en los artículos 14 al 17 de la Ley de 17 de julio de 1953, la cual autoriza, siempre que la escritura de constitución no lo exija, un temperamento de mayor flexibilidad que se adapta mejor a este tipo de Sociedades, permitiendo a los socios actuar sin tanta rigidez al poder ser convocada la Junta por los administradores sin las formalidades establecidas para las Anónimas o adoptar los acuerdos simplemente por correspondencia.

B) Otra diferencia con el régimen de las Sociedades Anónimas resulta de no regularse más que en casos excepcionales (art. 17), la posibilidad de una segunda convocatoria de la Junta General, ya que al estar constituida por un limitado número de socios no se justifica la rémora de un segundo llamamiento. Por ello, si en los demás casos, la Junta convocada no logra reunir el número de socios necesarios para alcanzar el «quorum» de validez, aquélla habra de reunirse de nuevo, y siempre en única convocatoria, para deliberar con la misma mayoría, lo que no estaría permitido si se tratase de una segunda convocatoria.

C) En el presente expediente se trata de un supuesto en los que el artículo 17 de la Ley previene la posibilidad de una segunda convocatoria, pero esta última sólo podrá celebrarse cuando en la primera no se reúna el número de socios requerido, pues la finalidad de la posterior convocatoria no es otra que la de sancionar el comportamiento negligente de aquellos socios que con su falta de asistencia a las deliberaciones de la Asamblea, impiden el normal ejercicio y la actividad de la Sociedad. Por ello, al resultar de los documentos presentados que a las dos Juntas celebradas asistió la unanimidad de los socios —en este caso dos— no puede decirse que la ulterior

tenga el carácter de celebrada en la segunda convocatoria, ni, en consecuencia, quepa aplicar el simple «quorum» de capital que para este tipo de Asambleas se exige por la Ley y por el artículo 8 de los Estatutos sociales .

D) La Resolución de 20 de julio de 1957 ya declaró que la mayoría de personas —mitad más uno— exigida por el artículo 17 de la Ley, en la Sociedad de dos socios hay que entenderla —por la propia naturaleza y fuerza de los hechos— constituida por la unanimidad, al no ser admisible que un solo socio se erija en definidor de una declaración que ha de vincular a la Compañía, con lo cual habrá que concluir que en las Juntas celebradas por la Sociedad «Vicente Suárez» no se alcanzó el «quorum» suficiente para poder modificar los Estatutos. (Res. de 20 de junio de 1963. «B. O.» del 11 de julio.)

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### 1. Sobre el depósito de acciones para asistir a la Junta general

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6-11-1962)

I. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1962 se ocupa de uno de los aspectos que presenta la interpretación del artículo 59 LSA. Con anterioridad a esta sentencia, la Res. DGR de 26-II-1953 se había referido a otro aspecto de la misma norma: los estatutos no pueden prescindir del depósito previo establecido por el artículo 59, aunque no sea preciso justificarlo en el acta de la junta universal (V. también Res. DGR. 23-VII-1958) (1). La presente decisión trata de la determinación del lugar donde se han de depositar las acciones para legitimar al accionista en el ejercicio de su derecho de asistencia.

A. El artículo 59 LSA recoge los condicionamientos que venían rigiendo en la práctica anterior a la promulgación de la LSA el ejercicio del derecho de asistencia en las juntas generales (2). Con relación a las acciones al portador (3), el depósito ha de realizarse en la forma establecida por los estatutos o por la convocatoria. Análogos condicionamientos rigen en los ordenamientos más significativos del derecho comparado. El artículo 2.370 del Código civil italiano precisa que el depósito ha de realizarse en la sede social o en los institutos de crédito designados por la convocatoria (4).

---

(1) Para la jurisprudencia sobre este punto, v. URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1962, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 222; GIRÓN TENA, *Sociedades mercantiles (Lecciones)*, II-2 (Valladolid, 1962, 2.<sup>a</sup> ed.), pág. 509; POLO, *Leyes mercantiles y económicas*, Madrid, 1956, I; RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina mercantil del Tribunal Supremo, Apéndice I*, Madrid, 1962.

(2) Así, p. ej., URÍA, en GARRIGUES, J. y URÍA, R.: *Comentario a la Ley de Sociedades anónimas*, Madrid, 1952, I, pág. 558; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas (Según la Ley de 17 de julio de 1952)*, Valladolid, 1952, pág. 292 —quien saca consecuencias en orden a la interpretación del precepto de que la norma del artículo 59 proceda de una práctica anterior a la ley—. La STS de 30-4-1951 se ocupa de un caso en que jugaba un depósito de acciones para asistir a la junta general.

(3) El depósito de acciones nominativas no es necesario si no se establece estatutariamente. Basta con la inscripción en el libro de acciones nominativas con la misma anterioridad exigida para la realización del depósito de acciones al portador.

(4) Sobre la extensión de este concepto, v. FRÈ, en *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Società per azioni. Art. 2.325-2.461*, Bologna-Roma, 1958, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 288, nota 2. Sobre la problemática general del precepto, BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, II (Milano, 1948), pág. 319; GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1959, 4.<sup>a</sup> ed., págs. 319 y ss.; FIORENTINO, *Gli organi delle società per azioni*, Na-

El § 107, II AktGes prevé igualmente que los estatutos pueden condicionar el derecho de voto (5) a que las acciones se depositen en un determinado plazo antes de la celebración de la junta, bastando a este efecto el depósito en poder de un notario o de un banco de depósito de valores (*Wertpapiersammelbank*) que el Ministro de justicia, de acuerdo con el de economía, haya designado apropiado para ello (6).

Aunque no establecido por una disposición legal, el depósito de acciones para asistir es igualmente habitual en los estatutos de las sociedades francesas (7) y en el tráfico suizo (8).

B. He aquí, expuestos en forma sucinta, los *hechos* que motivaron la controversia objeto de la presente sentencia. El Presidente de la sociedad demandada convocó una junta general extraordinaria mediante convocatoria en la cual se informaba a los accionistas «que se habilita como caja social a los efectos de lo dispuesto en el artículo veintidós de los Estatutos, el domicilio de cualquier accionista fundador o de sus causahabientes, así como el de cualquier funcionario u oficina pública». Celebrada la junta, algunos accionistas impugnan los acuerdos adoptados en ella, basándose en que los estatutos contenían un artículo —el veintidós invocado por la propia convocatoria— según el

poli, 1950, págs. 33 y ss. Ultimamente la norma del artículo 2.370 ha suscitado algunos trabajos centrados sobre las peculiaridades del Derecho positivo italiano —el carácter nominativo que obligatoriamente adoptan las acciones de la sociedad anónima— pero que también hacen referencia a otros de carácter más general: GAMBINO, *Sul termine di deposito delle azioni per l'intervento in assemblea*, RDC, 1960, I, págs. 64 y ss.; IANUZZI, *I problemi in tema di deposito delle azioni ai fini dell'intervento in assemblea*, Riso, 1962, págs. 397 y ss.

(5) En el Derecho alemán el condicionamiento se refiere directamente al derecho de voto y no al derecho de asistencia. Se discute si se extiende automáticamente —sin necesidad de precepto estatutario—, al derecho de asistencia. Los estatutos pueden, desde luego, hacer depender el ejercicio del derecho de asistencia del cumplimiento de esta carga. BAUMBACH-HUECK, *Aktiengesetz (Kommentar)*, München-Berlin, 1961, 11 ed., pág. 409; SCHMIDT, en *Grosskomm. AktG* de GADOW-HEINICHEN, I (Berlín, 1961, 2.<sup>a</sup> ed.), pág. 704. Sobre la aclaración de estos puntos en la Reforma del Derecho de acciones, KROPFF, *Hauptversammlung im Referententwurf*, NJW, 1959, págs. 9 y ss., págs. 11 y sig., especialmente; SCHMIDT, *ob. cit.*, 746.

(6) SCHMIDT, en *Grosskomm. AktG*, I, pág. 742. Sobre la posible configuración estatutaria en estos puntos, SCHMIDT, *Umgestaltung der Satzungen der Aktiengesellschaften nach dem neuen Aktiengesetz*, Berlin-Leipzig, 1938, págs. 46 y ss. y pág. 198.

(7) HOUPIN-BOSVILHEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, II (París, 1929, 6.<sup>a</sup> ed.), páginas 337 y sigs.; RODIERE, *Assemblées générales*, en DALLOZ, *Répertoire de Droit commercial et des sociétés* bajo la dirección de E. VERGÉ y G. RUPERT, III (París, 1958), pág. 97; MOREAU, *La société anonyme Traité pratique*, I (París, 1954, 2.<sup>a</sup> ed.), pág. 355; RUPERT, *Traité élémentaire de Droit commercial*, I (París, 1959), pág. 510.

(8) BÜRGI, en *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* de BECK y otros, V—5 (Zürich, 1958, en publicación), págs. 357 y ss.; BÖCKLI, *Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter*, Basel, 1961, pág. 17 —con bibliografía—.

cual «...para tener derecho de asistencia a la Junta, dos días antes de aquél en que deba de celebrarse deberán depositarse las acciones en la *Caja de la Compañía* o bien justificar su depósito en una entidad bancaria mediante el oportuno resguardo, en cuyo acto será entregada una papeleta de entrada a la Junta, suscrita por el Secretario...» Los impugnantes afirmaban que había existido una infracción de los estatutos y que el quorum —personal y de capital— necesario para constituir válidamente la junta no se había reunido.

La Sala 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Territorial de Barcelona, en sentencia de 23-X-1959, desestimó la demanda (9). Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo anula la sentencia recurrida y, en la nueva sentencia dictada, accede a la anulación del acuerdo solicitada.

II. La escueta dicción del artículo 59 LSA suscita *dos problemas* al intérprete español. En primer lugar, ¿cuál es el contenido lícito de los estatutos o de la convocatoria? En segundo término, supuesto que un determinado contenido sea lícito, ¿cuándo puede ser establecido por los estatutos y cuándo por la convocatoria? Este último es el problema concretamente resuelto por la sentencia comentada.

A. La solución de los *problemas* enunciados depende, en gran medida, de la función que se asigna a la norma del artículo 59 en el ordenamiento de la sociedad por acciones. Es éste un problema que no se limita al depósito de las acciones al portador, sino que afecta a todo el artículo.

---

(9) El mismo órgano jurisdiccional estima el motivo de impugnación discutido en este pleito en una sentencia de 4-12-1959, cuyos considerandos se recogen en RGJ, 1960, página 231: «CONSIDERANDO: que la infracción del artículo 59 de la Ley y del 22 de los Estatutos es evidente, toda vez que tanto el precepto legal invocado como el estatutario exigen como requisito esencial, cuya inobservancia produce la no legitimación de los accionistas concurrentes, como consecuencia la nulidad de la junta, en su constitución y de los acuerdos en la misma adoptados 'que los titulares de acciones sociales hagan su depósito en cuanto a las poseídas con la antelación fijada, en la forma prevista en los Estatutos o por la convocatoria, y en los mismos se señala como lugar del depósito la caja de la Compañía o la entidad bancaria, que se justificará en oportuno resguardo'; el presidente, sin modificación de los Estatutos por el órgano competente, habilitó como caja social el domicilio de cualquier accionista fundador o de su causahabiente' por propia decisión.» «CONSIDERANDO: Que tal motivo de impugnación debe ser acogido, ante la claridad de la norma legal y de lo que se consigna y acepta en el Estatuto de la entidad demandada, sin que pueda argumentarse que es posible tal habilitación, que está en pugna con la ley y dichos estatutos, y pueden lesionar intereses sociales, vulnerando lo dispuesto en el 67 de la Ley citada sobre régimen jurídico de Sociedades anónimas; además, que si se admitiera como legal lo acordado por el presidente de dicha sociedad, podrían burlarse las prescripciones legislativas que en garantía de dichas sociedades se establecen en que se impere el régimen de mayoría y de capital, se lesionarían los fines intereses, digo, los fines e intereses sociales y se adoptarían acuerdos vitales de orden social en oposición con la mayoría y la propia sociedad, como en este caso en que se aprobaron el balance y cuenta de pérdidas y ganancias y otros asuntos trascendentales para el desarrollo social, convocatoria que su presidente deberá hacer cumpliendo con los estatutos.»

La finalidad buscada con la norma mencionada consiste en impedir que los adquirentes de acciones en fechas cercanas a la celebración de la junta, con ánimo exclusivo de asistir a la misma, puedan participar en ella, aunque no sea más que mediante la influencia limitada de su intervención en los debates, determinando la voluntad de la sociedad en sentido distinto a los intereses sociales (10). El tráfico tardío de las acciones se evita mediante el depósito —o la inscripción en el libro correspondiente, si se trata de acciones nominativas— en el plazo prescrito por el mismo artículo. No se trata tan sólo de comprobar la legitimación de los accionistas que pretendan acudir a la junta con la antelación suficiente para impedir los agobios que pudieran originarse de verificar totalmente esta comprobación en el momento de reunirse la junta, sino que el precepto pretende conseguir finalidades materiales: adecuación del contenido de los acuerdos adoptados por la junta al interés social rectamente entendido, mediante la eliminación de personas en las cuales pueda presumirse inexistente la *affectio societatis* por el poco tiempo que llevan ligados a la sociedad (11). Para proteger al interés social de una posible deformación, se impone una limitación temporal a uno de los derechos que confiere la acción (12). Tal limitación tiene que estar rodeada de las necesarias garantías, no sólo para lograr que el precepto cumpla la función que se le asigna, sino, además, para tutelar adecuadamente el derecho del accionista a participar en las reuniones sociales, ejercitando los poderes que le competen.

1. La remisión del artículo 59 a los estatutos o a la convocatoria posee una gran elasticidad. El ámbito de la facultad conformadora que se les entrega se mueve entre dos límites, que, a falta de expresa determinación legal, poseen una gran generalidad. Por un lado, estas normas no deben crear tales dificultades que, de hecho, signifiquen una privación del derecho del accionista a participar en las reuniones. En este sentido el lugar designado —por los estatutos o por la convocatoria— ha de ser fácilmente accesible para todos los accionistas (13). Por otro lado, las normas estatutarias o las de la convocatoria no deben ser tan amplias que desaparezcan las garantías que han de presumirse establecidas por la ley a fin de proteger el derecho de asistencia del accionista.

Un examen de las convocatorias de las juntas generales de las sociedades españolas muestra la gran frecuencia con que la misma socie-

(10) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I (Madrid, 1962, 4.ª ed.), página 375; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, pág. 292; URÍA, *Comentario*, I, pág. 558.

(11) La defensa de la postura mantenida en el texto se realizó en el Derecho italiano por GRASSETTI, *Diritto di intervento e diritto di voto in caso di trasferimento di azioni mediante girata*, RDC, 1948, I, págs. 46 y ss.

(12) El establecimiento de la carga de depositar las acciones dentro de un plazo implica que quien adquiere la acción después de transcurrido carece de derecho de asistencia. De «suspensión excepcional» de un derecho del accionista —el de asistencia— habla GAMBINO, *Sul termino di deposito...*, página 66.

(13) Expresamente BÖCKLI, *Das Aktienstimmrecht...*, cit., pág. 89. Este aspecto del depósito ha sido especialmente considerado por lo que se refiere a la fijación del plazo y su cómputo.

dad cuya junta se convoca es designada como depositaria, por su especial adecuación a las finalidades buscadas con el depósito previo (14). A veces, la designación es más concreta, indicándose como lugares idóneos para depositar las acciones, el local o domicilio social, la caja o la secretaría de la sociedad o su domicilio central. Con la utilización de las dependencias sociales se evitan gastos, tanto a los accionistas —al servirse de la organización social— como a la propia sociedad —al prescindir del intermedio de los Bancos u otras instituciones de crédito como depositarias—. Pero presenta el inconveniente de que si el depósito se realiza exclusivamente ante el órgano administrativo, como representante de la entidad social, sin intervención de representantes de los accionistas o de persona especialmente cualificada, la composición de la junta puede verse influida a consecuencia de la adquisición de acciones a última hora por personas que, siendo gratas a la administración, se admiten a la junta sin cumplir los requisitos exigidos —legal o estatutariamente— (15). Por otro lado, si el cumplimiento de estos requisitos constituye una de las causas productoras de la presente y generalizada actitud abstencionista del socio (16), la designación del domicilio social como único lugar para realizar el depósito previo de las acciones será un nuevo obstáculo para la asistencia del socio, quien habrá de desplazar previamente sus títulos, con los gastos consiguientes, los cuales aumentarán los previstos para desplazarse él personalmente a las reuniones. Para obviar este último inconveniente, algunas convocatorias mencionan, alternativamente, «el domicilio social o su domicilio de determinada localidad», las «oficinas de la sociedad o sus delegaciones en determinada localidad». También es frecuente que se mencionan estos mismos lugares en concurrencia alternativa con las instituciones a las que inmediatamente voy a referir.

Por todas estas razones, mayores garantías y facilidades ofrece la intervención en el depósito previo de las acciones de personas extrañas a la sociedad, bien sean instituciones de crédito, bien fedatarios públicos. No es infrecuente la indicación alternativa de unos y otros. La especificación de las instituciones de crédito admite varios grados: desde una indicación genérica —cualquier Banco, cualquier entidad bancaria del territorio nacional, cualquier establecimiento de crédito de la Nación o domiciliado en España— hasta la indicación *nominatim* —centrales sólo o también sucursales de una entidad de crédito— individualiza-

(14) Que, como ya se ha dicho, no son las de una mera comprobación anticipada de la legitimación de quien pretende asistir a la junta, sino, además, la de inmovilizar la condición jurídica de socio en el tiempo inmediatamente precedente a la celebración de la junta.

(15) Esta posibilidad constituye un aspecto de la patología social y, por otro lado, está excluida en el caso de que la minoría esté representada en el órgano administrativo.

(16) El hecho del absentismo de los socios es denunciado constantemente por todos los autores que se ocupan de la realidad de la sociedad por acciones. V., entre los últimos libros publicados, HERTEUX, *L'information des actionnaires et des épargnants. Etude comparative*, París, 1961, pág. 107; BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, París, 1961, páginas 246 y ss.; WIETHOLTER, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht*, (Karlsruhe, 1961).

das mediante su localización geográfica —los Bancos o sucursales de determinadas localidades—, por la indicación de sus relaciones con la sociedad —Bancos autorizados por la sociedad—, o por la relación con determinados organismos —Bancos adheridos al Comité Central de la Banca española— (17). Menos frecuente es la indicación de notario público, agente de cambio y bolsa o corredor colegiado de comercio (18), que garanticen, por la fe pública de que dotan a los actos en los que intervienen, la inmovilidad de los títulos cuya titularidad atribuye a una persona el derecho de asistencia.

Hipótesis marginal es la constituida por la designación de otra sociedad, distinta de la que celebra su junta, como depositaria de las acciones (19).

Aunque la sentencia no se ocupe directamente de esta cuestión, en sus razonamientos asoma un posible principio de limitación, cuando alude al desdoblamiento «en forma inadmisibles de la Caja social» realizado por la convocatoria, al indicarse por ésta «que no sólo se tiene como caja social el domicilio de cualquier accionista fundador, sino también el de sus causahabientes, sin expresar quiénes fueran éstos y por qué razón». Con tales consideraciones se recogían las sugerencias del recurso, el cual se manifestó en el sentido de que, si se admitiera la facultad de extender la caja social en la medida indicada, la facultad del órgano administrativo tendría «amplitud infinita».

2. El depósito de las acciones al portador, efectuado «en la forma prevista por los estatutos o por la convocatoria», atribuye a sus titulares —o legitimados por sustitución (20) o por representación: art. 60 LSA— la posibilidad de concurrir a la junta convocada, según el artículo 59 LSA.

La «forma» del depósito no se regula, pues, legalmente, sino que su determinación se atribuye a los estatutos o a la persona que convoque la junta —generalmente el órgano administrativo—. Bajo la palabra «forma» deben de comprenderse los elementos y circunstancias del negocio de depósito que posibilita el acceso a la junta general, en aquellos extremos que —como el plazo, por ejemplo— no lo hayan sido por una norma de derecho necesario. En esta primera relación entre normas de distinto origen, se manifiesta

---

(17) Sobre el depósito bancario de títulos en nuestro ordenamiento, v. GARRIGUÉS, *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, págs. 409 y ss.; LANGLE, *Manual de Derecho mercantil*, III (Barcelona, 1959), págs. 434 y ss.; URÍA, *Derecho mercantil*, págs. 570 y ss. Alrededor de esta institución se plantea el tema de la intervención de las entidades bancarias en la vida de las sociedades anónimas, que, especialmente, se ha discutido en Alemania con motivo de la reforma de su derecho de acciones: v., con recopilación de la bibliografía aparecida sobre el particular e interesantes datos de la vida económica en Alemania, BUSSE, *Depotstimmrecht der Banken*, Wiesbaden, 1962.

(18) Los depósitos notariales han de constar en acta: art. 217 Reg. Not., 2-6-1944. V. el art. 32 y sig. del Reglamento interior de los Colegios de Corredores de Comercio de 27-5-1959.

(19) En estos casos se manifiesta una relación entre ambas sociedades, pertenecientes, seguramente, a un mismo grupo de empresas.

(20) P. ej., usufructuario o acreedor prendario a quien los estatutos atribuyen el derecho de voto.



el sometimiento a las normas legales de derecho necesario del resto de las normas del ordenamiento social (21).

Es claro que los estatutos podrán fijar —en los límites antes expuestos— el lugar en que los títulos tienen que ser depositados, puesto que la LSA no contiene norma alguna sobre el particular. Pero, ¿cuándo será legítima la utilización por parte del convocante de la misma facultad?

La interpretación de este precepto en el sentido de que contiene una facultad alternativa del convocante no es convincente, dado el sistema de fuentes del ordenamiento de la sociedad (22). Generalmente son fuentes de este ordenamiento la ley y los estatutos. En el caso particular del depósito de las acciones para asistir a la junta se añade la convocatoria. Tanto los estatutos como la convocatoria son manifestaciones del poder normativo de distintos órganos sociales (23). Los primeros han emanado de los socios en el momento fundacional o, durante la vida social, de una modificación estatutaria por un acuerdo mayoritario. La segunda emana generalmente del órgano administrativo. Por lo tanto, una alteración de la jerarquía entre estas normas constituye una ruptura del equilibrio orgánico establecido por la LSA. En este sentido, si el convocante pudiera desconocer las normas estatutarias, la junta general, expresión de la voluntad de los socios durante la vida social, perdería su carácter de órgano supremo, en cuanto que sus acuerdos serían sustituidos por la determinación unilateral del convocante. Desde el punto de vista práctico, se llegaría al mismo resultado que si el órgano administrativo modificara los estatutos sociales sin observar las cautelas y garantías previstas al efecto por los artículos 84 y siguientes LSA (24). El Tribunal Supremo, en esta sentencia, mantiene los principios que rigen la jerarquización de las diversas fuentes normativas de la sociedad, apoyándose para ello sobre las consecuencias que se originarían para los intereses de la sociedad si se acogiera otra interpretación.

La limitación impuesta por los estatutos se mantiene —en el caso resuelto— por la convocatoria en un aspecto: el objeto del depósito. Han de ser depositadas las acciones «en rama» —según la expresión frecuente del tráfico—, bien en el domicilio social, o bien en un Banco. En este último supuesto, el depósito se prueba frente a la sociedad mediante el oportuno resguardo de depósito (25) emitido por el Banco depositario, en el momento

(21) V. el comentario de GIRÓN TENA a las Res. DGR, de 10-5-1946, en RDM, 1946, II, págs. 141 y ss. —págs. 148 y sig.—.

(22) Sobre la sociedad como ordenamiento jurídico, v. especialmente BERTINI, *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*, Milano, 1951.

(23) Para el significado —en general— de las fuentes, su enunciación y jerarquía, DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1955, 3.<sup>a</sup> ed., I, págs. 368 y ss.

(24) La decisión comentada llega a decir que «...todo lo cual envuelve una modificación de los Estatutos sociales sin cumplirse para ello lo establecido en el artículo cincuenta y ocho de la propia ley aplicada...» (2.<sup>o</sup> considerando).

(25) Aunque los Estatutos sociales hablen de que «se ha de justificar el depósito de las acciones en una entidad bancaria mediante el oportuno resguardo», parece que, dada la finalidad —antes expuesta— del artículo 59 LSA, la mera prueba del depósito ante la sociedad es insuficiente

de celebrarse la junta, o —como sucede en el caso comentado— en un momento antecedente, a fin de poder preparar adecuadamente la reunión mediante el examen anticipado de la legitimación de quien pretende asistir a la misma.

3. La indicación —dentro de los límites que acaban de marcarse— por los estatutos o por la convocatoria *vincula al accionista*. Es decir, el accionista no puede pretender que la sociedad admita la eficacia de un depósito realizado en lugares distintos a los señalados por dichas fuentes, aunque ofrezcan iguales garantías que los expresamente señalados. Para estos supuestos, el ordenamiento español concede al accionista una protección más restringida que la prevista por otros ordenamientos. Como se sabe, el § 107, II AktGes atribuye al accionista, cualquiera que sean las disposiciones estatutarias o las de la convocatoria, la facultad de realizar, en todo caso, el depósito en un notario —alemán, según la interpretación más autorizada (26)— o en un Banco de depósito de valores mobiliarios (27). Los estatutos no pueden suprimir esta norma legal. En nuestro ordenamiento, ni siquiera invocando el principio de buena fe, podría admitirse la eficacia del depósito realizado por el accionista en el mismo lugar que reiteradamente ha sido designado para ello por convocatorias anteriores (28). El accionista tiene el deber de informarse diligentemente sobre las particularidades que han de concurrir en el depósito exigido por la sociedad mediante el examen de cada convocatoria (29), pues la virtualidad de las normas establecidas por ésta se agota una vez verificada la reunión para la que se emitió.

4. Si la convocatoria no determina el lugar donde ha de realizarse el depósito y sobre este punto tampoco existe disposición en los estatutos (30), la junta ha de reputarse mal convocada, «produciéndose las consecuencias inherentes al defecto de convocatoria», ya que el accionista debe de conocer anticipadamente el lugar en que tiene que cumplir su carga para asistir a la junta (31). Esta razón, apoyada sobre consideraciones de seguridad y certeza, es más poderosa que las que pudieran aducirse para apoyar una opinión que pretendiera integrar el silencio de los estatutos y de la convocatoria partiendo de la consideración de que las acciones son títulos-valores que incorporan el complejo contenido de la posición jurídica de socio (32).

pra lograr aquélla. Es necesario, además, que el Banco depositario se haya comprometido a *mantener el depósito* hasta después de que se haya celebrado la junta en cuestión.

(26) V. SCHMIDT, en *Grosskomm. AktG*, I, pág. 742.

(27) Así lo expresa igualmente el § 20 de 1. Durchf. VO. Como tales Bancos de depósito se consideran 10 Bancos desde 1-5-1937.

(28) Esta cuestión se plantea por GODÍN-WILHELM, *Kommentar*, página 483 sobre jurisprudencia del *Reichsgericht*.

(29) En el caso de que sea mención estatutaria, la remisión de la convocatoria a los estatutos informa al socio suficientemente sobre estos particulares, haciendo desaparecer la inseguridad.

(30) No es necesario que la convocatoria reproduzca el contenido de los Estatutos sobre este punto, pero es aconsejable: así, para el Derecho alemán, BAUMBACH-HUECK, pág. 410.

(31) Así, con su autoridad, URÍA, en *Comentario*, I, pág. 558.

(32) Sobre esta cuestión v. GIRÓN TENA, *Sociedades mercantiles*, I, página 232 y ss.; también URÍA, *Derecho Mercantil*, página 102, habla de *status*.

En este sentido, los poderes que emanan de la posición de socio tienen que ejercitarse frente a la sociedad. Uno de estos poderes es el de crear las condiciones necesarias para que nazca la legitimación del accionista frente a la sociedad (33), y si la convocatoria no se manifiesta sobre este punto, el socio podrá pretender que la sociedad admita, con los consiguientes efectos, el depósito de sus acciones en el domicilio social. Pero razones de seguridad jurídica hacen más aconsejable la solución primeramente expuesta.

B. La infracción de los estatutos origina la declaración —en la nueva sentencia que sustituye a la casada— de que los acuerdos tomados por una junta convocada en estas condiciones han sido «eficazmente impugnados». Al tratarse de una infracción de normas estatutarias, el vicio produce la *simple anulabilidad* y no la nulidad del acuerdo, conforme a la dicción del artículo 67 LSA y a la doctrina unánime (34). La anulabilidad se pronuncia sin tener en cuenta el número de acciones que habían sido depositadas irregularmente, —es decir, fuera de los lugares previstos por los estatutos (35)—. Es irrelevante, por lo tanto, que las acciones depositadas de acuerdo con las prescripciones estatutarias sean suficientes para formar el *quorum* de asistencia requerido para la válida constitución de la junta. La infracción en sí misma considerada, es determinante de la anulabilidad, sin necesidad de investigar la influencia que haya podido ejercer sobre la constitución de la junta (36). El depósito es un presupuesto, no sólo para el ejercicio del voto, sino, más radicalmente, para la asistencia a la junta, por lo cual la participación de una persona no legitimada posee una trascendencia que supera a la mera contribución en la formación del *quorum* y de la mayoría (37).

(33) *Id. ej.*, inscripción en el libro de acciones nominativas: sobre la legitimación plena del socio y la legitimación limitada para pedir dicha inscripción, v. PELLIZZI, *Essercizio del diritto cartolare e legittimazione attiva*, RDCiv, 1959, I, 512 y ss. —pág. 540 y sig.—.

(34) GARRIGUES, *Curso*, I, pág. 379; URÍA *Comentario*, I, pág. 632; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, pág. 318 y sig.; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, 5.<sup>a</sup> ed., pág. 484.

(35) El primer motivo del recurso —sobre el cual no se pronuncia el T. S., al acoger el propuesto en primer lugar— aduce la falta de *quorum* estatutario, ya que no había concurrido la mayoría personal de socios —prescrita estatutariamente— ni tampoco la mayoría de capital —exigida cumulativamente con la primera—, puesto que las acciones depositadas reglamentariamente, de acuerdo con los estatutos, constituyen un número inferior a la mitad del número de las acciones emitidas y totalmente desembolsadas.

(36) De otra manera opina, TEICHMANN-KOEHLER, *Aktiengesetz*, Heidelberg, 1950, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 233.

(37) Para los problemas alrededor del derecho de asistencia y de la infracción de las normas que disciplinan su ejercicio, BERR, *L'exercice du pouvoir... cit.*, págs. 229 y ss.; VASELLI, *Deliberazioni nulle e annullabili delle società per azioni*, Padova, 1948, págs. 139 y ss.; SCHILLING, en *Grosskomm. AktG*, II, pág. 249, quien remite a la literatura más reciente.

Por otro lado, queda abierta la posibilidad de exigir la *indemnización* de daños y perjuicios al órgano administrativo, que, con la infracción de sus deberes, ha causado perjuicio a la sociedad por no atenerse, en el desempeño de sus funciones, a las normas previstas por el estatuto (38).

JUSTINO F. DUQUE,  
*Profesor Adjunto de Derecho Mercantil.*  
*Universidad de Valladolid.*

---

(38) Así, expresamente, BÜRGI, *ob. cit.*, pág. 357. No queda excluida la posibilidad de una responsabilidad penal: v. § 294, AktGes.

## 2. Cláusula de revisión periódica en un arrendamiento de local de negocio

(Sentencia de 23 de febrero de 1963)

SUMARIO: 1. El supuesto de hecho considerado.—2. La doctrina del Tribunal Supremo.—3. La distinción de una «cláusula de revisión periódica» de las «cláusulas de estabilización».—4. La validez o nulidad de una cláusula de revisión periódica en el ordenamiento de arrendamientos urbanos.—5. La equivalencia de las prestaciones y las «directrices del sistema jurídico».—6. La renuncia al derecho de limitación de renta en el arrendamiento de un local de negocio y la llamada «ecuación renta-prórroga».

### 1.—*El supuesto de hecho considerado.*

En el año 1953, entre el señor G. y los que fueron accionistas de una sociedad anónima M. G. A. acuerdan «que el señor G. se haría cargo del personal y del activo y pasivo de la Compañía, separándose del activo, para su cesión a los antiguos accionistas, la propiedad de las casas de los números cincuenta y nueve y sesenta y uno de la calle de L. P., mediante el pago por éstos de todos los gastos e impuestos de la transmisión». Además, que «la Sociedad continuaría ocupando los locales que entonces utilizaba para su negocio en concepto de arrendataria y con una renta de ochenta mil pesetas, que experimentaría las bonificaciones y aumentos así concretados»: «De un sesenta por ciento el primer año, es decir, que se pagará una renta de treinta y dos mil pesetas. De un cincuenta por ciento el segundo año, es decir, una renta de cuarenta mil pesetas. Y de un cuarenta por ciento el tercero, es decir, una renta de cuarenta y ocho mil pesetas. A partir del quinto año, la renta de ochenta mil pesetas tendrá un aumento progresivo del diez por ciento».

La Sociedad arrendataria continuó en el uso de los locales arrendados y abonó las rentas estipuladas durante los primeros años de vigor del arriendo, con las bonificaciones establecidas en el convenio; pero, llegado el quinto año (en 1957), cuando había de entrar en vigor el aumento convenido del diez por ciento, la sociedad arrendataria se opuso al abono de este aumento por considerar ilegal, abusivo progresivo e indefinido dicho aumento.

Entablada contienda judicial, el Juzgado de Primera Instancia declaró lícito y obligatorio el pacto contenido en el contrato de arrendamiento, sucesivamente y durante los distintos años en que el arrendamiento pueda mantenerse en vigor, condenando a la citada entidad a estar y pasar por esta resolución.

Interpuesta apelación contra la sentencia del Juzgado por la sociedad anónima M. G. A., recurre ante la Audiencia Territorial, quien dicta sentencia confirmando la dictada por el Juez de Primera Instancia sobre la fijación y aumento de la renta del arrendamiento urbano.

Insatisfecha la sociedad anónima por el fallo obtenido, se alza en apelación ante el Tribunal Supremo y plantea un recurso de injusticia notoria fundado en las causas tercera y cuarta del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (= L. A. U.) vigente. El Tribunal Supremo, admitido el recurso, celebra vista pública en la que dicta sentencia, conteniéndose la doctrina que pasamos a exponer.

## 2.—*La doctrina del Tribunal Supremo.*

El Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de febrero de 1963, razona sus conclusiones y expone los fundamentos siguientes:

«Considerando: que, ... la cuestión fundamental del pleito consiste en determinar si en un contrato de arrendamiento de local de negocio regido por la legislación especial sobre la materia, constituida por el Decreto de veintinueve de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, cabía lícitamente señalar como se hizo en el de autos una renta base de ochenta mil pesetas anuales con un aumento periódico y proporcional del diez por ciento anual que produciría un incremento necesario constante e indefinido, y si, como consecuencia, es válida la cláusula que así lo establece y obligatorio para el arrendatario.»

«Considerando: que tanto la sentencia de primer grado como la recurrida que acepta y ratifica la tesis de aquélla, se pronuncian en sentido afirmativo por dos razones principales: a), que, conforme a la legislación indicada, excepto el derecho de prórroga forzosa, todos los demás son renunciables por el arrendatario, entre ellos el de limitación y en su caso revisión de renta; y b), que lo que las partes establecieron fue una cláusula de estabilización con la finalidad de ajustar equitativamente la renta a las circunstancias económicas en relación con el poder adquisitivo de la moneda.»

«Considerando: que las cláusulas de estabilización, cuya validez ha sido plenamente aceptada por la jurisprudencia en el campo del Derecho civil común, a partir de la sentencia de cuatro de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, que sancionó el valor del pago en oro o plata, reiterada en numerosas sentencias posteriores, como las de doce de marzo y veintitrés de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, se funda, como indicó con particular claridad la de veintinueve de abril de dicho año de mil novecientos cuarenta y seis en la justicia conmutativa que demanda la equivalencia de las prestaciones de las partes en los contratos onerosos, estimándose más justo el sistema de señalar en los pagos de tracto sucesivo un precio variable que se determina en proporción a ciertos índices, consistentes generalmente en el valor en cambio de una mercancía de consumo corriente, el trigo, por ejemplo, como se ordenó por el legislador en la Ley de Arrendamientos Rústicos de veintitrés de julio de mil novecientos cuarenta y dos, lo que constituye el tipo de cláusulas de estabilización.

llamado de escala movable, a pesar de lo cual, una parte de la doctrina científica propende a mirarlas con desconfianza y a sacarlas de la esfera de la pseudo libre contratación, porque casi siempre son una imposición del económicamente más fuerte, sobre todo cuando el patrón es el oro o la plata.»

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

«Considerando: que prescindiendo del problema, que había sido resuelto negativamente en los contratos sometidos a la legislación constituida por los Decretos de veintinueve de diciembre de mil novecientos treinta y uno y veintiuno de enero de mil novecientos treinta y seis, de si es admisible la cláusula de estabilización en la legislación especial de arrendamientos urbanos a partir de la, de veintiuno de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, porque, como queda dicho, no es ese el problema planteado en el caso presente, ha de considerarse el segundo punto relativo y si es válido y aplicable el otro fundamento del fallo recurrido que consiste en determinar si se trata simplemente de una renuncia al derecho de limitación, y en su caso de reducción de renta, renunciable conforme a lo dispuesto en el artículo once de la L. A. U. de mil novecientos cuarenta y seis; pero el razonamiento de la sentencia recurrida olvida que la determinación de la renta se refiere al momento inicial del contrato, según se infiere de la propia redacción de los artículos ciento dieciocho y siguientes, que señalan unos módulos que son los renunciables y que la renta contractualmente pactada ha de ser estable, puesto que las elevaciones posteriores ya no pueden ser objeto de pacto, sino que están determinadas o por conceptos previstos por la Ley, tales como repercusión de elevación de contribuciones, o del costo de los servicios o suministros (artículo ciento veinticinco) o cuando el Gobierno lo disponga en uso de las facultades que le confiere la Disposición transitoria once, párrafo segundo, precisamente para adecuar la renta a las limitaciones de la economía nacional, que es la razón que alega la sentencia recurrida para justificar la estipulación discutida, según lo cual resultarían usurpadas por la iniciativa privada facultades reservadas por la ley privativamente al Gobierno; por eso el artículo ciento veintiocho dice que fuera de los casos expuestos se reputará ilícita cualquier elevación de renta que realice el arrendador.»

«Considerando: que, como dijo la sentencia de este Tribunal de treinta de octubre de mil novecientos sesenta y uno, carece de valor todo pacto que varíe o limite la duración legal de los arrendamientos de edificaciones

urbanas; y si tenemos en cuenta la ecuación renta-prórroga, que ha sido la que ha tratado de salvar la Ley mediante la estabilidad del primer término de dicha ecuación, resulta evidente que el señalamiento de una renta que se eleve de una manera fija, constante e indefinidamente ha de conducir necesariamente al efecto de destruir toda proporcionalidad en las prestaciones que exige la causa lícita en los contratos onerosos y a la imposibilidad de continuar en el uso del local, haciendo ilusoria la prórroga y habilitando con ello una fórmula para burlar su irrenunciabilidad establecida en el artículo once de la repetida Ley de Arrendamientos Urbanos; que por ser de orden público, vicia de nulidad radical dicha estipulación, conforme al artículo cuatro del Código Civil.»

«Fallamos: que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de injusticia notoria, interpuesto por M. G. A., sociedad anónima, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Territorial...»

La interpretación y las consideraciones que expone esta sentencia, nos sugieren dos cuestiones fundamentales: la referente a la distinción entre las «cláusulas de estabilización» y la «cláusula de revisión periódica», y la argumentación en que se basa para interpretar la renuncia al derecho de limitación de renta que autoriza la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, así como el examen de la «ecuación renta-prórroga» a que se alude. Si procedemos con el orden expositivo de cuestiones empleado por esta misma sentencia, habrá que comenzar por la primera distinción planteada.

### 3. La distinción de una «cláusula de revisión periódica» de las «cláusulas de estabilización».

Es un acierto de esta sentencia de 23 de febrero de 1963 el haber insistido sobre la distinción establecida entre una «cláusula de revisión periódica» de las actualmente conocidas y frecuentes «cláusulas de estabilización», dada la diversa estructura jurídica a que responden, según ya hizo ver en nuestra doctrina LUCES GIL (1). Efectivamente, el Tribunal Supremo hace notar cómo las cláusulas de estabilización se fundan «en la justicia conmutativa, que demanda la equivalencia de las prestaciones de las partes en los contratos onerosos, estimándose más justo el sistema de señalar en los pagos de tracto sucesivo un precio variable que se determina en proporción a ciertos índices, consistentes generalmente en el valor en cambio de una mercancía de consumo corriente, el trigo, por ejemplo, como se ordenó por el legislador en la L. A. U. de 23 de julio de 1942, lo que constituye el tipo de cláusulas de estabilización llamado de escala movable». La sentencia actual viene, una vez más, a reconocer la utilidad y validez de estas cláusulas estabilizadoras por la equivalencia en las prestaciones que implican en los contratos onerosos y de tracto sucesivo en base al precio variable que se determina en relación a ciertos índices, que pueden ser determinados productos o mercancías (trigo, aceite, algodón, hierro, etc.),

(1) LUCES GIL, *El problema de las obligaciones devaluadas ante la doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «Foro Gallego», 84 (1952), 610 y ss.



concretándose en el tipo conocido por «cláusulas de escala móvil», tal como aprecia esta sentencia, o por otras materias, como el oro, la plata o las monedas extranjeras, al constituir las llamadas «cláusulas oro o plata» o «valor oro o valor plata» y «cláusulas moneda extranjera» o «valor moneda extranjera», aceptadas y reconocidas en amplia línea por el Tribunal Supremo (2).

Ante la inflación monetaria, y en defensa contra sus nefastas consecuencias, las cláusulas de estabilización surgieron como remedios privados en el ámbito de la contratación diferida. En España, primero, la situación creada por las dos comunidades de pagos en zona roja y nacional, durante nuestra guerra civil; posteriormente, la inflación de la peseta, al resultar ficticio el valor nominal de la misma, incumpléndose los términos meramente teóricos en que se basaba el principio nominalista del dinero, de que «una peseta era igual a otra peseta», cuando en realidad su valor comercial era aproximadamente diez veces menor, si se comparaba con un período anterior (3), hasta el «plan de estabilización», en que, si bien el valor de nuestro dinero adquiere una relativa permanencia, los proyectos y puesta en marcha de la industrialización del país traen consigo una mayor circulación de dinero fiduciario en el mercado y, como consecuencia, una elevación de los precios, con la consiguiente disminución del poder adquisitivo de la peseta que, si no alcanza los índices de depreciación anteriores, tampoco los conserva de año en año. Ante tales situaciones, y con el mercado de créditos casi paralizado en la época de autos, pudieron apreciarse las medidas que tuvo que adoptar el legislador para habilitar, en determinados sectores, fórmulas que remediasen la desproporción manifiesta entre los acreedores y deudores de dinero. Tales medidas legislativas al respecto fueron las que afectaron al bloqueo y desbloqueo, las referentes a los arrendamientos rústicos sobre la renta pactada necesariamente en una cláusula «valor trigo», la admisión por el Reglamento Hipotecario de las cláusulas estabilizadoras «valor oro», «valor trigo» y «valor índice ponderado del coste de vida», las medidas de revisión legal de precios en obras de vías públicas, etc.

En todos estos casos, y en otros, se viene a confirmar el reconocimiento legal de que el signo monetario estaba depreciado y no poseía el poder adquisitivo real acorde con las circunstancias. Ante este fenómeno económico-político, reconocido por la propia esfera legislativa y jurisprudencial, con sus fallos revisionistas y de equidad (4), no podía menos de ser afrontado por los privados en sus relaciones patrimoniales para tratar de de-

---

(2) SS. 12 enero 1923, 3 julio 1936, 2 marzo 1943, 4 julio 1944, 15 junio 1946, 22 marzo 1947, 4 enero 1951, 23 diciembre 1954, 6 julio 1957, 3 octubre 1957, 28 noviembre 1957, 6 junio 1959, 31 octubre 1960 y 22 diciembre 1961.

(3) Entre las dos leyes que señalan el valor nominal de la peseta, con relación al patrón oro (Ley de 19 de octubre de 1868 y el Decreto-Ley de 4 de julio de 1958), casi resulta reducido en la décima parte de su valor.

(4) Con anterioridad a la promulgación de ciertas disposiciones legales, el Tribunal Supremo declara ya la validez de las cláusulas de estabilización, cfr. SS. 4 de julio de 1944, 15 junio 1946, 22 marzo 1947, 25 junio 1948, 4 enero 1951 y 28 noviembre 1957.

fenderse de la injusticia que provocaba la inflación, en concreto cuando de la situación de acreedores se trataba, quienes al ver disminuir la capacidad o poder adquisitivo de las sumas de dinero de sus créditos, rentas, pensiones o alquileres, debían ponerle un remedio. Para afrontar tal situación, y conseguir que en sus relaciones obligatorias a largo plazo o de tracto sucesivo se restableciera el equilibrio económico que demanda la conmutabilidad de sus prestaciones, y resultasen, a pesar de la inflación, relativamente equivalentes, las partes recurrieron a las llamadas «cláusulas de estabilización». Así conocidas porque su objeto es mantener el precio o renta del contrato en relación con un producto o mercancía que representa un valor real en el mercado, y su precio varía o fluctúa con las circunstancias económicas concretas, mientras que el valor de la moneda permanece nominalmente inalterable perdiendo su función real de medida. Calculado el precio o renta de una relación obligatoria o contrato en función de un índice real, la suma de dinero a entregar se consigue, en cierto modo, que mantenga una equivalencia en las prestaciones que la inflación destruye, con el consiguiente perjuicio para el acreedor y el efectivo beneficio para el deudor. Es decir, que las cláusulas de estabilización se amparan en aquellos índices de valor más permanentes y reales que permiten, si no de un modo idéntico, si aproximado, mantener la equivalencia de las prestaciones prometidas (5). Por lo tanto, estas cláusulas no tratan de sustituir, alterar o menospreciar la moneda de curso legal, sino tan solo el poder obtenerla en la cuantía suficiente para que se pueda mantener la capacidad de compra inicial que representaba en el momento de la contratación. Como expresa la propia sentencia de autos «la característica de las cláusulas de estabilización consiste en la referencia del pago en dinero a un patrón mercancía que en su cambio por otras sea menos susceptible de los bruscos desequilibrios de valor que el signo monetario oficial».

Una de las razones fundamentales de la justicia y licitud de estas cláusulas estabilizadoras está en su signo ambivalente, positivo y negativo que presentan ante la mutación o cambio de circunstancias en las alteraciones monetarias. Si por una inflación ejercen su función estabilizadora respecto al acreedor, ante una deflación logran el equilibrio respecto al deudor; es decir, que los riesgos los cubren con un signo de relativa equidad y de protección al más perjudicado en la coyuntura de las alteraciones monetarias. Esto por lo que respecta a su carácter genérico, puesto que en cuanto a su posición específica, respecto a las partes, como toda norma de conducta habrá de ser valorada por el Juez y sancionada conforme a las circunstancias concretas de la relación jurídica entablada, así como por sus

(5) VALLE DE GOYISOLO, *La antítesis «inflación-justicia»*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 5 (1960), 531 y ss., afirma que las cláusulas estabilizadoras, dentro de un régimen de injusticia pueden suponer solamente una corrección muy parcial, que marca una nueva desigualdad en la situación injusta, desviándolo de unos en forma que se patencie aun más la sufrida irremediablemente por otros. Y que, generalmente, sólo se conseguirá el traspaso del riesgo de la inflación a la parte más débil, en otras ocasiones su reparto, más o menos arbitrario, pero jamás que ambas partes logren superarlo total o satisfactoriamente. Pero, como muy bien el propio autor señala, hay que estar al resultado de casos concretos.

ponderables de tiempo y lugar y en cuanto a la naturaleza del negocio pactado.

Es precisamente en esta función estabilizadora, hacia unos u otros beneficiarios de la relación jurídica patrimonial, donde reside la licitud y validez de estas cláusulas que no suponen una ventaja unilateral ni son, como se cree, imposición del más fuerte; para afirmar esto último, depende de una situación concreta y no puede determinarse *a priori*, ya que, actualmente, está demostrado (6) que son más bien los grandes deudores de dinero quienes ocupan la situación del más fuerte (entidades industriales y comerciales, bancarias, sociedades, trust, holdings y el propio Estado) quienes imponen sus condiciones, pues, no se olvide que la inflación ofrece ventajas inusitadas a los deudores para saldar a bajo precio sus créditos. Por lo que, insistimos, habrá que estar al examen del caso concreto para concluir quién es el más fuerte y en cada caso derivar las consecuencias de abuso consiguiente; por lo tanto, hablar de una «política de deudores» o de «acreedores», no es más que señalar una tendencia dentro de la coyuntura a que se hace referencia.

Tampoco las cláusulas estabilizadoras aceleran la inflación o evidencian el desprecio a la moneda de curso legal; ellas no son su origen, sino su consecuencia. Precisamente porque hay inflación o porque se teme por eso surgen y se pactan. No suponen un desprecio a la moneda de curso legal ni la envilecen, sino todo lo contrario, se pactan porque los pagos han de ser en moneda de curso legal, si bien en una cantidad equivalente al poder adquisitivo negociado, y, precisamente, porque la moneda está depreciada, envilecida y disminuída de su poder adquisitivo, incapaz de representar la unidad de valor con que la autoridad la emite, quien, de no tomar las medidas pertinentes, se hace cómplice de tal situación perturbadora. No se olvide que las cláusulas de estabilización nacen como un medio privado para combatir una anormalidad, las alteraciones monetarias, y que conseguida la normalidad, el restablecimiento del valor del dinero, se evidencian sin función ni cometido, pierden su objeto y resultan, como irónicamente dijo un autor, «abrigo para el mes de agosto».

En cambio, ¿qué es una cláusula de revisión periódica?, ¿se trata, en realidad, de una modalidad de las cláusulas de estabilización o tiene una estructura jurídica independiente? En la práctica, las cláusulas de revisión periódica aparecen como aquéllas que añaden las partes a un contrato de ejecución diferida por las cuales el precio renta del mismo varía en un determinado tanto por ciento dentro de los plazos señalados, o bien las partes, de tiempo en tiempo, se reservan la facultad de pedir la revisión o rectificación del precio pactado. Los autores confirman el contenido de estas cláusulas y advierten estas dos posibles modalidades (7). Resulta, pues, que la variación del precio o renta impuesta por la cláusula de revisión periódica puede ser inicial o subsiguiente a las circunstancias sobrevenidas,

(6) Cfr. RIPERT, *Aspect juridiques du capitalisme moderne*. París, 1951.

(7) Cfr. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Cláusulas de estabilización*, en «Estudios de Derecho privado», I (1948), 258; LUCES GIL, *op. cit.*, pág. 610, y BONET CORREA, *Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil*, en «ANUARIO DERECHO CIVIL», VIII-I (1955), 116 y ss.

por regla general suele ser inicial y pactado en beneficio del acreedor, bien ante el temor de una inflación o bien como objeto de lucro. Ante las circunstancias concretas, la motivación del supuesto puede ser evidente. En el caso de que el pacto surja ante una situación inflacionista, la cláusula de revisión periódica semeja o aparenta ser una cláusula estabilizadora. Efectivamente, cuando una cláusula de este tipo prevé la elevación periódica (cada dos, tres, cinco o más años) en una determinada cuantía o tanto por ciento, y el precio o renta del contrato resulte acorde con la depreciación monetaria reinante, en cierto modo tiende a mantener el equilibrio y la conmutabilidad de la prestación del acreedor, ya que su ritmo de subida compensará la baja del poder adquisitivo de la moneda. En este caso concreto parece cumplir idéntico cometido al de una cláusula de estabilización. Sin embargo, se da para este supuesto, una mera coincidencia, ya que la función genuina de estas cláusulas de revisión se basa en un efecto unilateral y su finalidad concreta no tiende a lograr una estabilización, sino más bien una compensación. El signo de una cláusula de revisión es aumentar la renta, cualquiera que sea la coyuntura económica y con el solo beneficio del acreedor; no se produce la alternativa creciente o decreciente en relación al índice estabilizador, susceptible de aumento o disminución en su valor, que tendrá un reflejo directo en la cantidad o suma de moneda a entregar como precio o renta tanto para el acreedor como para el deudor; falta, en definitiva, la aleatoriedad o el riesgo que contiene una cláusula de estabilización. La típica cláusula de revisión periódica suele ser como la impuesta en el caso de autos, en una sola dirección en beneficio del acreedor, en un sentido creciente para esta parte sin la alternativa posible de las cláusulas estabilizadoras. Tal caracterización establece una diferencia esencial entre ambos tipos de cláusulas.

Aún cabe apurar más los argumentos en torno a la estructura jurídica de ambas cláusulas si nos referimos a la otra modalidad de las cláusulas de revisión periódica en que ambas partes, acreedor y deudor, se reservan la facultad de pedir la elevación o disminución del precio o renta pactados, por lo que, al admitirse unas facultades bilaterales, adquirirían una finalidad más paralela a las cláusulas de estabilización. Sin embargo, tampoco esta modalidad las identificaría, pues, si de su semejanza pueden resultar aspectos idénticos (bilateralidad, aumento del precio renta, coyuntura económico inflacionista) su estructura jurídica, su desarrollo y sus finalidades son completamente diferentes. Ahora bien, por el simple hecho de que sean figuras jurídicas, sin semejanza, cláusulas de contratación diferentes, ¿han de considerarse sin válido fundamento? Es ésta una cuestión que conviene tratar específicamente y en consideración con el ordenamiento especial de arrendamientos urbanos, tal como se presentó en el caso de autos de la sentencia que comentamos.

#### 4. *La validez o nulidad de una cláusula de revisión periódica en el ordenamiento de arrendamientos urbanos.*

La sentencia de 23 de febrero de 1963, objeto de comentario, ha contemplado una cláusula por la que la renta de un local de negocio tendría un

aumento anual sucesivo del 10 por 100, sobre la renta de ochenta mil pesetas. Se trata, pues, de una típica «cláusula de revisión periódica» y no de una cláusula de estabilización. No obstante, el hecho de haberse pactado dicha cláusula en el año 1953, en que predominaba una situación monetaria fuertemente inflacionista, cuya cúspide más elevada se alcanza en el año 1957 (8), puede interpretarse, por lo que a esta coyuntura se refiere, como el motivo fundamental que condujo a las partes a redactarla en su contrato de arrendamiento de local de negocio, con objeto de defenderse y compensarse de la baja del poder adquisitivo de la peseta; por lo que no resultan, por tanto, desacertadas las posturas realistas del Juzgado, y de la Audiencia Territorial, en este caso, al haber fallado su admisión. Sin embargo, es necesario insistir en que no se trata de una cláusula estabilizadora, pues le faltan las notas características de cualquiera de ellas. Pero tampoco, por esta misma circunstancia, se pueden poner exclusivamente en juego, como hace la sentencia de autos, acontecimientos político-económicos posteriores como el plan de estabilización, el cual, si bien realizó un reajuste efectivo y real de nuestra situación monetaria, no obstante, por la subsiguiente acometida de la industrialización del país, ha de recurrir a una mayor disposición de medios monetarios (9) con su consiguiente tendencia inflacionista, según puede comprobarse con las subidas de precios en todos los sectores de la vida actual.

Es decir, que si para las cláusulas de estabilización la coyuntura económica es un factor decisivo y ligado directa y consecuentemente al índice elegido por las partes, para las cláusulas de revisión periódica es tan sólo un factor de apreciación para ver si estamos ante una modalidad pactada que conduce o no a la usura, tal como se desenvolvería el precio o renta de cualquier otra modalidad contractual de tracto sucesivo (por ejemplo un contrato de suministro con un tanto por ciento de aumento en el precio de las mercancías a servir en años posteriores).

De aquí que las cuestiones fundamentales planteadas por una cláusula de revisión periódica, en un contrato de arrendamiento de local de negocio, sean dos: la de sí, con arreglo a las normas comunes y especiales, cabe pactar esta modalidad de elevación de la renta, y, la de si esta renta o precio resulta equivalente y lícito con arreglo al disfrute que proporciona el local de negocio.

Respecto a la primera cuestión, se observa que el ordenamiento especial aplicable al caso de autos fue la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946. Dentro de este complejo normativo hay una distinción que conviene dejar aclarada desde un principio para no confundir, como resulta de esta sentencia comentada, el distinto trato que se otorga a las viviendas y a los locales de negocio (10).

(8) Cfr. MEMORIA DEL BANCO CENTRAL, *Estudio económico*, Madrid, 1961, pág. 208, donde se advierte que de 31.660 millones de pesetas en circulación, en 1950, se pasa a 66.653 millones de pesetas, en 1957.

(9) Actualmente, en el año 1962, la oferta monetaria alcanza los 275.540 millones de pesetas frente a 258.122 millones de pesetas que se produjo en 1961, cfr. BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA: *Boletín mensual*, XI (1963), 6.

(10) Sobre la necesidad de distinguir ambas figuras dentro de la LAU de 1946, ya me referí en otro estudio anterior, cfr. BONET y CORREA, *Los*

El legislador, consciente de la diversa función y finalidad que ambas figuras locaticias tienen el tráfico jurídico, no las equiparó en su trato excepcional a la hora de especificar determinados privilegios, concretamente en lo que se refiere al régimen de rentas. Consideraba que mientras la vivienda era un bien necesario, imperativo por las exigencias elementales de la vida humana de las personas, el local de negocio no es más que un bien de producción, un objeto de lucro, cuyo empleo humano es secundario y relativamente necesario, ya que su uso es potestativo para las personas. Esta diferencia funcional tiene gran trascendencia cuando se advierte que el legislador, en un régimen de bloqueo y tasa de rentas, otorga diferentes derechos y obligaciones al arrendador y al arrendatario de viviendas o de locales de negocio.

Efectivamente, el artículo 11 de la L. A. U. de 1946 trata de modo muy diverso los «beneficios» que otorga a los «inquilinos de viviendas» (con o sin muebles) y a los «subarrendatarios de las mismas» que serán de «carácter irrenunciable», «considerándose nula y sin valor ni efecto alguno cualquier estipulación que los contradiga», y, aquellos otros beneficios «que concierne al arrendador y a los arrendatarios y subarrendatarios de locales de negocio», que serán, en cambio, «renunciables», y «salvo el de prórroga del contrato de arrendamiento, cuyo derecho no podrá ser renunciado por el arrendatario».

Por lo tanto, la validez o invalidez de una cláusula sobre la renta está en función de la amplitud o extensión de derechos que se concedan por las normas jurídicas. Si el régimen de Derecho común y el especial de arrendamientos (arts. 1.255 del Código civil y art. 11 de la L. A. U. de 1946) establecen que el régimen de renta para los locales de negocio puede ser libremente pactado, porque no se contrarían en uno, las leyes, la moral, ni el orden público, y, en el otro, porque se puede pactar en virtud de la renuncia que se hace, la conclusión a que se llega es que la modalidad pactada, en cuanto a este aspecto normativo, es válida y eficaz, exigible conforme al pacto querido por la voluntad de ambas partes que es ley del contrato.

En el contrato de local de negocio de autos, se había pactado que la cuantía de la renta ascendería a ochenta mil pesetas el quinto año y, a partir de este momento, se elevaría anualmente en un diez por ciento. Ello había implicado que, conforme al artículo 11 de la L. A. U., se había renunciado al beneficio del régimen tasado de rentas que la propia norma imponía, pero que, en virtud de este precepto, se pudo ejercer potestativamente la elección de un régimen de libertad de las mismas, como así se hizo por las partes. Resulta, pues, que conforme a esta facultad legal el pacto de una cláusula de revisión periódica en un arrendamiento de local de negocio, y según la L. A. U. de 1946, resulta válido y eficaz.

Examinada esta cuestión, la segunda fundamental que se planteaba era la de si esta renta resultaba equivalente y lícita con arreglo al disfrute que proporciona el local de negocio; en una palabra, si es lícita o ilícita

por lo que atañe a la equivalencia de las prestaciones del contrato, pues, aun siendo válida conforme al ordenamiento, puede resultar ilícita respecto a su finalidad intrínseca o conmutativa. Dado que sobre este extremo también se pronuncia la sentencia que comentamos, habrá de ser objeto de examen por separado.

5. *La equivalencia de las prestaciones y las «directrices del sistema jurídico».*

En todo contrato oneroso y de ejecución deferida, como el arrendamiento de local de negocio actual, su naturaleza jurídica implica que las prestaciones recíprocas estén bajo el signo de la equivalencia, tanto en el momento de iniciarse como en la circunstancia de consumarse o ejecutarse plenamente (11). Tal naturaleza jurídica se funda sobre un principio de paridad patrimonial y de justicia conmutativa, de que nadie puede enriquecerse a cuenta de otro, según había formulado ya la jurisprudencia romana, resultando ser, sobre todo, un principio de seguridad, es decir, el que garantiza contra la falta de estabilidad de los convenios exagerados. Ello no quiere decir que se trate rigurosamente de una paridad patrimonial absoluta, puesto que las valoraciones subjetivas que hacen las partes al contratar, son ciertamente relativas, ya que se mueven dentro de unos máximos y mínimos que resultan de la buena fe y del sentido ordenado de una administración normal de los contratantes; por lo tanto, el llamado «coeficiente de injusticia» resulta tan solo de la desproporción relativa y normal que todo contrato patrimonial implica por sus condiciones negociables.

Otra cosa es que la equivalencia de las prestaciones se quiebre y resulte una desproporción evidente que lesione efectivamente a una de las partes contratantes. En este caso, cabe pensar en dos supuestos: cuando la parte lesionada no lo advierte o cuando, a pesar de haberlo conocido, las circunstancias particulares, su situación angustiosa, inapelable y forzosa le conducen a que se deje imponer por la otra parte las condiciones gravosas que contiene el pacto contractual. Y la interrogante que inmediatamente se desprende para el supuesto de autos es: ¿se dieron efectivamente alguna de estas dos situaciones para el arrendatario del local de negocio al pactar la susodicha cláusula de revisión periódica?

La sentencia que comentamos se limita a decir que «lo pactado en la cláusula discutida no puede calificarse como una cláusula de estabilización puesto que sin ser determinada la cuantía del pago por las circunstancias

---

(11) Sobre el concepto de equivalencia en el Derecho francés, cfr. MAURY, *Sur la notion d'équivalence en Droit français*. «Thèse». Toulouse, 1920; ROZIS, *L'exécution des obligations et les variations de valeur de la monnaie*. París, 1925, pág. 7; AZARD, *Inestabilité monétaire et notion d'équivalence dans le contrat*, en «Juris-classeurs périodiques», 18 (1953), doct. 1092. Para el Derecho español cfr. FUENMAYOR, *La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de Arrendamientos*, en «ANUARIO DE DERECHO CIVIL», III-4 (1950), 1189 ss. En la doctrina italiana cfr. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*. Milano-Varese, 1960, donde afirma que en las «prestaciones recíprocas» ha de darse una reciprocidad de utilidad.

económicas que teóricamente pueden estar, como en el momento presente, bajo el signo de la estabilidad, establece un aumento constante, fijo e indefinido que, por el contrario, va contra la pretendida proporcionalidad equitativa de las recíprocas prestaciones y contra las directrices de nuestro sistema jurídico que exigen una seguridad en los límites de los créditos y sus garantías en el tiempo y en la cuantía». Como puede advertirse, la sentencia en vez de entrar a valorar, en concreto, la existencia o no de una equivalencia de las prestaciones, con arreglo a las circunstancias de tiempo y ordenamiento por el que se regula la relación obligatoria pactada y, más específicamente, sobre la conducta de las partes en el negocio jurídico sobre el que juzga, se limita a diferenciar el pacto formulado de las cláusulas de estabilización, refiriéndose a unas circunstancias económicas teóricas y considerando la sola característica de la cláusula de revisión, que supone un aumento constante y determinado, lo que le lleva, sin más, a sancionar genéricamente la falta de equivalencia en las prestaciones y la oposición que ello implica con las directrices de nuestro sistema jurídico.

Si bien es acertada la distinción que se hace de esta «cláusula de revisión periódica» entre las «cláusulas de estabilización», según queda visto, lo que ya no es exacto es lo referente a la consideración de las circunstancias económicas que, como la propia sentencia dice, «teóricamente pueden estar», pues según queda también analizado, desde un punto de vista realista la estabilidad monetaria no se ha conseguido plenamente en el mercado interior. Por lo que, el aumento de la renta que implica la cláusula de revisión, si bien es cierto que se trata de un aumento constante (cada año) y fijo (el diez por ciento), en cierto modo queda justificado; ahora bien, aunque el aumento es constante, no resulta indefinido, según afirma la sentencia, pues tiene su término juntamente con el día de la conclusión del contrato de arrendamiento que, por concederse el privilegio de la prórroga en favor del arrendatario, su duración resultará, en definitiva, de su exclusiva y unilateral voluntad. Pero a pesar de este privilegio, no creemos que se altere la naturaleza temporal del contrato de arrendamiento y se convierta en indefinido.

Tampoco merece nuestra conformidad la simple afirmación de que un contrato, por contener una cláusula de revisión periódica, que aumenta su renta de un modo constante y fijo, vaya contra la pretendida proporcionalidad equitativa de las recíprocas prestaciones. Para llegar a este resultado es necesario sopesar las circunstancias reales que rodean al contrato de arrendamiento de local de negocio en sus recíprocas prestaciones y que una de ellas resulte desproporcionada. Concretamente, se impone examinar, después de haber visto la tolerancia legal respecto a su validez, si el disfrute de un local de negocio, con relación al nivel de vida que van alcanzando los precios y el poder adquisitivo de la moneda, es o no equivalente con el ascenso que implica el tanto por ciento de la cláusula en cuestión. En definitiva, si el valor en uso del arrendatario, que tiene montada una industria cuyos precios han ascendido en estos últimos años de una manera notoria y, por lo tanto, han supuesto un lucro para quien la ejerce, es equivalente y proporcional con la renta pactada que también asciende en un diez por ciento anualmente y que recibe como compensa-



ción el propietario o arrendador del citado local de negocio. *A grosso modo*, la renta de ochenta mil pesetas anuales (unas siete y pico mil pesetas al mes) no nos parece que sea excesiva y que pueda tacharse de usuraria o que haya tenido que aceptarse en circunstancias agobiantes, pues la prueba de un desarrollo normal del alquiler es que tal cantidad vino pagándose hasta el año en que había de tener eficacia la cláusula de subida del diez por ciento, subida que tampoco cae en los límites de ninguna usura. Lo que pasa es que estamos acostumbrados a caer en los extremos y si una ley concede privilegios suelen aplicarse hasta sus últimas consecuencias, sin más distinciones, como sucede en el caso de autos. Por eso, cuando se afirma por la sentencia que dicho aumento constante y fijo va «contra las directrices de nuestro sistema jurídico, que exigen una seguridad en los límites de los créditos y sus garantías en el tiempo y en la cuantía», apreciamos una generalización sin fundamento. ¿Cuáles son las directrices vulneradas de nuestro sistema jurídico? Que sepamos hay dos sistemas y directrices: las emanadas del sistema de Derecho común, del Código civil, y las del sistema de Derecho especial de arrendamientos, de la L. A. U. Mientras el Código civil proclama la autonomía de las partes (art. 1.255), el especial la restringe (arts. 118 y sig. de la L. A. U.), aunque si bien no la extiende de un modo absoluto, pues en el supuesto de renta de locales de negocio permite la renuncia al régimen tasado para acogerse al de libre estipulación de un modo potestativo (art. 11 de la L. A. U.). Respecto a las demás directrices, no hace mérito el caso de autos.

En cuanto a la exigencia que cita la sentencia comentada de una seguridad en los límites de los créditos y sus garantías en el tiempo y en la cuantía, se cumple para las «cláusulas de estabilización» e igualmente, para la «cláusula de revisión periódica». No se trata de una elevación de la renta por sorpresa o unilateral, es *renta pactada*, conocida y prevista de este modo por las partes; por lo tanto, se dan las exigencias de seguridad que no existirían si no hubiera sido previsto, como sucede con la aplicación —no admitida en general, aunque sí en particular— de la cláusula *rebus sic stantibus*. Y, en cuanto a que estas cláusulas (las estabilizadoras y las de revisión periódica) cumplen con las garantías necesarias en el tiempo y en la cuantía se advierte que lo hacen plenamente porque un contrato de arrendamiento de local de negocio se pacta por un período determinado, si bien la prórroga puede mantenerlo por más tiempo, pero siempre queda a voluntad del arrendatario, por lo que, si no le conviene, siempre está en sus manos ponerle fin; de aquí que no pueda calificarse de indefinido, ni de que no se cumplen las garantías necesarias en el tiempo. Igualmente respecto de la *cuantía* existen garantías de seguridad, pues la renta resulta fija y conocida (la base, en el caso de autos son las ochenta mil pesetas, y el índice, el diez por ciento anual), ya que llegada la fecha, la cuantía total es determinable, por lo que hay que concluir que el precio o renta es *cierlo*, en los términos de los artículos 1.447 y 1.448 del Código civil. No cabe alegar que la LAU, si bien dejó la posibilidad de pactar libremente la renta para ciertos arrendamientos anteriores o posteriores a su promulgación, fijó la renta y quedó de nuevo bloqueada sin más posibilidad de elevación (art. 118 y siguientes). Y no cabe alegar dichos preceptos porque

son tan solo aplicables para el régimen tasado de rentas, pero no para el régimen libremente concluído en virtud de la renuncia del artículo 11 de dicha misma LAU. No cabe aplicar indistintamente las normas de uno y otro régimen, pues, entonces, sobraría el precepto que permite la renuncia y régimen excepcional permitido sobre el más amplio tasado de rentas. Al arrendador y arrendatario que han elegido el régimen de libre renta, acogiéndose a la excepción que permite la Ley de 1946 para los locales de negocio, ya no se les pueden aplicar en esta materia concreta las disposiciones establecidas para el régimen tasado, si no se quiere hacer inoperantes las propias normas dispuestas. Ahora bien, dado que este punto ha sido también tratado por la sentencia a través de una argumentación muy particular, llamada «ecuación renta-prórroga», habremos de examinarlo más detenidamente.

6. *La renuncia al derecho de limitación de renta en el arrendamiento de un local de negocio y la llamada «ecuación renta-prórroga».*

La sentencia comentada, de 23 de febrero de 1963, añade en otro de sus considerandos el siguiente razonamiento: «el segundo punto relativo a si es válido y aplicable el otro fundamento del fallo recurrido que consiste en determinar si se trata simplemente de una renuncia al derecho de limitación y en su caso de reducción de renta, renunciable conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la LAU de 1946; pero el razonamiento de la sentencia recurrida olvida que la determinación de la renta, se refiere al momento inicial del contrato, según se infiere de los artículos 118 y siguientes, que señalan unos módulos que son los renunciables, y que la renta contractualmente pactada ha de ser estable puesto que las elevaciones posteriores ya no pueden ser objeto de pacto».

En primer lugar, se plantea la cuestión de si estamos ante una renuncia a la renta tasada, proclamada por la L. A. U. de 1946 en su artículo 11. Sin embargo, el razonamiento de la sentencia no resulta consecuente, pues, habla de que «se trata simplemente de una renuncia al derecho de limitación» «dispuesto en el artículo 11 de la L. A. U.» para concluir que «el razonamiento de la sentencia recurrida olvida que la determinación de la renta se refiere al momento inicial del contrato, según se infiere del artículo 118 y siguientes». Según queda aclarado, la L. A. U. de 1946 establece la posibilidad de renuncia de la renta tasada, concretamente para los locales de negocio, por lo que su consecuencia lógica es que el contrato se rija por la renta pactada; así, pues, desde el aspecto legal esta renta es legítima, válida y eficaz, conforme a lo dispuesto por la norma especial. Y, en cuanto a la determinación de la renta, las partes lo hacen en el momento inicial del contrato, al proclamar una renta de ochenta mil pesetas anuales y un aumento del 10 por 100, si bien con efectos sucesivos, por lo que no puede comprenderse la afirmación que hace el Tribunal Supremo de que «la sentencia recurrida olvida que la determinación de la renta se refiere al momento inicial del contrato», si así fue.

En donde se acusa más la inconsecuencia de esta sentencia es en la

afirmación referida al caso de autos de que «la renta pactada ha de ser estable, puesto que las elevaciones posteriores ya no pueden ser objeto de pacto». Esto sería cierto para el régimen de bloqueo o tasa, pero no para cuando las partes han renunciado a la tasa conforme lo permite la L. A. U. para los locales de negocio, en su artículo 11 tantas veces citado. Además, una cosa es la «modificación de la renta del contrato» posteriormente llevada a cabo por las partes, o únicamente realizada por el arrendador, y otra es la subida de la cuantía prevista, pactada e inicialmente querida por las partes, en base a la renuncia, siempre posible de la renta tasada. El aumento previsto no procede de una modificación de la renta, sino que se mueve conforme a lo establecido en el momento inicial del contrato: es éste un matiz y una diferencia que la sentencia no aprecia y que es necesario tomar en cuenta, pues, si no toda cláusula estabilizadora, que funciona del mismo modo, sería nula, tal como erróneamente interpretó otra sentencia de 13 de noviembre de 1952, criterio postergado, finalmente, por la sentencia de 28 de noviembre de 1957, quien, además de reconocer la jurisprudencia anterior, sancionaba las citadas cláusulas estabilizadoras como válidas y conformes a Derecho (12), al afirmar textualmente que «la cláusula discutida *no significa aumento, sino estabilización concertada, pacto no expresamente prohibido*». Efectivamente, tanto en una cláusula estabilizadora como en la de revisión periódica, el aumento preestablecido de la renta no supone modificación, ya que quedó pactado y previsto inicialmente y el régimen tasado de la L. A. U. (en virtud de sus propios preceptos, artículo 11) ya no le afecta.

Por eso, tampoco creemos que tenga razón la sentencia, y su fundamento jurídico sea débil, al contradecirse en los términos y reconocer, por una parte, una renta libre mediante la renuncia del artículo 11 y, después, por otra, alegar que «las elevaciones posteriores ya no pueden ser objeto de pacto, sino que están determinadas o por conceptos previstos por la Ley, tales como repercusión de elevación de contribuciones o del costo de los servicios o suministros (art. 126) o cuando el Gobierno lo disponga en uso de las facultades que le confiere la Disposición transitoria once, párrafo segundo, precisamente para adecuar la renta a las mutaciones de la economía nacional». El argumento parte de un error, pues se ha tratado de aplicar a una renta libremente concertada, en virtud de la renuncia, las disposiciones que se han establecido únicamente para las rentas tasadas; ni el artículo 126 ni la Disposición transitoria once pueden tener aplicación al caso de autos, ya que su renta quedó acogida al régimen de excepción que hizo posible la renuncia del artículo 11 para el supuesto de los locales de negocio.

Por lo tanto, tampoco «resultan usurpadas por iniciativa privada facultades reservadas por la Ley privativamente al Gobierno», según se afirmó, además, por esta sentencia, ya que si el propio Gobierno, por la Ley de 1946 y, concretamente en su artículo 11, concede la renuncia, ¿cómo se puede

---

(12) SS. 4 julio 1944, 12 marzo 1946, 15 junio 1946, 29 abril 1946, 22 marzo 1947, 4 enero 1951, 28 noviembre 1957, 31 octubre 1960 y 22 diciembre 1961.

negar la excepción admitida y decir que han sido usurpada facultades que fueron expresamente concedidas?

Tampoco resulta adecuada la aplicación del artículo 128 de la L. A. U. al caso de autos, porque al tratarse de una norma dada para el régimen tasado no puede aplicarse al régimen de libertad que potestativamente se acogió; además, porque sólo se refiere al supuesto en que se produzca una elevación de renta unilateralmente realizada por el arrendador, pero no para cuando se pacte bilateralmente por arrendador y arrendatario, como sucedió en el contrato de arrendamiento de local de negocio de la sentencia que se comenta.

Ahora bien, donde la argumentación de la sentencia se hace más libre es cuando trae a colación otra sentencia, de 30 de diciembre de 1961, que afirmó que «carece de valor todo pacto que varíe o limite la duración legal de los arrendamientos de edificaciones urbanas»; nadie discutió este extremo, y respecto al pacto de revisión periódica de la renta para nada afecta a lo que esta sentencia concluyó, ni al precepto concreto de la irrenunciabilidad de la prórroga que se impuso por la L. A. U. de 1946. Sin embargo, se advierte que esta alusión tiene una finalidad, una argucia dialéctica, el dar paso a un camino indirecto, cual es poner en relación la renta con la prórroga legal sancionada. Veamos cómo se expresa a este respecto la sentencia: «si tenemos en cuenta la ecuación renta-prórroga, que ha sido la que ha tratado de salvar la Ley mediante la estabilidad del primer término de dicha ecuación, resulta evidente que el señalamiento de una renta que se cleve de una manera fija, constante e indefinidamente ha de conducir necesariamente al efecto de destruir toda proporcionalidad en las prestaciones que exige la causa lícita de los contratos onerosos y la imposibilidad de continuar en el uso del local, haciendo ilusoria la prórroga y habilitando con ello una fórmula para burlar su irrenunciabilidad».

En primer lugar hay que puntualizar que la ciencia jurídica, como ciencia del espíritu, de la conducta humana, no admite una concepción matemática, ya que sus ideas y valores son de signo muy diferente; las relaciones personales tienen en la norma jurídica, incluso en la formulación de la ley más abstracta, un tratamiento concreto en cuanto aplicaciones de conducta, pero nunca una correlación independizada de los elementos materiales de la propia relación o norma. De aquí que nos parezca ficticio hablar de «ecuación renta-prórroga», pues, si la L. A. U. pretendió establecer privilegios para determinadas personas, como los arrendatarios, al prorrogarle sus arriendos para soslayar una carestía de viviendas y un mercado abusivo de las mismas y, como complemento, tasó los alquileres, no vamos a ir más lejos de lo que pretendió la propia norma cuando en este régimen especial estableció excepciones, como la citada para los locales de negocio, a propósito de sus rentas, según la posible renuncia contenida en el artículo 11. Si se tolera un libre pacto de renta en estos casos, ¿cómo puede afirmarse que ataca la irrenunciabilidad del contrato? Lo que permite la propia norma arrendaticia no puede oponerse como vulnerándola. Este es el resultado absurdo de la ecuación, por lo que hay que desecharla como antijurídica. Al ser la propia norma especial quien establece unos límites de autonomía hasta donde pueden llegar las partes en sus conve-

nios, como sucede para los arrendamientos de locales de negocio, al pactarse una renta libre a través de una cláusula de revisión periódica, no puede concluirse que las citadas partes hacen ilusoria o burlan el beneficio de prórroga. Una tal ecuación no puede darse desde el momento en que la prórroga tiene un régimen exclusivamente imperativo, mientras que el régimen de tasa de rentas es, por lo menos en cuanto a los locales de negocio de carácter potestativo, según la L. A. U. de 1946, y la facultad concedida por su artículo 11. El que la sentencia alegue una vez más que la renta pactada con una cláusula de revisión periódica destruye toda proporcionalidad en las prestaciones, no resulta prudente, pues sin sopesar el alcance económico de ambas prestaciones en la coyuntura del pacto y en la de su ejecución no puede afirmarse si, efectivamente, queda destruida dicha equivalencia contractual. Según queda expuesto más arriba, la licitud o ilicitud de la causa del contrato resulta de una valoración económica concreta de las prestaciones, pero no del único dato positivo de sucesivo aumento de la prestación del acreedor; éste puede ser un dato muy significativo, pero no el único y sin olvidar los demás, pues si no faltarian los datos para concluir si se da o no la relación de alteridad equitativa que implican las prestaciones de todo contrato oneroso y comutativo, como el arrendamiento. Por eso, no se puede concluir *a priori*, que toda cláusula de revisión periódica resulta nula y contraria a derecho. Como dijo ROCA SASTRE, en relación a estas cláusulas de revisión periódica (13), «después de haber visto las dificultades que suscita el hecho de la imprevisión de las partes al contratar, no debería ofrecer obstáculos la admisión de este tipo de cláusulas». «Sin embargo, los Tribunales deberán tener en cuenta si responden a la finalidad de burlar alguna disposición legal, o si pueden estar incursas en los preceptos de la Ley de Usura, pues no cabe desconocer que, a pesar de su naturaleza paccionada, por lo general, serán imposición de una sola de las partes contratantes».

Pero en el caso de autos, la cláusula no parece burlar una disposición legal, pues se acoge a la excepción de la renta tasada que concede la L. A. U. a través de la renuncia de su artículo 11, ni resulta incursa en la Ley de Usura, ya que la renta del local de negocio por ochenta mil pesetas anuales y una subida del diez por ciento, en las actuales circunstancias de depreciación monetaria, suponen una renta lícita y equitativa, si tenemos en cuenta que se trata del disfrute de un local de negocio que tiene establecida una industria con maquinaria para la fabricación de productos, cuya rentabilidad resulta siempre actualizada por la constante subida de sus precios. Esta conclusión es un factor importante a la hora de sopesar la equivalencia de las prestaciones patrimoniales de las partes que la sentencia debió de tener muy en cuenta para su fallo, como ha respondido constantemente el propio Tribunal Supremo en anteriores sentencias al tratarse de prestaciones conmutativas.

JOSÉ BONET CORREA

*Investigador Científico del C. S. I. C.*

*en el I. N. E. J.*

---

(13) ROCA SASTRE, *Cláusulas de estabilización*, (op. cit), p. 258.

## II. SENTENCIAS

A cargo de Alberto BERCOVITZ, Justino F. DUQUE, Gabriel GARCIA CANTERO, Antonio IPIENS, Rafael IZQUIERDO, José M.<sup>a</sup> PEÑA, José PERE RALUY y Urbano VALERO AGUNDEZ, con la dirección de Manuel PEÑA.

### DERECHO CIVIL

#### I. Parte general.

1. RETROACTIVIDAD: PRINCIPIO GENERAL, EXCEPCIONES: *Aunque el terminante precepto legal que exige para la retroactividad de la Ley que ésta así lo disponga ha sido suavizado, por la doctrina y la jurisprudencia, en casos de general interés público o nacional, semejante suavización se refiere, casi siempre, a consecuencias de dicho interés general, pero no a derechos privados nacidos conforme a legislación anterior.*

LEY DEL SUELO: IRRETROACTIVIDAD: *La Ley del Suelo no tiene carácter retroactivo, ya que la misma no dispone, ni expresa ni tácitamente, tal retroactividad que tampoco se deduce de su Exposición de Motivos; por ello no puede aplicarse a una relación jurídica que nació para las partes con carácter privado en fecha anterior a la vigencia de la Ley (en la que el Ayuntamiento acordó la inclusión de la finca en el Registro de solares).*

L. A. U.: DERECHO DE RETORNO: *No infringe la Ley la sentencia que hace aplicación estricta de la pena civil regulada en las normas que rigen el derecho de retorno. [S. 3 de mayo de 1963; no ha lugar.]*

2. AGRUPACIONES SIN PERSONALIDAD: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE PERSONALIDAD: *No puede invocarla en juicio con éxito, la parte que la reconoció extraprocesalmente en la adversa, contratando con ella en representación de una agrupación de personas sin personalidad jurídica autónoma. [S. 16 de abril de 1963; no ha lugar.]*

3. NEGOCIO FIDUCIARIO «CUM CREDITORE»: ADMISIBILIDAD: *El pacto de «fiducia cum creditore», aun cuando no esté regulado específicamente en nuestro ordenamiento jurídico, puede enmarcarse dentro del amplio criterio de libertad de contratación mantenido por el artículo 1.255 del C. c., razón por la cual adquirió carta de naturaleza en la práctica jurídica a través de nuestra Jurisprudencia, a partir de la S. de 23 de mayo de 1935.*

NEGOCIO FIDUCIARIO «CUM CREDITORE»: CONCEPTO: *Consiste en un negocio en virtud del cual una persona —fiduciante— transmite en plena propiedad*

*un determinado bien o derecho a otra persona —fiduciario—, para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de éste de retransmitirlo a su anterior propietario, cuando la obligación asegurada se haya cumplido —pactum fiduciae—.*

NEGOCIO FIDUCIARIO «CUM CREDITORE»: NATURALEZA JURÍDICA: *No se trata de un negocio ficticio, aparente o relativamente simulado, sino real y existente y querido por las partes contratantes que lo elaboran mediante un acto formal complejo mixto, integrado por otros dos interdependientes de finalidad unitaria, uno de naturaleza real, por el que se transmite plenamente el dominio; y otro, de carácter obligacional que constriñe a la devolución de lo adquirido, cuando la obligación crediticia que el primero asegura se haya saldado, constituyendo en su conjunto un contrato causal, en el que la «causa fiduciae» no consiste en la enajenación propiamente dicha, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligacional responde.*

NEGOCIO FIDUCIARIO «CUM CREDITORE»: CONSTITUCIÓN: *Es posible pactar que la retransmisión de la finca no se efectúe a favor del «dan», sino de un tercero; igualmente es posible que el fiduciario no sea el prestamista del enajenante, sino un fiador, avalista o garante de una deuda contraída por aquél, y que el inmueble objeto de la operación no pertenezca en propiedad al transmitente con anterioridad a la celebración del contrato, sino que sea adquirido por él en ese momento a persona extraña al mismo con metálico aportado para su compra por el fiduciario a nombre del cual se transfiere su titularidad con la promesa de retransmisión al verdadero comprador, cuando éste le haya abonado su importe.*

NEGOCIO FIDUCIARIO «CUM CREDITORE»: CONTENIDO: *Se producirán los efectos prevenida por los artículos 1.088, 1.089, 1.091, 1.254 a 1.256, 1.258 y 1.278 del C. c., con la obligación por parte del fiduciario de conservar el bien recibido, a tenor del artículo 1.094 y de otorgar el contrato de retransmisión a favor de quien se pactara, cuando se cumpla la obligación crediticia.*

NEGOCIO FIDUCIARIO «CUM CREDITORE»: TITULARIDAD FORMAL DEL FIDUCIARIO: *Si bien frente a terceros el fiduciario ostenta la cualidad de titular «erga omnes» con todas las facultades inherentes al dominio, respecto del fiduciante únicamente obtiene un «dominium impropriae dictum», o sea, una propiedad formal y sujeta a condición, que origina a favor del recurrido un derecho de reversión esgrimible a través de una acción personal tan pronto como hubiere satisfecho la deuda.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Los artículos 1.281 y 1.283 de' C. c. no impiden a los Tribunales interpretar los contratos en atención a los actos anteriores, coetáneos y posteriores que contribuyan a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes, como se desprende del artículo 1.282 y SS. de 20 de febrero de 1940 y 20 de abril de 1951, sobre todo, cuando las obligaciones contraídas fiducariamente necesitan para su debida*

inteligencia, de la coordinación del acto traslativo del dominio con el convenio o «*pactum conventum*» incorporado a aquel negocio unitariamente concertado.

**CARÁCTER DE LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 38 DE LA L. H.:** *El artículo 38 de la L. H. establece una presunción «iuris tantum» en favor del titular registral destruible por una declaración contraria de los Tribunales, según el párrafo II del artículo 1.º L. H., y que únicamente adquiriría el rango de «iure et de iure», frente a un tercero del artículo 34. [S. 8 de marzo de 1963; no ha lugar.]*

**4. SIMULACIÓN ABSOLUTA: EFECTOS RESPECTO DEL TERCERO:** *La escritura de compraventa en la que en realidad no se pretende la transmisión dominical de la finca, sino el hacer factible la inmatriculación en el Registro de la misma, produce efectos frente a tercero, mientras no se declare su nulidad con todas las consecuencias.*

**CADUCIDAD:** *La acción de retracto habrá caducado por conocer el retrayente las condiciones de la «venta» mucho antes de los tres meses anteriores a la interposición de la demanda, debido: a) a las estrechas relaciones entre arrendador y arrendatarios; b) a la exposición en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de los edictos del Registro de la Propiedad en cumplimiento del procedimiento inmatriculador del artículo 205 de la Ley Hipotecaria; c) y de la lectura del mismo por el actor en presencia de terceras personas.*

**APRECIACIÓN DE OFICIO:** *La caducidad puede ser apreciada por el Tribunal de oficio en uso de sus facultades. [S. 9 de marzo de 1962; no ha lugar.]*

**5. INEXISTENCIA DE CONTRATO: RATIFICACIÓN:** *El contrato inexistente por falta de un elemento esencial, el consentimiento, no es susceptible de rehabilitación ulterior por ratificación.*

**SIMULACIÓN CONTRACTUAL: INEFICACIA:** *Los contratos simulados carecen de viabilidad en el orden legal y no son aplicables a los mismos las normas sobre confirmación. [S. 28 de marzo de 1963; no ha lugar.]*

**6. DOCUMENTO PÚBLICO:** *El documento público, conforme al art. 1.218, párrafo 1.º C. C. únicamente acredita, aparte de su fecha, el que a la presencia del fedatario hicieron las partes determinadas manifestaciones, pero no la verdad intrínseca de las mismas, o sea, tratándose del consentimiento en una pretendida dación en pago de una deuda no puede acreditar la efectividad y legitimidad de la transmisión, ni el concurso que para el mismo exige el art. 1.262, párr. 1.º C. C. entre la oferta y la aceptación.*

**ACCIÓN CONTRADICTORIA DEL DOMINIO INSCRITO:** *Si el demandado al contestar a la demanda pidió la nulidad del contrato en que se basaba el tercerista demandante, sin pedir conforme al art. 38, párr. 2.º L. H. la nulidad o cancelación de la inscripción a favor de éste, tal infracción debió denunciarla dicho de-*



*mándante en el escrito de réplica y al no hacerlo así y si solamente en la vista de la apelación, constituye, una cuestión nueva no susceptible de considerarse en casación. [S. 28 de enero de 1963; no ha lugar.]*

7. PRUEBA DE PRESUNCIONES: REQUISITOS: *Para la eficacia de las presunciones se requiere: 1.º que el hecho dudoso no tenga demostración eficaz por medios directos (carácter supletorio de esta prueba); 2.º que el hecho base esté completamente acreditado, y 3.º que entre dicho hecho y el que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. [S. 5 de abril de 1963; no ha lugar.]*

8. RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES: *No cabe agrupar en un motivo error de hecho en la apreciación de la prueba e infracción de ley o doctrina legal, ni tampoco citar como infringidos preceptos de indole sustantiva al amparo del número 7.º del art. 1.692 L. E. C.*

PRESUNCIONES: *La impugnación del proceso lógico-jurídico, debe hacerse por el número 1.º del art. 1.692 L. E. C., y no por el número 7.º.*

PRUEBA TESTIFICAL: *En su valoración goza el Tribunal de instancia de soberanía absoluta, sin que contra su apreciación se dé recurso alguno.*

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Si el Tribunal de instancia ha formado su convicción en virtud del conjunto de la prueba, no es posible descomponer los diferentes medios para sacar conclusiones opuestas. [S. 21 de febrero de 1963; no ha lugar.]*

9. COSA JUZGADA: FUNDAMENTO: APRECIACIÓN DE OFICIO: *El fundamento jurídico del respeto a la cosa juzgada, no es una presunción de verdad, sino una necesidad social que por razón de seguridad social impone el mantenimiento de lo resuelto, por lo que debe estimarse como de orden público sin posible renuncia por las partes y que el Juez debe hacer valer de oficio.*

COSA JUZGADA: REQUISITOS: *Procede estimar la excepción de cosa juzgada, cuando los mismos litigantes del juicio en que se invoca, intervinieron como partes en otro anterior al que puso término la sentencia en que esta excepción se funda, si son idénticos en los dos pleitos la cosa que se discute y la causa porque se demanda, aunque a la acción que se ejercite en el segundo se le dé distinto nombre que en el primero. [S. 26 de septiembre de 1962; ha lugar.]*

10. RESERVA DE ACCIÓN DE RETRACTO: *Es improcedente la reserva de derecho que expresamente se pide porque en el fondo lo que se quiere es una declaración de interrupción del plazo de caducidad que la Ley señala para el ejercicio de las acciones de tanteo y retracto arrendaticio.*

LITIS CONSORCIO NECESARIO: *La decisión que se dicte ha de ajustarse forzosamente a todos los demandados por la solidaridad de intereses bajo cuyo presupuesto procesal se ha entablado la demanda.*

**CADUCIDAD:** *El fundamento de la caducidad radica en dar seguridad al tráfico jurídico y opera ex-lege sin que las partes ni los Tribunales puedan contener su actividad y consecuencias extintivas que se producen por el transcurso del tiempo.* [S. 25 de junio de 1962; no ha lugar.]

## II. Derechos reales

1. **ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO: IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA:** *La identificación exigida para el éxito de las acciones dominicales precisa acreditar de modo que no deje lugar a dudas, que el terreno objeto de litigio, es el mismo que los títulos de propiedad amparan, sin que baste el simple señalamiento de una finca concretando su extensión y linderos o características que la individualizan.* [S. 31 de enero de 1963; no ha lugar.]

2. **ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: LEGITIMACIÓN ACTIVA:** *No puede prosperar dicha acción si el actor no demuestra ser dueño del terreno sobre el que están abiertas las ventanas del fundo de los demandados.* [S. 3 de abril de 1963; no ha lugar.]

3. **ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE: LEGITIMACIÓN ACTIVA:** *Sólo está legitimado activamente el propietario de la finca cuya libertad se pide, por tratarse de un derecho real que afecta y limita al de propiedad.* [S. 4 de mayo de 1963; no ha lugar.]

4. **COMUNIDAD DE BIENES: ÁMBITO DEL PODER DE ADMINISTRACIÓN DEL COMUNERO MAYORITARIO:** *Las facultades del comunero mayoritario, que de acuerdo con el art. 398 C. c. tiene la administración de la finca, se limita a los actos de administración.*

**ACTOS DE ADMINISTRACIÓN: DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO:** *Son los que tienden a la conservación o gobierno de lo cosa, pero no comprenden los de disposición ni los que comprometen el porvenir de los bienes, y por ello no puede un administrador, por rebasar los actos de mera administración conforme a los artículos 1.333 y 1.548 C. c., prolongar el plazo de los arrendamientos por un periodo de tiempo que podría rebasar los seis años y tener acceso al Registro de la Propiedad.*

**COMUNIDAD DE BIENES: ÁMBITO DEL PODER DE ADMINISTRACIÓN DEL COMUNERO MAYORITARIO:** *No puede un comunero que tiene la mayoría de intereses en la cosa común y, por tanto, la administración, de acuerdo con el 398 C. c., renunciar al derecho a negar la prórroga forzosa por necesitar la vivienda para sí, pues, tal renuncia va contra los artículos 394 y 397, y contra el 4.º, pues esa renuncia perjudicaría a los restantes partícipes en la comunidad.*

**IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR EN TESTAMENTO ACTOS COMO ADMINISTRADOR:** *Al surtir efecto el testamento a partir del fallecimiento del testador, en ese*

*momento, ya se ha extinguido su condición de administrador, según 1.732, 3.º, C. c. y, por tanto, no puede obligar a sus representados. [S. 14 de mayo de 1963; ha lugar.]*

5. L. A. U. DIVISIÓN DE COSA COMÚN: *La Ley respeta toda enajenación mientras se conserve indivisa la finca, pero en cuanto la individualización se descompone en adjudicaciones parciales, el artículo 48 de la L. A. U., concede al inquilino el derecho de tanteo y, en su caso, el de retracto.*

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *Según el artículo 1.696 de la L. E. C. para admitir el recurso de casación por quebrantamiento de forma, aplicable subsidiariamente al de injusticia notoria —150 L. A. U.— es indispensable haber pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió, y si fue en la primera que se haya reproducido la petición en la segunda. [S. 30 de junio de 1962; no ha lugar.]*

6. MARCAS: SEMEJANZA: *La prohibición de acceso al Registro de la Propiedad Industrial de los distintivos que por su semejanza fonética o gráfica con otros ya registrados puedan inducir a error o confusión en el mercado, persigue la doble finalidad de evitar, tanto que se lesionen los derechos de los fabricantes o comerciantes por la dudosa situación que puede crear la semejanza de los nuevos signos o marcas, como impedir que, por esa imprecisión, puedan los consumidores equivocadamente adquirir cosa distinta de la que se proponen, debiendo ser admitida la semejanza, bastante a impedir la inscripción, si para destacar las diferencias ha de recurrirse a razonamientos y reflexiones, cuya necesidad muestra la incontrovertible realidad del parecido o semejanza. [S. 25 de marzo de 1963; ha lugar.]*

7. MODELOS DE UTILIDAD: RAZÓN DE LA PROTECCIÓN DISPENSADA: *De lo dispuesto en los artículos 169 y 171 del vigente Estatuto de la Propiedad Industrial se desprende: Primero. Que la protección que se concede al modelo de utilidad, a diferencia de lo que ocurre con el modelo industrial, es por razón de la forma en que se ejecuta y que da origen a un resultado industrial, recayendo en instrumentos, herramientas, dispositivos y objetos, o parte de los mismos, que aporten a la función a que son destinados, un beneficio o efecto nuevo o una economía de tiempo o un mejoramiento en las condiciones higiénicas o psicofisiológicas del trabajo. Segundo. Que la razón, por tanto, de la protección dispensada, no mira sólo a las características de la cosa o parte de ella sobre que recae y, por tanto, es indiferente que la modificación de la misma sea esencial o meramente accidental, sino que, más bien, tiene en cuenta el fin que se persigue con la modificación propuesta y la concesión del modelo ha de otorgarse y protegerse, si en la práctica se produce el nuevo efecto, la economía o el mejoramiento que la Ley contempla como razón determinante de la protección registral.*

MODELOS DE UTILIDAD: NOVEDAD: *La verdadera doctrina, conforme al número tercero del artículo 49 del Estatuto de la Propiedad Industrial, es que no puede considerarse como nuevo y, por tanto, protegible lo que sea de dominio*

*público», pero sin que esta circunstancia suponga tampoco la imposibilidad de obtener nuevos modelos de utilidad que, aún basándose en otros anteriores, caducados o no, aporten ese beneficio, economía o mejoramiento, a que se refiere el artículo 171 del Estatuto. [S. 12 de marzo de 1963; no ha lugar.]*

8. **MODELOS DE UTILIDAD: ARTÍCULO 178 DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL:** *El artículo 178 del Estatuto de la Propiedad Industrial no constituye ninguna norma valorativa de prueba, pues se limita a disponer que en los supuestos de oposición a la concesión de un modelo de utilidad, las alegaciones de falta de novedad o de notoria divulgación se han de probar documentalmente.*

**MODELOS DE UTILIDAD: PRUEBA DE LA FALTA DE NOVEDAD:** *Tampoco la sentencia impugnada comete la infracción que el recurrente le atribuye, en cuanto a la doctrina legal que cita, porque la Sentencia de 24 de diciembre de 1940 se limita a indicar que hay que acreditar «por modo fehaciente» que la inscripción registral ampara lo que no debía, queriendo significar que hay que probarlo o justificarlo adecuadamente. [S. 29 de marzo de 1963; no ha lugar.]*

**NOTA:** El recurrente apoyaba en el artículo 178 del Estatuto de la Propiedad Industrial y en la doctrina contenida en la Sentencia de 24 de diciembre de 1940 su alegación de que la prueba de la falta de novedad de un modelo de utilidad debía ser documental. El Tribunal Supremo rechaza esta tesis en los términos expuestos.

**PATENTE: PROCEDIMIENTO CONOCIDO:** *El aplicar por primera vez una serie de tratamiento a la banda sonora de una película para hacer desaparecer el primitivo y reimprimir otro nuevo, generalmente en idioma diferente, no supone novedad, sino simplemente utilizar un método conocido en vez de a toda la película, sólo a la banda sonora, por lo que no se genera una propiedad o patente de invención. [S. 3 de junio de 1962; no ha lugar.]*

10. **RETRACTO DE COMUNEROS: POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO:** *La posesión en concepto de dueño atribuye a quien la disfruta, en tanto persista, todos los derechos inherentes al de propietario, entre ellos el de retraer. [S. 3 de abril de 1963; no ha lugar.]*

11. **ADQUISICIÓN DE LAS SERVIDUMBRES: ART. 541:** *El art. 541 es aplicable aun cuando se trate de servidumbres negativas, como lo son la de luces y vistas cuando los huecos están abiertos en pared propia del predio dominante. [S. 16 de abril de 1963; no ha lugar.]*

12. **TERCERO HIPOTECARIO: DEBER MORAL DE AVERIGUACIÓN:** *Si bien es verdad que la sentencia de 20 de diciembre de 1904 dice que no basta para que no haya buena fe el conocimiento de ciertos hechos, indicios, base de una deducción jurídica, pues no cabe obligar a los terceros a hacer un estudio jurídico, la de 28 de junio de 1941 insinúa la existencia de un deber moral de averiguación, a cuyo incumplimiento se atribuye trascendencia en materia de apreciación de buena fe.*

**TERCERO HIPOTECARIO: INDEMNIDAD FRENTE A DERECHOS NO INSCRITOS: ARTÍCULOS 606 C. c. y 32 L. H.: Los arts. 606 C. c. y 32 L. H. declaran la indemnidad del «tercero hipotecario» frente a los derechos que no estén debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad, no estando protegido el tercero que no es de buena fe, pues no es tercero hipotecario por faltarle el requisito de la buena fe exigido por el art. 34 L. H.**

**PRUEBA DE PRESUNCIONES: IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN:** Según reiterada jurisprudencia la impugnación de la prueba de presunciones puede realizarse en casación en dos aspectos y por dos vías procesales diferentes: a) uno referente a la existencia del hecho base, por la vía del núm. 7.º del 1.692 L. E. C. bien por error de hecho con cita de los documentos que lo patenten; bien por error de derecho, con invocación de las normas valorativas de prueba que imponen la vinculación del Tribunal a los hechos que tales documentos constaten; b) el otro relativo a la precisión y rigor lógico del enlace de estos hechos y los que se trata de demostrar, que, aunque es de libre apreciación del juzgador, puede impugnarse acreditándose que se ha incurrido en error lógico, pero al amparo del núm. 1.º del art. 1.692 (denunciando la infracción de ley por violación del 1.253 C. c. añadimos nosotros). [S. 14 de marzo de 1963; no ha lugar.]

**COMENTARIO:** No entra la Sentencia en el interesante problema de la trascendencia del deber moral de averiguación sobre la buena fe; pues parte de la afirmación del Tribunal de instancia de que estaba probada la mala fe. Se trataba de una hipoteca sobre bienes reservables, sin que en el Registro constara esta cualidad. El Tribunal «a quo» da por probado que el acreedor conocía la cualidad de reservables de los bienes y que, por tanto, no tenía buena fe.

Es de destacar la claridad con que dice que el tercero de que hablan los artículos 606 C. c. y 32 L. H. es el 3.º del 34 L. H. NÚÑEZ LAGOS («El Registro de la Propiedad Español», R. C. D. I., 1949, pág. 137 y 217) al que sigue en lo fundamental BALLARÍN, ADC, 1949, pág. 676) y distingue dos terceros,

uno el protegido por el art. 32 y otro el protegido por el 34. Dice NÚÑEZ LAGOS que del 32 L. H. se origina un concepto de tercero, al que llama tercero documental, externo y peritabular que es distinto del tercero del 34. Le basta haber inscrito y no necesita: ni buena fe, ni previa inscripción, ni adquisición onerosa. Esta tesis, criticada con razón por ROCA (D. H., 1954, I, pág. 479), es inadmisibile. El tercero del 32 es el mismo del 34 y requiere iguales requisitos. Así lo dice claramente la Sentencia que comentamos.

*Prueba de presunciones. Impugnación en casación.*—En este mismo anuario (V. S. 29 de marzo de 1963) llamamos la atención sobre el gran número de recursos que adolecen de defecto formal. Aparte de las causas que allí señalamos, es frecuentísimo que el recurso esté mal planteado cuando se ataca la prueba de presunciones. La doctrina que sienta la Sentencia de que nos ocupamos no puede ser más clara. (J. M. P.)

### III. Derecho de obligaciones.

1. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: CLÁUSULA PENAL: RECONOCIMIENTO DE DEUDA: *No constituye cláusula penal el reconocimiento de deuda dineraria líquida para el supuesto de que el demandado no probase que la suma de su débito era distinta, con base en el resultado de la contabilidad y dentro del plazo señalado.*

CLÁUSULA PENAL: MODERACIÓN DE LA PENA: *La moderación de la pena por cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal exige necesariamente el pacto de ambas obligaciones, siendo, además, privativa de los Tribunales de instancia.*

ERROR DE HECHO: *No son auténticos, a efectos de la casación, el propio documento controvertido, y un balance-inventario presentado a efectos fiscales en la Delegación de Hacienda. [S. 4 de marzo de 1963; no ha lugar.]*

2. NOVACIÓN IMPROPIA O MODIFICATIVA: REQUISITOS: *El concepto romano de la novación está ampliado considerablemente en el Derecho español, el que incluye no sólo la novación extintiva, sino también la modificación convencional de las obligaciones, debiendo hacerse el deslinde entre una y otra tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación; para variar el objeto o las condiciones principales de la obligación se necesita el mismo acuerdo de voluntades que para contraer ésta. [S. 9 de mayo de 1963; no ha lugar.]*

3. ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS: CAUSA: *Según la descripción contenida en el artículo 1.274 C. C., la causa en el Derecho español tiene carácter objetivo al estar constituida por el fin que se persigue en cada especie contractual, y no por los motivos que impulsan a cada parte a contratar.*

CAUSA ILÍCITA: *Conforme al art. 1.275 C. C., los contratos sin causa o con causa ilícita, son inexistentes o nulos, con nulidad absoluta por carecer de un elemento esencial, pero se diferencian en cuanto a los efectos, ya que los originados en la nulidad por ilicitud de la causa se regulan en los arts. 1.305 y 1.306.*

CAUSA ILÍCITA: *En la no repetición que sanciona la regla 1.ª del artículo 1.306 C. C., no se distingue entre las prestaciones voluntariamente cumplidas y las efectuadas por imperativo de una sentencia, ya que la sanción que establece tal precepto lo es a la conducta antijurídica de los contratantes bastando que las entregas se hayan hecho por razón del contrato y antes de ser declarado nulo. [S. 23 de noviembre de 1961; no ha lugar.]*

4. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: RECURSO DE CASACIÓN: *La impugnación de la interpretación y calificación jurídica hechas por el tribunal a quo del contrato discutido, debe hacerse a través del número 1.º y no del 7.º del art. 1.692 L. E. C.*

**INCONGRUENCIA: APELACIÓN:** *No obstante la amplitud de la segunda instancia, el Tribunal de apelación tiene, en el momento de decidir y frente a los litigantes, la misma posición que el juzgador de primer grado, no pudiendo, por tanto, so pena de incidir en incongruencia, separarse de los términos en que se desenvolvió el debate, alterando la situación en que voluntariamente se colocaron las partes.* [S. 11 de abril de 1961; ha lugar.]

**5. COMPRAVENTA DE INMUEBLES: RESOLUCIÓN POR IMPAGO: ART. 1.504 C. c.:** *Requerido el deudor por medio de acto de conciliación tiene lugar de pleno derecho la resolución del contrato, sin posibilidad de nuevo término de cumplimiento, conforme al art. 1.504 C. c.* [S. 15 de abril de 1963; no ha lugar.]

**NOTA:** Se trataba de una venta de piso en la que se pactó como forma de pago la entrega de una cantidad mensual y la aceptación de letras de cambio con renovación trimestral por el importe de la cantidad adeudada, descontando las mensualidades hechas efectivas durante el trimestre. Se pactó la resolución de pleno derecho en caso de falta de pago de alguna mensualidad.

Se pagaron las cinco primeras mensualidades. La sexta y séptima, enviadas por giro postal no fueron aceptadas por la Sociedad vendedora, sin que después se hicieran nuevos ofrecimientos de pago.

Parece ser que si hubiera continuado ofreciendo el pago de cada mensualidad no se hubiera dado lugar a la resolución. (J. M. P.)

**6. RETRACTO: CONDICIÓN DE COMUNERO:** *El condueño de una finca subastada para hacer cesar la indivisión, que adquiere en la misma la totalidad, no ha dejado por esta circunstancia de ser condueño y, en consecuencia, el retracto del inquilino cede frente al preferente derecho de aquel.* [S. 12 de marzo de 1963; no ha lugar.]

**7. RETRACTO DE COMUNEROS: INTERRUPCIÓN DE LA CADUCIDAD: ACTO DE CONCILIACIÓN:** *Para que el acto de conciliación interrumpa la caducidad de la acción de retracto es preciso que además se consigne dentro del plazo de nueve días, el precio satisfecho por el comprador demandado.*

*La retirada por parte del actor del depósito realizado, inmediatamente de intentada sin resultado la conciliación, equivale a la no consignación, y en consecuencia, caducó el plazo para retraer, establecido en el artículo 1.524 del Código civil. La posterior consignación fuera de plazo no subsana el defecto sufrido y, por tanto, la demanda no reúne los requisitos exigidos.*

**VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL:** *La Jurisprudencia de esta Sala no vincula a la Sala de lo Civil. De otra parte, las motivaciones de índole social, características de aquella jurisdicción, inducen a interpretaciones amplias o extensivas, no siempre de aplicación a las relaciones civiles ordinarias.* [S. 16 de abril de 1963; no ha lugar.]

Ad. I: Véanse Sentencias de 21-II-1953, 25-XI-1955 y 11-II-1959.

Ad. II: Véase Sentencia de 27-I-1950.

**8. RETRACTO CONVENCIONAL: MORA ACCIPIENDI:** *La mora accipiendi, aunque no permite liberar al deudor del pago de su obligación, impide que pueda*

dársele el trato de moroso y mermar con ello el ejercicio del derecho de retracto. [S. 22 de noviembre de 1961; no ha lugar.]

9. CONTRATO DE OBRA: APROBACIÓN POR EL DUEÑO: *Tratándose de un contrato verbal sin aprobación técnica, y no habiéndose probado el pacto de que la aprobación de la obra se haga por peritos, el Tribunal «a quo», ateniéndose a actos inequívocos y reales, como el uso de la obra por el dueño, ha dado por cumplido el contrato por parte del contratista.* [S. 6 de marzo de 1963; no ha lugar.]

10. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: INEXISTENCIA DE CULPA: *No justificándose la responsabilidad subjetiva del recurrido en los hechos que originaron el siniestro causante de los daños, no puede aplicarse el art. 1.902 C. c.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *No puede prosperar el error de derecho en la valoración de la prueba cuando no se cita la norma que se repula infringida; ni tampoco el error de hecho cuando se apoya en un dictamen pericial cuya apreciación corresponde al Tribunal de instancia.* [S. 20 de marzo de 1963; no ha lugar.]

11. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO: *Según el sentir unánime de la doctrina científica y de la jurisprudencia con las únicas excepciones de las SS. de 20 de marzo de 1933 y 19 de mayo de 1934, la responsabilidad aquiliana del empresario no es subsidiaria, sino directa, ya que se establece por razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos; por ello la pretensión de resarcimiento se puede ejercitar directamente contra tales empresas, sin tener que demandar, antes o a la vez, a los trabajadores causante de los daños, y sin que entre ambas partes se dé litisconsorcio pasivo necesario.*

RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL: *Los preceptos penales que otorgan el carácter de subsidiaria a la responsabilidad de los empresarios respecto a los delitos cometidos por sus empleados, no pueden aplicarse a la responsabilidad civil extracontractual, porque cada jurisdicción tiene que amoldarse a sus peculiares normas sustantivas y procesales.* [S. 16 de abril de 1963; no ha lugar.]

12. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: DELITO CIVIL, DELITO PENAL: *El artículo 1.089 C. c. distingue el delito penal y el civil; aquél tiene como notas características la tipicidad y la punibilidad, con arreglo a las cuales se produce la ilicitud específica, penalmente sancionada; el delito civil, por el contrario, sólo exige la concurrencia de la antijuricidad y la culpabilidad que produce daño.*

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: DELITO PENAL, DELITO CIVIL: REGULACIÓN: *La distinción delito civil-delito penal afecta a la regulación de la responsa-*



bilidad civil a que dan lugar: la responsabilidad derivada de delito civil se rige por las disposiciones del C. c. (1.902 y ss.), mientras que la nacida del delito penal, se regula por el Código penal, según el 1.092 C. c.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: DELITO PENAL: ACCIONES QUE NACEN DE ÉSTE: *De todo delito nacen dos acciones, conforme al artículo 100 L. E. criminal: una penal para el castigo del culpable, que es pública, excepto en los delitos privados, y otra civil, para la reparación del daño e indemnización de los perjuicios causados, que es privada; acciones que pueden ejercitarse juntas o separadamente, pero en este último caso con la limitación de que mientras esté pendiente la acción penal no se puede ejercitar la civil separadamente; entendiéndose, salvo reserva expresa, que ambas acciones se ejercitan conjuntamente.*

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: DELITO PENAL: MUERTE DEL CULPABLE: NORMAS POR QUE SE RIGE Y JURISDICCIÓN COMPETENTE: *Extinguida la acción penal por muerte del culpable, la jurisdicción penal deja de ser competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de la actuación del difunto, pudiendo ejercitarse la acción civil ante la jurisdicción civil y rigiéndose la acción, no por las normas del Código penal, sino por los artículos 1.902 y ss. del C. c., pues entonces sólo queda un acto no definido por la jurisdicción competente como delito, pero en el que concurre culpa en cualquiera de sus grados, lo que integra el acto ilícito civil originador de una responsabilidad puramente civil o autónoma, que tiene diverso alcance, consecuencias y tiempo de prescripción que la responsabilidad derivada de delito.*

INDEMNIZACIÓN POR MUERTE: TITULAR DE LA ACCIÓN PARA EXIGIR LA INDEMNIZACIÓN: MUERTE INSTANTÁNEA: *Para la indemnización de los daños morales y patrimoniales que con la muerte se causa a los más próximos parientes del difunto, nace a favor de éstos, cuando la muerte es instantánea, la acción directa de indemnización, según las SS. 20 de diciembre de 1930; 8 de enero de 1946 y 17 de febrero de 1956.*

INDEMNIZACIÓN POR MUERTE: VALORACIÓN DE DAÑOS: *Los daños provenientes de pérdida de la vida corresponde valorarlos al juzgador de instancia, prudencialmente según las circunstancias de cada caso y conforme a las exigencias de la equidad, distinguiendo entre daño emergente y lucro cesante, sin que esta facultad excepcional pueda ser revisada en casación.*

CASACIÓN: NO PROCEDENCIA AUN ESTIMANDO ALGUNO DE LOS MOTIVOS: *Por razones de economía procesal, debe denegarse la casación de una Sentencia, cuando la que hubiere de dictarse en lugar de la casada, habría de contener el mismo fallo, aun siendo por distintos fundamentos, por lo que en definitiva procede la denegación del recurso. [S. 25 de febrero de 1963; no ha lugar.]*

#### IV. Arrendamiento de cosas.

1. ABUSO DE DERECHO EN MATERIA ARRENDATICIA URBANA: *El artículo 9 de la LAU presupone que ante los Tribunales se deduzca una pretensión que obligue al órgano jurisdiccional a pronunciarse sobre la misma y que la pretensión se formule con abuso de derecho. No cabe hablar de abuso, por falta de primer requisito, si el demandado no legó a formular ninguna pretensión, ya que con anterioridad al proceso se había limitado a intentar un acto de conciliación para negar la prórroga del arriendo, lo que no supone un ejercicio de pretensión en el sentido del artículo 9 de la LAU.*

ADJUDICACIÓN HEREDITARIA: IMPUGNACIÓN: LEGITIMACIÓN PASIVA: LITIS-CONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Si la adjudicación entre coherederos perjudica indebidamente a un tercero, éste podrá denunciar el defecto de aquélla, poniendo de relieve el propósito fraudulento en pleito dirigido contra todos los firmantes de la escritura de adjudicación; no cabe prescindir de demandar a alguno de los adjudicatarios invocando la jurisprudencia que admite que los Tribunales pueden declarar la nulidad de ciertos contratos, aun sin petición ni citación de parte, ya que esto sólo es factible en casos graves y extremos en que la conciencia del Juez se resiste fundadamente a sancionar un resultado claramente ilícito, notoriamente inmoral o socialmente dañoso.*

NATURALEZA DEL RECURSO DE CASACIÓN: *El recurso de casación por infracción de Ley responde, en nuestro ordenamiento, a una doble finalidad: corregir la transgresión de normas sustantivas y sentar criterios uniformes de aplicación de la Ley. La primera finalidad se deja a merced de las partes y la jurisdicción suprema debe mostrarse pasiva en todo lo no alegado por las partes.*

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: INAPLICACIÓN DE NORMAS: *Aunque la inaplicación no es un concepto especial de infracción establecido en el artículo 1.692 de la LEC, no es ajena a la casación y la inaplicación de un precepto legal puede alegarse, bien directamente aduciendo la violación por inaplicación de la norma o indirectamente a través de la denuncia de la aplicación indebida de preceptos con cita expresa de los que en su lugar debieron aplicarse.*

FORMALISMO DEL RECURSO: *La alegación simultánea, conjuntiva o disyuntiva de diversos conceptos de infracción supone oscuridad.*

INADMISIÓN Y DESESTIMACIÓN: DEFECTO DE CITA DE NORMA INFRINGIDA: *Es causa de inadmisión y, por tanto, de desestimación la falta de cita del precepto infringido y concepto de la infracción. [S. 22 de marzo de 1963; no ha lugar.]*

NOTA: *El actor invocó el carácter abusivo de la «pretensión» extrajudicial del demandado que en requerimiento previo le había denegado la prórroga arrendaticia. Con arreglo a la tesis del Tribunal Supremo apoyada en el término «pretensión» utilizada en el artículo 9 de la LAU, un requere-*

rimiento extrajudicial aun preparatorio de una eventual futura demanda no autoriza al destinatario del requerimiento a demandar al requirente invocando el carácter abusivo de dicha reclamación; el carácter evidentemente procesal del término «pretensión» y la circunstancia de que el requerido podrá, en todo caso, en su día, si fuere demandado, oponer como excepción el posible abuso de derecho en que incida la pretensión de la parte contraria, abonan plenamente la tesis jurisprudencial.

En cuanto a la posibilidad de fundar el recurso de casación —y como él, el de injusticia notoria o demás recursos paracasacionales— en la inaplicación de las normas, es satisfactorio observar cómo la anterior sentencia, de forma absolutamente explícita e inequívoca, viene a consagrar la tesis afirmativa coronando así una evolución de la que fueron jalones sentencias como las de 2 de noviembre de 1943, 8 de enero de 1945, 8 de enero de 1946 y que ha superado la oposición negativa sustentada por la generalidad de la jurisprudencia anterior a 1941 y a la que se adhirió De la Plaza —La Casación civil, pág. 214— que llegó a decir que doctrinalmente parecía inconcusa la afirmación de que el legislador español no había contemplado la hipótesis de inaplicación de la Ley entre los supuestos de infracción legal mencionados en el artículo 1.692 de la LEC. La tesis positiva, que actualmente cuenta ya con seguro respaldo jurisprudencial tiene una clarísima base en el propio artículo 1.692 de la LAU; en efecto si en este precepto se señalan como tipos de infracción de ley: la violación, la aplicación indebida y la interpretación errónea, es patente que con el término *violación* se ha querido hacer referencia a la *inaplicación*, no sólo porque la forma más normal y típica de violar un precepto legal es dejar de aplicarlo, sino, porque si no se equipara violación a inaplicación se deja sin contenido el primero de dichos términos, ya que aparte la interpretación errónea y la aplicación indebida, no cabe concebir ninguna otra modalidad de infracción legal que no sea la inaplicación. (J. P. R.).

2. ARRENDAMIENTO DE PISO PARA DESPACHO PROFESIONAL: CALIFICACIÓN: Es doctrina reiterada de la Sala I que el despacho particular de un médico o el de cualquier otra persona dedicada a profesión liberal, no puede calificarse como local de negocio, por lo que ha de estimarse como vivienda y comprendido en el ámbito de aplicación de la LAU.

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: DESPACHO, FUNCIONARIO PÚBLICO: El piso destinado a despacho profesional que no sirve de vivienda a su titular no puede incluirse entre los que la Ley señala como constitutivos de hogar familiar, a efectos de selección. La condición de funcionario público del inquilino sólo puede tenerse en cuenta, a efectos de selección, cuando se trate de persona que tenga su hogar familiar en la vivienda objeto de selección. [S. 18 de abril de 1963; no ha lugar.]

NOTA: Poniendo término a las controversias doctrinales, el Tribunal Supremo ha consagrado ya, de modo definitivo, que la calificación que corresponde al arriendo de despachos profesionales es la de vivienda; esta acertada doctrina arrumba definitivamente las tesis de quienes sostuvieron que tales arriendos debían equipararse a los de local de negocio o considerarse excluidos de la LAU! Nótese, sin embargo, que en algún supuesto muy especial —véase en este mismo fascículo la S. de 5 de abril de 1963— las condiciones en que se ejerza la profesión podrán determinar calificación distinta; tal ocurrirá cuando no sea el propio inquilino el que ejerza la profesión, sino que ésta se desarrolle por terceras personas por cuenta y en interés del inquilino que haga suyos los beneficios del ejercicio profesional y r-

tribuya con un salario a la persona o personas que con título para ello desempeñen las actividades profesionales. En efecto, en semejantes supuestos el inquilino viene a ejercitar en la vivienda una actividad industrial —empleado este vocablo en sentido muy lato—, mediante la utilización, con finalidad económica de trabajo ajeno, de naturaleza completamente distinta a la que desarrolla el inquilino que en la vivienda ejerce una profesión liberal y que puede justificar la tesis sostenida en la sentencia antes citada, según la cual el inquilino que explota en su vivienda un consultorio profesional utilizando, al efecto, los servicios de facultativos a los que retribuye, convierte la vivienda en un local de negocio. También habrá de calificarse como arriendo de local de negocio el de aquellas clínicas que, por ofrecer una combinación de prestación de servicios profesionales y hospedaje y por su organización en forma de empresa desbordan el mero campo de la actividad profesional propia de las profesiones liberales para integrar un verdadero ejercicio de industria.

Nótese, finalmente, que el arriendo de despacho profesional ofrece dos variantes perfectamente diferenciadas; arriendo de despacho exclusivamente y arriendo de vivienda en el que el inquilino que la habita ejerce su actividad profesional. Aunque el régimen de una y otra modalidad es el general de vivienda, hay que señalar algunas especialidades diferenciales de régimen jurídico. El arriendo de la primera clase no podrá, normalmente, transmitirse «mortis causa», ya que la subrogación de esta clase supone convivencia y no cabe hablar de tal situación en despachos que no son morada familiar; por otra parte, los arriendos de la citada modalidad se hallan en los primeros lugares de la escala de selección a efectos de negación de prórroga, en tanto que el arriendo de vivienda en el que el inquilino ejerce profesión sometida a tributación se halla especialmente tutelado en cuanto a posible sujeto pasivo de la denegación de prórroga. (J. P. R.)

3. RETRACTO: RETRAYENTE SUBARRENDATARIO QUE PRETENDE SER ARRENDATARIO: *Es preciso demostrar la simulación del contrato de arrendamiento y demandar necesariamente al arrendatario, pues, de otra forma sin ser oída en juicio una persona, podría declararse la nulidad de un contrato en el que es parte.* [S. 17 de octubre de 1962; no ha lugar.]

Se trataba de un subarriendo hecho por el arrendatario que era hermano de la propietaria, subarriendo en que con aprobación de esta última se reconocía al subarrendatario la facultad de hacer obras, traspasar, prórroga forzosa, aun resuelto el arrendamiento y, en general, todos los derechos establecidos en la Ley de Arrendamientos Urbanos. Vendido el inmueble el arrendatario renuncia a ejercitar el retracto. Pero en base al contrato de subarriendo que según el sub-arrendatario envolvía un auténtico arrendamiento, es éste quien quiere ejercitar dicho derecho. El T. S. no entra en el fondo del problema, al no haberse demandado al arrendatario.

4. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: CASA ARRENDADA CON DERECHO A CONVIVENCIA Y OCUPACIÓN A FAVOR DE OTRO, IMPUESTO POR EL ARRENDADOR: *No hay derecho al faltar la ocupación exclusiva del retrayente. La comunidad de uso y ocupación es radicalmente contraria y totalmente inconciliable con el presupuesto legal.* [S. 29 de septiembre de 1962; no ha lugar.]

5. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: DERECHO DE RETRACTO: *El artículo 41 de la L. A. U. admite dos supuestos o figuras jurídicas distintas: a) el tras-*

## Jurisprudencia

paso del local de negocio aislado; b) el traspaso de local de negocio con mercaderías. Sobre este segundo, junto al tanteo o retracto, se concede al arrendador por ministerio de la Ley, un derecho que se le puede denominar de «opción» de compraventa de bienes muebles del arrendatario.

La finalidad de este derecho no es otro que conservar y mantener la unidad e indivisibilidad de las explotaciones industriales o mercantiles. [S. 11 de febrero; ha lugar.]

CONCORDANCIAS: Véase Sentencia 2 de febrero de 1961, en donde se aclara la confusa redacción del artículo 41 de la Ley.

6. ARRENDAMIENTOS URBANOS; DERECHO DE RETRACTO; VENTA DE PISOS AGROPADOS; CUESTIÓN DE HECHO: *La declaración contenida en la Sentencia recurrida de que se había vendido una parte del inmueble, sólo puede ser impugnada eficazmente al amparo de la causa 4.ª del artículo 136 de la L. A. U., demostrando que la casa vendida era una finca independiente por haberse segregado de la misma una porción que había llegado a constituir finca distinta.* [S. 21 de marzo de 1962; no ha lugar.]

7. ARRENDAMIENTOS URBANOS; DERECHOS DE RETRACTO; ERROR DE HECHO: *Para que se dé error de hecho es necesario que la Sentencia niegue lo que el documento diga.* [S. 7 de mayo de 1962; no ha lugar.]

-- Se trataba de una venta de cuatro casas independientes con numeración distinta, que en el Registro de la Propiedad figuraban como una sola. El arrendatario de una de ellas interpone la acción de retracto, dando el Juzgado lugar y la Sentencia fue confirmada por la Audiencia. Los demandados interpusieron recurso de casación y alegaron error de hecho en base del número 4 del artículo 136 de la L. A. U.

8. RETRACTO ARRENDATICIO; UNIDAD PATRIMONIAL: *La finca objeto de retracto no constituye una finca independiente y única, sino una parte integrante de una unidad superior y distinta, determinada por una serie de circunstancias: inscripción en el Registro de la Propiedad desde 1918 como una sola finca; reconocimiento por parte del propio arrendatario en el contrato de arrendamiento al describir el piso como parte de una finca; la propia constitución física del inmueble, robustecido todo por el informe pericial del arquitecto.* [S. 29 de noviembre de 1962; no ha lugar.]

9. RETRACTO ARRENDATICIO; FINCA ÚNICA CON VARIAS VIVIENDAS INDEPENDIENTES: *La hay cuando se trata de una construcción formada por cuatro paredes laterales y un solo techo, aunque cada vivienda tenga su patio independiente.*

EJERCICIO DEL RETRACTO: *Es necesario estar en la posesión y disfrute de la vivienda.* [S. 23 de noviembre de 1962; no ha lugar.]

10. RETRACTO ARRENDATICIO; CONOCIMIENTO VENTA; NOTIFICACIÓN NOTARIAL DIRIGIDA A LA HERMANA; CADUCIDAD: *No cabe el ejercicio del retracto cuando*

*está probada la certeza de que el arrendatario tuvo conocimiento de la venta por notificación notarial dirigida a su hermana —antigua arrendataria— provocada por una confusión de los interesados y el plazo ha transcurrido en exceso. [S. 30 de junio de 1962; no ha lugar.]*

11. RETRACTO: DEMANDA FUERA DE PLAZO: *Interpuesta la demanda una vez transcurridos los quince días fijados en el apartado c) del artículo 64 de la Ley de 31 de diciembre de 1946 —aplicable al caso— y de la prórroga de cuatro meses establecida en el Decreto de 28 de noviembre de 1952 para los casos de solicitud de préstamos al I. C. R. N., es indudable que se hizo fuera de plazo y, en consecuencia, caducado el derecho. [S. 1 de diciembre de 1962; no ha lugar.]*

12. A. URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: PRÓRROGA DE PLAZO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN: *Para que se prorrogue el plazo de ejercicio del retracto, cuando se pide un préstamo al Banco Hipotecario se requiere acreditar dentro del plazo inicial, el registro de la petición con el certificado correspondiente, que ha de hacerse llegar al arrendador. [S. 18 de junio de 1962; no ha lugar.]*

13. TRASPASO: TANTEO POR EL PROPIETARIO: INTERRUPCIÓN DE LA CADUCIDAD: *El acto de conciliación, con o sin avenencia, produce el efecto de interrumpir todo plazo de caducidad o de prescripción. [S. 12 de diciembre de 1962; no ha lugar.]*

14. IMPUGNACIÓN DE VENTA DE UN PISO.

I. RETROACTIVIDAD DE LA L. A. U. VIGENTE: *El artículo 52 de la misma, que introdujo la novedad de no permitir vender como fincas independientes la finca urbana compuesta de pisos, antes de los cuatro años de su adquisición, no se aplica a las que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor de la nueva Ley. Todo ello de acuerdo con lo establecido en la Disposición transitoria primera.*

II. ORDEN DE SELECCIÓN DE LOS PISOS PARA SU VENTA: *Es necesario que los pisos sean de características análogas para que proceda el orden que establece el artículo 64 de la Ley.*

III. PRECIO EXCESIVO: HIPOTECA QUE GRAVA TODA LA FINCA: *El precio fijado en la venta no es excesivo. La circunstancia de que el gravamen hipotecario esté sin dividir y se vea obligado el comprador —a consecuencia de la solidaridad existente— a tener que pagar el importe íntegro del crédito, no supone un precio superior al legalmente establecido, pues siempre puede repetir contra los demás coobligados, excepto la parte del crédito propia; y esta parte más lo entregado al contado no rebasa la cifra de capitalización de la venta. [S. 11 de enero de 1963; no ha lugar.]*

15. TANTEO ARRENDATICIO: RECONOCIMIENTO A FAVOR DEL HEREDERO: *Ejercitado el derecho de tanteo por el arrendatario que fallece antes de consu-*

marlo, hay que reconocer que tal situación se transmite a su heredero que le sucede en todos los derechos y obligaciones. [S. 19 de diciembre de 1962; no ha lugar.]

16. RETRACTO ARRENDATICIO: COMIENZO DEL PLAZO DE CADUCIDAD: *La acción del retracto se considera iniciada, según reiterada doctrina de este Tribunal, cuando con la solicitud de conciliación se ofrece el precio de la venta, por implicar la consignación del precio el ejercicio de la acción.*

ERROR DE HECHO: *Los documentos de subarriendo a favor de actor y de arriendo a nombre de otro, no han sido desconocidos por la Sala, pues en pugna con ellos están otros documentos, las notificaciones que se le hicieron para el tanteo y retracto, así como los recibos de alquiler.* [S. 18 de enero de 1963; no ha lugar.]

17. RETRACTO ARRENDATICIO: RENUNCIA TÁCITA A LA ACCIÓN: *Hay que estimar renunciada la acción de retracto, aunque no se haya notificado la transmisión del piso, cuando concurren las siguientes circunstancias: a) la escritura de venta se otorgó nueve días después de la entrada en vigor de la L. A. U. de 1946, en que por primera vez se concedió al inquilino el derecho de retracto, lo que descarta la idea de fraude; b) el pago de la venta desde la fecha de la transmisión, se realiza al nuevo dueño; c) el inquilino satisface los aumentos de renta, después de relacionarse de palabra y por escrito con el dueño; d) la condición de profesional de Derecho que tenía el actor. Datos todos ellos reveladores de una conducta inconcebible si es que no hubiese una renuncia al derecho de retracto.* [S. 22 de marzo de 1963; no ha lugar.]

18. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA EN EL ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO, PLURALIDAD DE HEREDEROS: *La L. A. U. de 1946 —e igualmente la vigente— reconoce el derecho de subrogación a los diversos herederos del arrendatario, si fueren varios, correspondiéndoles el derecho en régimen de comunidad, por lo que sólo si los diversos herederos renuncian al derecho en favor de uno de ellos, éste adquirirá el derecho con carácter de exclusividad. Por ello, el mero hecho de que uno de los herederos manifestara que se subrogaba en el derecho arrendaticio omitiendo toda referencia a otro heredero menor de edad no privó a este último del derecho a ser arrendatario por subrogación.* [S. 17 de abril de 1963; no ha lugar.]

NOTA: Doctrina correcta, en primer término, porque los actos unilaterales de uno de los sucesores no pueden perjudicar a los demás; por otra parte, el hecho de que en la subrogación *mortis causa* en el derecho de arriendo de local de negocio —a diferencia de lo que ocurre en relación al arriendo de vivienda— no se exija la notificación, al arrendador de la transmisión operada, priva de todo valor al hecho de que alguno de los herederos capaz o incapaz, mayor o menor, haya dejado de comunicar al arrendador su subrogación en los derechos del antiguo arrendatario.

(J. P. R.)

19. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CONTRAPOSICIÓN DE NECESIDADES: *En los casos de denegación de prórroga por necesidad, ha de supeditarse el interés del arrendatario al del arrendador, sin que quepa alegar contra posición entre las necesidades de ambos.* [S. 13 de mayo de 1963; no ha lugar.]

NOTA: Sobre la contraposición de la necesidad del inquilino, a la del arrendador, véase este ANUARIO, 1963, pág. 237.

20. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: JUBILACIÓN: ENFERMEDAD DEL CÓNYUGE: *No infringe la Ley la sentencia que declara la concurrencia de causa de necesidad en persona que llegó a la edad de jubilación y tiene que cesar en el desempeño del cargo que tenía en la capital, sin tener otra vivienda disponible que la casa de autos sita en su pueblo natal en el que por razón de enfermedad debe residir su cónyuge.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: ÁMBITO DE LAS DIVERSAS CAUSAS: *Al cmparo de la causa 4.<sup>a</sup> no pueden denunciarse más que infracciones de derecho material o doctrina legal, no las de normas procesales o administrativas.* [S. 8 de mayo de 1963; no ha lugar.]

21. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: NECESIDAD DEL ARRENDATARIO: *Reconocida la necesidad de ocupación del propietario, no es factible oponer al ejercicio de tal derecho la necesidad del arrendatario.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *El reconocimiento judicial no es prueba documental a efecto de la causa cuarta de injusticia notoria.* [S. 6 de mayo de 1963; no ha lugar.]

22. DERECHO DE RETORNO: NOTIFICACIÓN DE DESALOJO POR EL ARRENDATARIO: *La notificación ha de hacerse al desalojar el arrendatario la vivienda o local de negocio—art. 105 LAU 1946—. La notificación prevenida hecha con posterioridad (se desalojó el local el 12 de enero de 1957 y se notificó el 18 de noviembre al arrendador) se sanciona con la pérdida del derecho de retorno.*

*No justifica el retorno la circunstancia de que el dueño se encontrare ausente, pues la comunicación puede hacerse con el mismo efecto legal, a su apoderado o administrador o a quien materialmente perciba la renta, según dispone el mismo artículo.* [S. 6 de noviembre de 1962; no ha lugar.]

23. DERECHO DE RETORNO DEL ARRENDATARIO: *El arrendatario que opte por el retorno al inmueble reedificado, tras la demolición del antiguo edificio, debe comunicar al arrendador su voluntad, en tal sentido, desalojar la vivienda en el plazo legal y suscribir el documento de retorno; los dos primeros actos debe realizarlos dentro del plazo legal de preaviso. El incumplimiento de la firma del compromiso de retorno, si es por causa imputable al arrendador, determina para éste condiciones agravadas en el ejercicio por el arrendatario del derecho de retorno; si el compromiso no puede suscribirse por culpa del arrendatario pierde éste el derecho de retorno. El incumplimiento*



por el arrendador de su obligación sobre suscripción del documento sobre retorno no autoriza al arrendatario a incumplir su obligación de desalojo ya que el ejercicio del derecho de retorno está supeditado a que el desalojo de la finca por el arrendatario sea voluntario y se consume dentro del plazo legal. [S. 27 de marzo de 1963; ha lugar.]

24. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO; CUESTIONES DE PRUEBA: *No es cierto que el cierre de un establecimiento sea un hecho negativo que baste alegar sin que sea necesario probar. Estando el demandante obligado a probar los hechos normalmente constitutivos de su acción no puede excusarse este deber procesal alegando las dificultades que entraña.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA; ERROR DE HECHO: *El reconocimiento judicial no constituye prueba documental a efecto de la demostración del error de hecho. Tampoco constituye prueba documental, a tal efecto, el informe de un Ayuntamiento basado en meras informaciones subjetivas de la Guardia Municipal equivalentes a testimonios extrajudiciales.* [S. de abril de 1963; no ha lugar.]

25. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO; JUSTA CAUSA DEL CIERRE; OBRAS EN EL LOCAL: *Un local no puede estar cerrado indefinidamente a pretexto de la realización de obras que no se terminan. La falta de interés y necesidad del local por parte del arrendatario lo prueba el hecho de que, concertado el arriendo en 1954, aún no se ha abierto el local al iniciarse el proceso resolutorio cinco años después, ni había el arrendatario requerido al arrendador para que cooperase a la remoción de los obstáculos que, según alegó el primero, se oponían a la apertura del local.* [S. 2 de marzo de 1963; no ha lugar.]

26. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO; LEGITIMACIÓN DE COMUNEROS: *El comunero está facultado para pedir la resolución del contrato en nombre e interés de la comunidad; el hecho de que exista una persona facultada por los comuneros para el pago de contribuciones y cobro de alquileres no supone la dejación, en manos de un tercero, de la administración que corresponde a los propietarios.*

RELACIÓN JURÍDICO-PROCESAL; NECESIDAD DE DEMANDAR A TODOS LOS INTERESADOS; EXCEPCIÓN: *Si bien la demanda que afecte a diversas personas ha de dirigirse contra todas ellas, no es preciso demandar a aquellos interesados que, antes de iniciarse el pleito, hubiesen manifestado su conformidad con la demanda origen del mismo.*

RECURSO DE NULIDAD DE ACTUACIONES: *El recurso de nulidad de actuaciones debe formalizarse en la correspondiente demanda y ha de considerarse indebidamente interpuesto el que se pretende enquistar en un recurso de injusticia notoria.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA; FORMALISMO: *El hecho de involucrar dos causas en un motivo es causa de desestimación del recurso; también lo es la*

*falta de mención del concepto en que se reputa cometida la infracción [S. 8 de mayo de 1963; no ha lugar.]*

27. LOCAL DE NEGOCIO: FALTA DE PAGO DE LA RENTA: *Para que prospere la acción resolutoria al amparo de la causa 1.ª del art. 114 L. A. U., es necesario que al tiempo de ejercitarla exista una renta cierta y determinada, lo cual no ocurre si el propio demandante lo hizo tema de discusión al solicitar en la demanda se declarase que la renta era la que señalaba y no la fijada en el contrato.*

TRASPASO INCONSENTIDO: *Si con posterioridad a la fecha del traspaso el arrendador autorizó al nuevo arrendatario a realizar obras en el local, es evidente que no existe causa de resolución ya que el arrendador hizo uso de la facultad del último párrafo del art. 32 L. A. U., reconociendo el traspaso y teniendo por tal al nuevo arrendatario. [S. 1 de junio de 1962; ha lugar.]*

28. RESOLUCIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: CONSULTORIO ODONTOLÓGICO: *Si bien el ejercicio de la profesión de odontólogo no es actividad propia de local de negocio, cuando la profesión se ejerce por persona distinta del inquilino o familiar señalado en el art. 4 de la L. A. U. y dicha actividad constituye la base de la obtención de un lucro por parte de la inquilina, hay que estimar que se ha operado la transformación de destino sancionada por la Ley.*

CONSENTIMIENTO DE INFRACCIONES CONTRACTUALES: ELEVACIÓN DE RENTA: *El simple conocimiento de una infracción no equivale al consentimiento de la misma. Si no consta la causa a que obedece una elevación de la renta arrendaticia no cabe concluir que el aumento de alquiler ha tenido lugar precisamente por permitir el arrendador la conversión de la vivienda en local de negocio. [S. 6 de abril de 1963; no ha lugar.]*

NOTA: La sentencia considera probado que la inquilina se había convertido en empresaria al explotar, en la vivienda, la clínica dental de su propiedad —que había sido del difunto marido— sin título profesional para el ejercicio de la profesión de odontólogo y valiéndose de dos hijos, retribuidos por su madre, que era quien dirigía el funcionamiento de la clínica. Véase la sentencia de 18 de abril de 1963 y nota a la misma en este mismo fascículo. (IV. 2).

29. RESOLUCIÓN POR SUPUESTA CESIÓN: NEGOCIO DE TINTORERÍA RELACIONADO CON INDUSTRIA DEL RAMO: *No existe cesión si el arrendatario del local tiene la propiedad del negocio ejercido en el mismo, apareciendo como titular del negocio en los registros fiscales y atendiendo a su empresa con personal propio y autonomía patrimonial, con cuando en lo relativo al modo de ejercitar el negocio, por carecer de instrumentos o instalaciones propias de la industria de tintorería, su actividad negocial se limite a recoger y despachar, en el local, los encargos que la clientela le encomienda, sirviéndose para prestarlos de un industrial tintorero con quien los tiene concertados y a quien paga el precio correspondiente. [S. 20 de marzo de 1963; ha lugar.]*

NOTA: La sentencia de la Audiencia había estimado la existencia de una cesión —del arrendatario al industrial tintorero—, pero el Tribunal Supremo deduce, de la prueba documental, la existencia de un error de hecho, sentando las anteriores conclusiones contrarias a la existencia de la cesión y afirmando que aunque en el rótulo del establecimiento del arrendatario, así como en los vales de garantía entregados a los clientes, se indique el nombre del industrial que realiza los trabajos de tintorería, ello se hace simplemente a efectos de que la clientela lo sepa, como garantía del servicio, pero sin que en ningún caso la clientela del arrendatario tenga relación con el industrial, sino con el primero, que es el único responsable, ante la clientela, del servicio por ésta requerido.

30. TRASPASO INCONSENTIDO: *No puede deducirse su existencia por el hecho de que el arrendatario aportase a una sociedad constituida por él y otras personas, la maquinaria instalada en el local arrendado, la cual debía trasladar a otro de su propiedad igualmente aportado y en comunicación con el primero, al no aparecer de la escritura de constitución de la sociedad que aportase también el derecho arrendaticio, ni concediese facultad alguna para su disfrute a la nueva sociedad.*

PRESUNCIONES: *No existe el enlace preciso y directo que exige el art. 1.253 Código de Comercio, entre el hecho de que el arrendatario y la entidad social se dediquen a idénticas actividades, en locales contiguos que se comunican entre sí por autorización anterior de los propietarios del arrendado, y el traspaso que éstos alegan. [S. 17 de mayo de 1962; ha lugar.]*

31. RESOLUCIÓN POR INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN EL LOCAL ARRENDADO: *El hecho de que el hijo del arrendatario usara del local arrendado durante cuatro años, es causa de resolución teniendo en cuenta la doctrina de esta Sala de que es suficiente la introducción en el local de persona ajena al contrato, llámese cesión, traspaso o subarriendo para acordar la resolución del contrato, dada la prohibición legal de que el local arrendado a una persona sea ocupado por otra, salvo cuando la sustitución esté autorizada debidamente. [S. 5 de abril de 1963; ha lugar.]*

32. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO URBANO POR RUINA: RUINA PARCIAL: *La ruina parcial de la cosa arrendada hace que el contrato no pueda sobrevivir sobre uno de los aislados fragmentos de la misma. La LAU no distingue entre la ruina parcial, y la total, a efectos resolutorios.*

LITISCONSORCIO NECESARIO: *La doctrina del litisconsorcio pasivo necesario exige para su aplicación, que todos los que deben ser demandados estén vinculados por el mismo título o causa de pedir. No puede estimarse preciso que vengan al pleito otros arrendatarios, caso de haberlos, si no fueron parte en el contrato, ni interesados en él, de forma alguna. [S. 17 de abril de 1963; no ha lugar.]*

33. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR EXPROPIACIÓN FORZOSA: CONVENIO DE EXPROPIACIÓN: *Según reiterada doctrina legal, el acuerdo entre expropiante y expropiado dentro de un expediente de expropiación, surte los mismos efectos*

tos que la resolución administrativa del mismo y le pone término, provocando para el arrendatario, la extinción del contrato por pérdida total de la cosa arrendada. [S. 6 de marzo de 1963; ha lugar.]

NOTA: Se invocan en la sentencia los arts. 24 y 30 de la Ley de Arrendamientos rústicos de 1935 referentes a la extinción del arrendamiento.

34. FINCA RÚSTICA: SU CALIFICACIÓN: *La finca no tiene el carácter de rústica por tener un valor superior al duplo del precio normal que en el mercado inmobiliario corresponde a las tierras de su misma calidad y cultivo.*

DERECHO DE RETRACTO: *No lo tiene el arrendatario, según el núm. 3.º, regla 2.ª, del Reglamento de 29 de abril de 1959. El fundamento de esta excepción se encuentra entre la desproporción de su valor en venta y la renta que agrícolasmente pueden producir, pues sería obstaculizar la transformación natural de las mismas en solares edificables el estabilizar la explotación de las mismas como fincas rústicas, con olvido del interés general.*

VALOR INTERPRETATIVO DEL REGLAMENTO DE 29 DE ABRIL DE 1959: *El texto refundido no puede derogar otros preceptos que los consignados en disposiciones de igual o inferior rango, pero nunca la Ley de 1935. En el supuesto debatido por tratarse de un precepto oscuro de dicha ley —núm. 2, párr. 2, apartado c— que ha dado lugar a fallos muy diversos, se requiere una interpretación jurídica conforme con su verdadera finalidad.*

SUCESIÓN EN EL ARRENDAMIENTO: *El beneficio de indivisión del arrendamiento es tan sólo un derecho, pero nunca una imposición legal. El arrendador puede exigir que siga siendo uno e indivisible, pero si hace dejación de este derecho, nada obsta para que los familiares del difunto, nuevos arrendatarios se distribuyan entre sí la finca arrendada cultivando cada uno su parcela.*

PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE ARRENDATARIO: *Tal condición no puede estimarse perdida, en contra de la voluntad de aquél, aunque hubiese incidido en alguna de las causas legales de desahucio mientras así no se pronuncie por decisión judicial firme. [S. 18 de octubre de 1962; ha lugar.]*

35. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO: NATURALEZA DE LA FINCA VENDIDA: *Para que una finca sea calificada como rústica o urbana, a efectos de su posible inclusión en la legislación de arrendamientos rústicos, ha de estarse a lo prevenido en el art. 2 de la Ley de 15 de marzo de 1935 y Reglamento de 29 de abril de 1959, con independencia de la calificación que las partes le hayan dado con anterioridad y de su actual utilización. Por eso, fincas que se arrendaron como rústicas pueden, por causa del ensanche de las poblaciones, ser hoy urbanas.*

UNIDAD REGISTRAL Y ECONÓMICA: SEPARACIÓN DE PERTENECIDOS: *Vendida una parte de la finca arrendada, para establecer la comparación con otras semejantes en cuanto al valor y decidir sobre su condición de rústica, habrá que*

*tener en cuenta, exclusivamente, el valor de la porción vendida y no el global de toda la unidad de explotación. [S. 12 de febrero de 1963; no ha lugar.]*

I.—De no seguirse la postura adoptada por el Tribunal Supremo se llegaría al absurdo de estimar como rústica una parcela o solar al lado o dentro del ensanche de una gran población, por el intrascendente hecho de su unión a una finca de gran superficie, suficiente a neutralizar, para la valorativa comparación, el altísimo valor que la parcela objeto de venta pudiera tener utilizándola como asiento de una gran edificación urbana o de una importante industria, quedando perpetuamente condenada a una elemental explotación agrícola, con grave perjuicio para su dueño y para la economía nacional. (Considerando 4.º)

II.—Ver en igual sentido Sentencias 10-XII-1947 y 24-XI-1955).

## V. Derecho de Familia

1. FILIACIÓN NATURAL: INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD: CATALUÑA: *La amplitud con que admite la investigación de la paternidad el Derecho Foral de Cataluña por la vigencia de las Decretales de Gregorio IX, concede al Juzgador una amplia libertad en la formación de criterio, y en los medios para llegar a ello, valorando lógicamente el resultado de las pruebas, para obtener la convicción moral respecto a la paternidad negada y resolviendo en conciencia sobre la misma.*

INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD: ARBITRIO JUDICIAL EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Al no establecer ningún precepto sobre la valoración de pruebas los Capítulos III y XII del Título XVII del Libro IV de las Decretales que por el contrario establecen el arbitrio judicial respecto a dicha investigación, no cabe denunciar error de derecho de tales preceptos, o su interpretación errónea, pretendiendo respecto a ésta sustituir el criterio del Juzgador por el del recurrente.*

JURISDICCIÓN COMPETENTE: *No es admisible que el juicio de investigación de la paternidad, corresponda en Cataluña conforme al Capítulo V del Título XVII del Libro IV de las Decretales, a la jurisdicción eclesidástica. [S. 7 de mayo de 1963; no ha lugar.]*

2. SEPARACIÓN PERSONAL: MALOS TRATOS: *El tenor literal del art. 105, causa 2.ª del C. C., así como la consideración de la continuidad y proximidad de las relaciones conyugales y la trascendencia que pueden tener como causa de separación, obliga a exigir para la aplicación del precepto citado, que los malos tratamientos de obra sean repetidos, es decir, que se produzcan más de una vez, no bastando uno sólo, aislado y esporádico. [S. 28 de febrero de 1963; no ha lugar.]*

3. PARAFERNALES: VENTA POR EL MARIDO SIN AUTORIZACIÓN DE LA MUJER: *Solamente la mujer puede realizar actos de disposición sobre dichos bienes, no*

quedando obligada por los realizados por el marido sin su autorización o ratificación posterior, a pesar de que el art. 60 diga que el marido es el representante de su mujer.

ART. 1.259: INEFICACIA QUE ESTABLECE ESTE ARTÍCULO: *El art. 1.259 declara la nulidad del contrato concluido por el que invade la esfera jurídica ajena, con nulidad absoluta, por falta del requisito esencial del consentimiento, si bien éste puede prestarse «a posteriori» mediante la ratificación, la que confiere al contrato, inexistente al principio, plena eficacia.*

DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *Para la debida formulación del recurso de casación es necesario señalar no solamente la norma infringida, sino de qué modo se ha cometido la infracción, lo que expresa terminantemente el 1.692, 1.º, L. E. C., diciendo que la infracción se comete: por violación, interpretación errónea o aplicación indebida, términos que son tan distintos que no pueden ser confundidos ni es posible invocarlos conjuntamente, al no poder ser infringida la norma en más de una de las tres formas admitidas. Si no se hace así, cosa que exige el 1.720 L. E. C., se incurren en causa de inadmisión (1.729, 4.º, L. E. C.) que en trámite de casación se convierte en motivo de desestimación. [S. 29 de marzo de 1963; no ha lugar.]*

NOTA: La doctrina de esta sentencia en los tres puntos indicados es correcta.

1. *Enajenación de bienes parafernales.*—Solamente la mujer puede realizar actos de disposición sobre los mismos. Para que pueda disponer de ellos el marido será necesario un apoderamiento a su favor, o ratificación posterior. La posición del marido es la de un extraño, salvo que para conceder poder a la mujer a un extraño para enajenar bienes parafernales requeriría licencia marital. Si el marido enajena sin poder de su mujer, entra en juego el 1.259, lo mismo que en cualquier caso en que alguien enajena un bien de otro sin poder.

El que el art. 60 diga que «el marido es el representante de su mujer» no es obstáculo a lo dicho, pues el 60 se refiere solamente a la representación en juicio según el T. S. (así S. 12 de marzo de 1949).

2. *Art. 1.259 C. c.*—Dice la Sentencia que la nulidad que establece este artículo es radical (no anulabilidad) por falta del requisito esencial del consentimiento. En otras Sentencias (14 de diciembre de 1940, 7 de julio de 1944, 29 de enero de 1945) dice que esta nulidad es equiparable a la inexistencia. La S. de 29 de enero de 1945 dice que la posibilidad de ratificación admitida por el 1.259 imprime un carácter especial al negocio, haciendo de él no un negocio inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una «conditio iuris». Si la ratificación se da el negocio se considera válido y eficaz, desde el principio.

3. *Defecto formal del recurso.*—La sentencia que anotamos, no hace más que repetir la doctrina sentada ininidad de veces por el T. S. Un número elevadísimo de recursos de casación están mal planteados precisamente por no señalarse el concepto en que se estima cometida la infracción, o por señalar dos conceptos de infracción bajo el mismo motivo. Como esto hace que el recurso sea inadmisibile y en este trámite, la causa de inadmisión se convierte en causa de desestimación, resulta que el T. S. no entra en el fondo y por un descuido inexcusable del abogado se encuentra el recurrente con que no se examina el recurso en cuanto al fondo (J. M. P.).

## VI. Derecho de sucesiones

1. CAPACIDAD DE SUCEDER DEL NO CONCEBIDO: *En nuestro Derecho no existe prohibición alguna respecto a la capacidad de suceder «mortis causa» de las personas no nacidas ni todavía concebidas, siempre que sean de algún modo identificables o identificados en su existencia real como tales personas, pues en otro caso la institución por ser a favor de un sujeto incierto, sería ineficaz.*

PARTICIÓN REALIZADA POR COMISARIO: *La partición realizada por el comisario-contador nombrado por el testador equivale a la hecha por éste, por ser su representante en cierto modo, y por consiguiente —y salvo notorias extralimitaciones en las cláusulas testamentarias—, debe ser respetada por los Tribunales mientras las legítimas estén incólumes, de conformidad con el artículo 1.056 C. c. [S. 25 de abril de 1963; no ha lugar.]*

### COMENTARIO:

A. HECHOS: La cláusula octava del testamento que provocó el pleito dice así «... si quedare, como es de presumir, después de satisfacer los legados —que antes había ordenado— remanente alguno del tercio de libre disposición del total caudal hereditario, lo adquirirán por iguales partes en usufructo vitalicio y con relevación de fianza, sus dos hijas María Elena y María Julia y la nuda propiedad la lega la testadora por partes iguales a los nietos de ambos sexos, que tenga la testadora y sean hijos de María Julia...».

El comisario-contador nombrado hace la partición y adjudica el remanente del tercio de libre disposición a que se refiere la cláusula transcrita, «por mitad e iguales partes a las dos hijas de la causante don María Elena y doña Julia, de conformidad con lo establecido en la misma cláusula octava del testamento, cuya adjudicación se hace en usufructo vitalicio con relevación de prestar fianza, recayendo la nuda propiedad de los bienes que se adjudican en pago de tales participaciones en favor de los hijos de la heredera doña María Julia, por iguales partes entre todos los que vivan al fallecimiento de las usufructuarias». Interpretaron los contadores el testamento en el sentido de que el llamamiento a la nuda propiedad comprende los hijos de doña María Julia que vivan al fallecimiento de la testadora y los que puedan nacer después; y dice: «recayendo la nuda propiedad... por iguales partes entre todos los que vivan al fallecimiento de las usufructuarias».

B. En ambas instancias se estima que tal interpretación del testamento está bien hecha y que los contadores procedieron correctamente.

El recurso de casación se basa fundamentalmente en estos motivos:

1.º Infracción por equivocada aplicación del art. 675; ya que hay que entender que la testadora ordenó un legado en nuda propiedad a favor de los nietos que vivieran en el momento de su muerte; y no interpretó bien el testamento la Sentencia de instancia que confirma la dada por los contadores que dejaron la nuda propiedad incierta al atribuirle a los nietos que vivan al fallecimiento de la usufructuaria.

2.º Que debe rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo, y al absurdo conduce la interpretación que se dio al testamento: a) porque habría un usufructo sin nuda propiedad correlativa, ya que éste se adjudica para el momento de la muerte de las usufructuarias. b) Que entonces no adquieren la nuda propiedad, sino el dominio pleno, por haberse extinguido el usufructo; c) que con la interpretación dada se viene a estimar que hay una sustitución fideicomisaria, que no es posible si no se impone de una manera expresa (783 y 785 C. c.) cosa que no se hizo, pues lo que establece la cláusula 8.ª es una atribución inmediata de usufructo a unas personas y nuda propiedad a otras, supuesto previsto en el art. 787; d) que puede ocurrir que alguno de los nietos, vivos al fallecimiento de la testadora no lo estén al fallecimiento de las usufructuarias, con lo que nada adquirirían, en contra de lo que la abuela quiso.

3.º Que con la interpretación dada, resultan llamados «nascituri nondum concepti» con lo que se violan los artículos 745, 1.º, en relación con los artículos 29, 30 y 758 del C. c., así como los artículos 781, 783 y 785 y la doctrina de la S. de 29 de noviembre de 1935 que declara incapaz al heredero o legatario que todavía no se halla concebido a la muerte del testador.

El T. S. rechaza todos los motivos, no dando lugar al recurso. El 1.º y 2.º motivos los rechaza, porque entiende que el Tribunal «a quo» se atuvo a las palabras del testamento de acuerdo con el 675 C. c.

En cuanto al tercer motivo dice literalmente en uno de los considerandos:

«... es lo cierto que en nuestro Derecho positivo no existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de suceder «mortis causa» de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sean de algún modo identificables o identificadas en su existencia real como tales personas, pues en otro caso la institución por ser a favor de un sujeto incierto, sería ineficaz en derecho con verdadera ausencia del destinatario de la herencia o legado, y es de subrayar que en bastantes ocasiones los testadores se limitan a designar a sus causahabientes con paladina y concreta expresión de sus ascendientes, vivos o ya fallecidos, sin que tal forma implique causa de nulidad ante la certeza del beneficiario» (Considerando 3.º).

C. Dos interpretaciones caben del testamento: que hace un llamamiento a los nietos que vivan al fallecimiento de la testadora, con exclusión de los que puedan nacer después, entendiendo las palabras «que tenga» en el sentido de los que tiene en el momento de hacer el testamento y de los que pueda tener después, pero antes de su fallecimiento. En este caso no hay problema de «nascituri nondum concepti». Se trata simplemente del supuesto previsto en el artículo 787, inciso primero. Los nietos que vivieran al fallecimiento de la testadora heredarían en ese momento la nuda propiedad, si bien gravada con el usufructo.

La otra interpretación es: que el llamamiento lo hace a los nietos que tenga en el momento de su fallecimiento y a los que nazcan después, a todos. A su vez esta interpretación admite dos variantes, según que se exija o no que los nietos que vivan al fallecimiento de la testadora, vivan también al fallecimiento de las usufructuarias o no. Aquí sí se presenta el problema de la



capacidad de los «nondum concepti», respecto al que la Sentencia sienta la doctrina dicha.

Con la solución que dieron los contadores partidores, y que el T. S. da por buena, queda en el aire la nuda propiedad, mientras vivan las usufructuarias, y a la muerte de éstas, los nietos no adquieren la nuda propiedad, sino el pleno dominio. Además está el problema insalvable de la capacidad de los no concebidos en el momento de la muerte de la testadora. El T. S. parece dar a entender que tienen capacidad, y sin necesidad de que medie la sustitución fideicomisaria; pero no lo razona ni lo dice claramente. Debería haberse enfrentado con el problema y haberse resuelto.

En nuestra opinión y si se quiere admitir como legatarios en el caso que nos ocupa a los nietos que nacieran después del fallecimiento de la testadora, no hay más que dos caminos:

a) Entender que la voluntad de la testadora fue la de ordenar una sustitución fideicomisaria, pues respecto de éstas, mejor dicho respecto a los segundos llamados en ellas, los fideicomisarios, no juega la regla de que es preciso que los herederos vivan al tiempo de la apertura de la sucesión. Esta es la solución que da GONZÁLEZ PALOMINO («El pseudo usufructo testamentario»; A. A. M. N., 1950, págs. 455 y ss.) para el supuesto clásico de institución de heredero en usufructo vitalicio, difiriéndose la adquisición plena de la herencia hasta el momento de la muerte del usufructuario, a favor de ciertas personas que en aquel instante vivan y sólo entonces se determinan. El obstáculo que representan los artículos 783 y 785, 1.º, lo salva diciendo que las normas de derecho de sucesiones, salvo lo relativo a capacidad, forma y legítimas, son de derecho dispositivo, y lo mismo pasa en materia de sustituciones fideicomisarias, salvo en cuanto al límite del 781.

Pero resulta que el caso que nos ocupa es diferente, pues, como se vio el llamamiento está hecho de una manera clara a la nuda propiedad y al usufructo, no de una manera sucesiva, sino simultánea. No hay aquí «pseudo usufructo» (en terminología de GONZÁLEZ PALOMINO), sino usufructo verdadero, y nuda propiedad verdadera, y atribuidos uno y otra para surtir efecto desde la muerte del testador. Luego aquella solución no parece la acertada. Sin embargo es la que vinieron a dar los comisarios-contadores y la que admitieron en ambas instancias y da por buena el T. S.

b) La otra solución es entender que lo que quiso la testadora fue hacer un llamamiento a todos los nietos (tanto los que vivieran a su fallecimiento, como los que nacieran después), a la nuda propiedad, simultáneamente al legado que hacía del usufructo, y de acuerdo con el 787. En este supuesto es cuando se presenta con toda su fuerza el problema de la capacidad de los no concebidos al abrirse la sucesión. ¿Tienen capacidad? En general la doctrina entiende que no, teniendo en cuenta los artículos 29, 30, 745 y 758. La Sentencia que comentamos parece dar a entender que sí tienen capacidad, aunque debería haberse enfrentado claramente con el problema y haberlo resuelto.

Una Resolución de 22 de noviembre de 1950, también de una manera tímida, sienta la doctrina siguiente: La regla general de que el heredero ha de existir en el momento de la apertura de la sucesión, obliga a examinar con

máxima cautela los llamamientos hereditarios hechos a favor de «nasciturus nondum concepti». El rigor de este criterio puede atemperarse en los supuestos de delación retardada de la herencia, cuando se estime la institución de los nacederos hecha bajo condición suspensiva, sistema que por la laguna de nuestro Derecho para la protección y tutela de tales situaciones, requeriría de ser admitido y decidir afirmativamente la licitud de tal condición, estimar creada por la indeterminación temporal de los sujetos, una situación jurídica de pendencia.

Para salvar el obstáculo de la posible falta de capacidad de los no concebidos, habría que entender, pues que el llamamiento era condicional y que basta con que los llamados tengan capacidad en el momento de cumplirse la condición en base a 758, III C. c. Pero en contra está el que este párrafo al disponer que «si la institución o legado fuera condicional, se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición», exige acumulativamente la capacidad al tiempo de abrirse la sucesión y al tiempo de cumplirse la condición.

Estos problemas se intentan resolver entendiendo sin más que los no concebidos son capaces de suceder, puesto que el 744 dice que «podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley» y en nuestro Derecho no existe precepto alguno que declare la incapacidad de los «nondum concepti». Aplicando este criterio al caso que nos ocupa tendríamos que los nietos que vivieran al fallecimiento de la testadora serían colegatarios de la nuda propiedad, con los que nacieran después. Aquéllos, puros; éstos, sujetos a condición —que nacieran— y se aplicarían las reglas de los artículos 801 a 804 del C. c.

El problema debe solucionarse, sin embargo, al hacer el testamento, evitando esos usufructos o pseudo usufructos que tantos pleitos originan. Con una sustitución fideicomisaria condicional se hubieran resuelto todos los problemas, y se habría cumplido la voluntad del testador. (J. M. P.)

## DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDADES ANÓNIMAS: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: NULIDAD DE PACTOS ESTATUARIOS OPUESTOS A NORMAS LEGALES DE DERECHO NECESARIO: *El pacto estatutario, por el que se establece la caducidad de las acciones no presentadas a la liquidación en el término de dos años a partir del momento de la disolución de la sociedad, es nulo por contradecir a preceptos legales de derecho necesario (cuales son el artículo 167 en relación con el 39 de la LSA —que determinan el derecho del socio a la cuota de liquidación— y el 947 del C. de Com. —que fija en tres años el plazo de prescripción de las acciones que asisten al socio contra la sociedad—).*

CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA LIQUIDACIÓN: *Las normas relativas a la liquidación de la sociedad anónima, contenidas en el capítulo IX de la Ley, son de derecho necesario; puesto que en ellas se fijan las reglas a que se ajustará la liquidación, sin que éstas queden abandonadas a la libre estipulación estatutaria. [S. 14 de febrero de 1963; no ha lugar.]*

NOTA: Interesa subrayar la doctrina sustentada por la sentencia sobre el carácter necesario de las normas que regulan la liquidación de la sociedad anónima. En este punto la vigente Ley de Sociedades Anónimas cambia el carácter del derecho anterior. El Código de comercio establece en su artículo 227, con carácter general para todos los tipos de sociedad, que «en la liquidación y división del haber social se observarán las reglas establecidas en la constitución de la compañía y, en su defecto, las que se expresan en los artículos siguientes». Del puro tenor literal de este artículo se deduce el carácter dispositivo de las normas relativas a la liquidación de las sociedades en general.

Este carácter no presenta graves riesgos respecto de las sociedades personalistas, en las que existe una responsabilidad personal e ilimitada, aunque subsidiaria, de todos, o parte de los socios por las deudas sociales. Pero resulta peligroso para los acreedores en aquellos otros tipos sociales en los que el patrimonio de la sociedad es la única garantía para la satisfacción de sus créditos. En estos tipos sociales el interés de los acreedores exige que de antemano se elimine todo peligro que para ellos pueda encerrar un procedimiento liquidatorio fijado libremente en los estatutos sociales. Por esta razón, nuestra Ley de Sociedades Anónimas, siguiendo otros ejemplos del Derecho comparado ha establecido una serie de normas reguladoras de la liquidación, cuyo carácter necesario, en principio, es comúnmente admitido. (Véanse GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, 4.<sup>a</sup> edic. Madrid, 1962, página 147 y siguiente. GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 575. URÍA, R., en GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1952-53, tomo II, pág. 730.)

Así, pues, en principio y de forma general, los preceptos relativos a la liquidación de la sociedad anónima son estimados comúnmente como derecho necesario. Ahora bien, ello no excluye automáticamente la existencia de ciertas normas concretas en esa misma zona de la Ley, que hayan de ser estimadas como de derecho voluntario, así serían las contenidas en los artículos 156 y 162-I de la Ley de Sociedades Anónimas. Por eso, no cualquier pacto estatutario que tenga por objeto extremos relativos a la liquidación de la sociedad anónima debe considerarse automáticamente nulo. Únicamente lo será, si es realmente opuesto a normas concretas de derecho necesario. Por el contrario, pueden ser válidos los pactos referidos a materias reguladas por normas de derecho dispositivo y aquellos otros que versen sobre extremos concretos no previstos en la Ley. Todo ello por deducción de los mismos conceptos de derecho necesario y dispositivo. (U. V. A.)

2. SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: PARTICIPACIONES SOCIALES: *No es aplicable el art. 20 de la Ley sobre Régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad limitada (comunicación del propósito de transmitir), tratándose de adjudicación de participaciones en una subasta originada por un juicio ejecutivo, bastando con cumplir lo dispuesto en el art. 22 de la misma Ley (comunicación de la adquisición).*

INCONGRUENCIA: *No se incide en incongruencia cuando no se lleva al fallo una cuestión desestimada en los considerandos.* [S. 29 de noviembre de 1962; no ha lugar.]

3. LIBROS DE COMERCIO: VALOR PROBATORIO: *Los libros de comercio, según anterior jurisprudencia del T. S., no prueban la existencia misma de los contratos, ni alcanzan a acreditar directamente actos jurídicos, sino meramente hechos materiales de carácter patrimonial.*

ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA POR LIBROS DE COMERCIO: *No hay error en la apreciación de la prueba, cuando, desatendiendo el valor probatorio de los libros de comercio, el fallo se basa únicamente en una prueba documental del hecho controvertido.* [S. 12 de marzo de 1963; no ha lugar.]

NOTA: La doctrina sentada en esta sentencia sobre el significado jurídico de los asientos en los libros de comercio puede considerarse como consolidada en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. (Así las Ss. de 11 de noviembre de 1895, 26 de diciembre de 1901, 21 de octubre de 1943, 26 de febrero de 1945). Según esta doctrina, los asientos de los libros de los comerciantes no contienen materia jurídica, sino solamente modificaciones patrimoniales despojadas de sustancia jurídica: los hechos jurídicos, como tales, no constituyen el contenido de los asientos y sólo mediante un proceso lógico deductivo es posible llegar al hecho jurídico, que ha producido las modificaciones patrimoniales asentadas, pero que, en sí mismo, ha quedado fuera de los asientos. En consecuencia, el valor probatorio de los libros de comercio, según esta doctrina recae lógicamente sobre hechos materiales de contenido patrimonial, no sobre hechos jurídicos.

Este punto de vista jurisprudencial es compartido por una parte de nuestra doctrina científica —de la que, por otro lado, proceden originariamente las formulaciones jurisprudenciales— (así GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid 1949, I-3, pág. 1.330 y sigs.; *Curso de Derecho Mercantil*, 4.ª ed., Madrid 1962, tomo I, págs. 469 y sigs.; *Valor probatorio de los libros de comercio*, en Rev. Dcho. Mercantil, 1948 I, págs. 45 y sigs., especialmente págs. 46 y 52-53. POLO, A., *Comentario a la S. de 21 de octubre de 1943*, en Rev. Decho. Priv. 1944, págs. 427 y sigs. y *Comentario a la Sentencia de 26 de febrero de 1945*, en Rev. Decho. Priv. 1945, págs. 387 y siguientes).

Por el contrario, URÍA, R. (*Derecho Mercantil*, 3.ª ed., Madrid 1962, páginas 71 y sig.), piensa que no se puede admitir esta doctrina con el carácter absoluto con que es enunciada. Según él, no es cierto que los asientos contables carezcan absolutamente de sustancia jurídica; porque, por una parte, las cuentas producen ciertos efectos de orden jurídico —por ejemplo, la determinación contable del saldo al tiempo de cerrar una cuenta corriente le hace exigible por el acreedor— y, por otra, el objeto de prueba por medio de los libros de comercio no debe restringirse *a priori* y de modo absoluto a los meros hechos materiales de las alteraciones patrimoniales, sino que dependerá de la forma en que en cada caso sea redactado el asiento.

Más radicalmente RODRÍGUEZ ROBLES, A. (*Derecho Contable Mercantil*, Madrid 1960, págs. 11 y sigs.) piensa que «la contabilidad refleja hechos jurídicos siempre y en todo caso». En sentido coincidente, SALVADOR BULLÓN, P. y H. (*Problemas actuales de la Contabilidad y del Balance*, Madrid 1951, páginas 44 y 46), sostienen que «la afirmación de que la contabilidad ha de limitarse a reflejar hechos materiales, pero no contratos, es absolutamente insostenible» y que «si la contabilidad no refleja habitualmente contratos, sino solamente prestaciones derivadas de ellos y limita su contenido a los «hechos materiales», lo hace infringiendo normas legales sobre libros de comercio y desconociendo las posibilidades técnicas de la contabilidad.

Ante divergencias tan claras de la actual doctrina española, un ligero examen de la doctrina extranjera en este punto da los siguientes resultados.

Según el Derecho alemán, todo comerciante (pleno) está obligado a la llevanza de libros y a hacer constar en ellos sus contratos mercantiles y la situación de su patrimonio, de acuerdo con los principios de una ordenada contabilidad. A pesar del tenor literal del precepto, es práctica antigua de los comerciantes assentar *directamente* en sus libros no sus contratos, sino las transformaciones por ellos operadas en su situación patrimonial. (BAUMBACH-

DUDEN, *Handelsgesetzbuch*, 15.<sup>a</sup> ed., München-Berlin, 1962, pág. 116). Apoyado quizá en esta realidad, WIELAND, K. (*Handelsrecht*, München-Leipzig, 1921, tomo I, páginas 296 y sigs.), sostuvo una visión meramente patrimonial y no jurídica de la contabilidad, en cuanto a su contenido. Pero hoy observa comúnmente la doctrina alemana que, junto con las alteraciones patrimoniales, los asientos contables deben dar cuenta de los negocios jurídicos motivadores de las mismas (así BAUMBACH-DUDEN, obra y lugar antes citados; WÜRDINGER, *Kommentar zum HGB*, 2.<sup>a</sup> ed., tomo I, Berlin 1953, pág. 390; GESSLER-FERMEHL, *Handels-gesetzbuch*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin-Frankfurt a. M. 1950, tomo I, páginas 254-255; GIERKE, J., *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, 7.<sup>a</sup> edición, Berlin 1955, pág. 121). Por ello, en la medida en que así se procede, los asientos contables contienen actos jurídico-mercantiles en sí mismos y, en este sentido, tienen significado jurídico.

En el Derecho francés, el art. 12 del Code de Commerce dispone que los libros de comercio regularmente llevados pueden ser admitidos por el Juez, para hacer prueba entre comerciantes en relación con hechos de comercio; y el art. 109 dice que las adquisiciones y ventas se prueban, entre otros medios, con los libros de las partes. A su vez el Codice Civile italiano establece en su art. 2710 que los libros pueden hacer prueba entre empresarios en cuanto a las relaciones inherentes al ejercicio de la empresa. No queda completamente claro si de las expresiones de estos cuerpos legales ha de concluirse que, según ellos, los libros de comercio son capaces de probar directa o sólo indirectamente, mediante un proceso deductivo, la existencia de los actos o contratos mercantiles. La doctrina de estos países no se plantea expresamente la cuestión. Sin embargo, al subrayar la libertad que el derecho concede a los comerciantes en cuanto a la técnica de la contabilidad, admite implícitamente esta doctrina que allí donde los asientos, con ocasión de manifestar una alteración patrimonial den cuenta también del acto jurídico que la ha motivado, son utilizables como prueba directa del mismo acto jurídico.

Así, pues, del ligero examen anteriormente realizado se concluye que paralelamente a la doctrina jurisprudencial, refrendada por parte de la doctrina científica española o apoyada en ella, que sostiene la falta absoluta de significado jurídico de los asientos contables, existe una clara corriente doctrinal española y extranjera opuesta, que admite, si bien con las restricciones indicadas, el contenido jurídico directo de los asientos contables y, consiguientemente, la posibilidad de que éstos acrediten directamente hechos jurídicos. Por ello, la doctrina de la sentencia no representa ya un punto de vista universalmente admitido hoy en nuestra doctrina científica. (U. V. A.)

4. CONTRATO DE SEGURO: PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR EL ASEGURADOR: OPOSICIÓN DE ÉSTE A LA INDEMNIZACIÓN FIJADA PERICIALMENTE: *El contenido de la póliza invocada como documento auténtico a los efectos del recurso de casación no puede nunca determinar la fecha en que el asegurador rechazó el siniestro y si la oposición del asegurador se produjo en los diez días fijados por el art. 409 del C. de C. [S. 7 de febrero de 1963; no ha lugar.]*

5. SEGURO DE ACCIDENTES: OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR: *Reconocida la vigencia del contrato al producirse el accidente, se deduce la obligación de indemnizar que incumbe a la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo como subrogada de pleno derecho en las obligaciones de la empresa.*

INCONGRUENCIA: *Si el fallo ha de pronunciarse conforme al principio «iuxta allegata et probata», es innegable que la razón de dar debe guardar*

*equitativa correspondencia con la razón de pedir, y el Juzgador no tiene facultades para proceder de oficio estimando acciones o excepciones que los litigantes no han sometido a su jurisdicción.*

**COSA JUZGADA LABORAL:** *El fallo recaído en la jurisdicción laboral no causa excepción de cosa juzgada en la jurisdicción civil.* [S. 18 de diciembre de 1962; ha lugar.]

Un obrero aquejado de silicosis demanda a la empresa ante la Magistratura de Trabajo, reclamando la correspondiente indemnización. En virtud de sentencia firme se condena a la empresa a depositar el capital necesario para constituir una renta determinada en favor del demandante. En el pleito laboral la empresa aquí actora aparecía como «patrono no asegurado», lo cual no era cierto ya que había concertado el correspondiente seguro con la Caja Nacional de Accidentes de Trabajo, y la póliza cubría el riesgo de silicosis.

Con base en esta póliza la empresa demanda a la Caja Nacional de Accidentes de Trabajo para que se haga cargo de las consecuencias patrimoniales del accidente. En 1.<sup>a</sup> Instancia se admite la excepción de cosa juzgada y se absuelve a la Caja. En 2.<sup>a</sup> Instancia se desestima la excepción de cosa juzgada y entrando en el fondo, se absuelve a la Caja Nacional. El T. S. estima el recurso por incidir en incongruencia la sentencia de la Audiencia, la cual provoca «ex officio» un problema que había quedado extraño al pleito por conformidad de las partes: se trataba de la firmeza, o no firmeza, de la sentencia de la Magistratura, respecto de la cual ninguna discrepancia existía entre las partes; en el primer considerando se advierte acertadamente «que si bien en algunos casos le está permitido dar conformación jurídica a los hechos que se someten a su juicio, para aplicar a ellos la norma de Ley que considere pertinente, no le es lícito conformar tales hechos en una institución jurídica, negada por ambas partes, como tiene declarado esta Sala, entre otras sentencias, en la de 24 de marzo de 1948».

Estimo que no puede hablarse de que la sentencia firme en vía laboral produzca excepción de cosa juzgada civil: los sujetos son distintos, pues en aquel pleito litigaba el obrero con la empresa, mientras que en éste la empresa demanda a la Caja Nacional invocando un distinto fundamento jurídico. Se trata más bien de que la jurisdicción civil debe partir como dados de unos determinados hechos fijados con carácter firme por la jurisdicción laboral (producción de un siniestro que acarrea la responsabilidad de la empresa contratante de los servicios laborales). (G. G. C.)

## DERECHO PROCESAL

**I. COMPETENCIA: SUMISIÓN: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN:** *No hay la sumisión que previene el art. 58, núm. 2.º L. E. C., si el demandante después de personado en el juicio, planteó en un mismo escrito la decisoria, alegando como perentoria la excepción de incompetencia de jurisdicción, y contestó a la demanda subsidiariamente y para el solo caso de que oquella no prosperase.*

**INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: PROCEDIMIENTO:** *Si se alegó dicha excepción como perentoria al contestar a la demanda, conforme a los arts. 535 y 542 L. E. C., no cabía suspender el curso del pleito y formar incidente, sino*

resolverse en la sentencia definitiva, sin que por ello se infrinja el art. 79, párrafo 1.º de la citada Ley. [S. 21 de marzo de 1963; no ha lugar.]

2. BENEFICIO DE POBREZA: SIGNOS EXTERIORES DE RIQUEZA: *Son de apreciación discrecional por los Jueces de Instancia, los establecidos en el artículo 17 L. E. C., usando de las reglas de la sana crítica.* [S. 6 de diciembre de 1962; no ha lugar.]

Según se indica en el recurso, uno de los signos exteriores de riqueza que apreció en el recurrente la sentencia denegatoria del beneficio de pobreza, fue «el uso de gabán».

3. RETRACTO: CAUCIÓN JURATORIA EN BENEFICIO DE POBREZA: *Quien goza del beneficio de pobreza está obligado, en sustitución del depósito prevenido por el art. 136 de la Ley, a dar caución juratoria de pagar, si viniere a mejor fortuna (art. 14, 4.º, L. E. C.). Su omisión determina la inadmisión del recurso.* [S. 8 de abril de 1963; no ha lugar.]

4. BENEFICIO DE POBREZA: RECURSO DE CASACIÓN: *No tiene carácter de definitiva la sentencia que otorga el beneficio de pobreza, y por ello conforme a los arts. 1.689, 1.690 y 1.729, núm. 3.º L. E. C., no procede contra ella el recurso de casación.* [S. 8 de febrero de 1963; no ha lugar.]

5. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: ERROR DEL JUZGADOR: *Provee en contradicción con lo ejecutoriado el auto que declara probado que las actoras adeudan a los demandados, en concepto de mejoras necesarias, una determinada suma, y luego las absuelve de su pago por entender que al no haber apelado del auto dictado por el Juzgado, no podían percibir mayor cantidad de la que en él se consigna en virtud de la prohibición de «reformatio in peius», con lo que incide en el error de considerarlas acreedoras en lugar de deudoras.* [S. 27 de marzo de 1963; ha lugar.]

Se dicta sentencia resolviendo un contrato de compraventa de un Salto de agua por falta de pago del precio, en cuya virtud los compradores deben devolver los bienes vendidos con sus frutos y las mejoras hechos en ellos, y las vendedoras deben restituir la parte del precio recibido y las tres cuartas partes de las mejoras necesarias hechas en dichos bienes según se determine en ejecución de sentencia. El Juzgado de 1.ª Instancia en trámite de ejecución señaló una cantidad como resultado de la compensación de los créditos recíprocos entre las partes; la Audiencia confirmó este auto, aunque en los Considerandos siente una doctrina errónea incurriendo en el error de atribuir a las vendedoras la cualidad de acreedoras por razón de las mejoras necesarias resarcibles introducidas por los compradores en los bienes vendidos, por lo cual no da lugar a la reforma del auto invocando equivocadamente la doctrina de la «reformatio in peius». El T. S. se ve obligado a estimar el recurso de los compradores si bien en la segunda sentencia decide en su contra al confirmar el auto del Juzgado. En resumen; un

recurso ganado infructuosamente, lo que significa un curioso galimatías jurídico-matemático. (G. G. C.)

6. ACCIONES ARRENDATICIAS NO BASADAS EN NORMAS DE LA LAU: PROCEDIMIENTO APLICABLE: *La acción encaminada a concretar la extensión objetiva del arriendo —la porción material de espacio a que el mismo se refiere— no se basa en derecho reconocido en la LAU y por ello está sujeta a la ley común.*

CONGRUENCIA: *No hay incongruencia si la sentencia se pronuncia sobre todos los pedimentos discutidos sin que haya cambio de sentido entre lo pedido y resuelto, sino, tan sólo, alteración en el orden en que se resuelven las peticiones.* [S. 3 de abril de 1963; no ha lugar.]

7. RETRACTO ARRENDATICIO: PETICIONES CONTRADICTORIAS: *La demanda contiene peticiones plenamente contradictorias con el súplico, de tal forma que el uso de una presupone la no utilización de la otra, como claramente lo expone el art. 67, 2.º de la LAU de 1946 (art. 53 de la vigente), pues se denuncian como infringidos los relativos a la acción de retracto como si sólo se ejercitase esta acción y no también la de nulidad.* [S. 9 de noviembre de 1962; no ha lugar.]

8. RECURSO DE CASACIÓN: CARÁCTER: *El recurso de casación tiene un carácter predominantemente público y extraordinario, un ámbito limitado y una fisonomía formalista, lo que veda realizar una nueva y completa valoración jurídica del pleito, y constriñe al Tribunal a ceñirse al examen de las infracciones o errores denunciados; por ello si se agrupan las diversas causas sin precisar el concepto de la infracción no corresponde a este Tribunal inquirir cuál sea realmente la que supone cometida el recurrente.* [S. 25 de mayo de 1963; no ha lugar.]

9. RECURSO DE CASACIÓN: NORMAS QUE PUEDEN SERVIR DE BASE AL RECURSO: *La violación de normas administrativas no puede servir de apoyo para fundar un recurso de casación por infracción de Ley.*

RECURSO DE CASACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe plantear en casación cuestiones nuevas.* [S. 11 de marzo de 1963; no ha lugar.]

NOTA: Se discutió en la instancia sobre el relieve, en el orden civil entre las partes contratantes, de una norma administrativa prohibitiva del arriendo de concesiones sin autorización de la Dirección General del ramo correspondiente. Una vez más el Tribunal Supremo afirma que las disposiciones administrativas no pueden servir de base de un recurso de casación civil rompiendo con tal doctrina el carácter total que debe revestir la censura de la legalidad de los fallos de instancia atribuida al órgano de casación. Las normas de la LEC no autorizan semejante restricción al referirse genéricamente a la infracción de ley o doctrina legal por lo que el criterio del Tribunal Supremo aparece por completo desprovisto de base legal; por otra parte, ante el hecho innegable del entrecruce, en múltiples cuestiones civiles, de normas puramente civiles y preceptos administrativos, la doctrina restrictiva de nuestro más Alto Tribunal conduce invariablemente, por un lado



a un verdadero descoyuntamiento de la casación y por otro a sustraer a la censura de la casación las violaciones de ley por el mero hecho de que se trate de normas ajenas al cometido normal de la Sala de que se trate, sin que a los particulares agraviados quepa recurso alguno —al menos con efectividad en la práctica— ya que no podrán acudir a otra Sala del Tribunal Supremo, pues lo impedirá el carácter fundamental del proceso y cuestión enjuiciada. (J P. R.)

10. RECURSO DE CASACIÓN: NULIDAD DE ACTUACIONES: *No cabe recurso de casación contra las sentencias y resoluciones dictadas en incidentes de nulidad de actuaciones ya que las mismas no ponen término al litigio impidiendo su continuación.*

RECURSO DE CASACIÓN: INADMISIÓN: DESESTIMACIÓN: *La causas de inadmisión son causas de desestimación.* [S. 4 de abril de 1963; no ha lugar.]

11. RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES: *No se pueden citar varios números del art. 1.692 LEC conjuntamente, sin expresar en cuál de ellos se apoya cada una de las supuestas infracciones o motivos de casación, no pudiéndolo hacer por si este Tribunal para suplir el criterio que sobre ello tenga el recurrente.* [S. 5 de mayo de 1963; no ha lugar.]

12. RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: MEMORIAS DESCRIPTIVAS DE MODELOS DE UTILIDAD: *Se señalan como documentos auténticos para evidenciar el error que se imputa al juzgador, las Memorias descriptivas de los modelos, que no pueden tener tal carácter, a efectos de casación, por ser los propios documentos tenidos en cuenta en la instancia y que interpretó la Sala según su criterio, que ahora no puede contrariarse por la mera apreciación subjetiva del recurrente.* [S. 12 de marzo de 1963; no ha lugar.]

13. DOCUMENTO AUTÉNTICO A EFECTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: *No son documentos auténticos a efectos del recurso de casación los boletines de cotización de Seguros sociales ni una certificación de la Inspección de trabajo, porque el concepto de documento auténtico difiere del de documento legítimo, teniendo un concepto más restringido y limitado en orden al proceso, equivalente en cierto modo al de su valor probatorio en relación con el hecho contradicho.*

IMPUGNACIÓN DE PRESUNCIONES: *Para combatir las presunciones establecidas por el juzgador tiene que acusarse la violación del art. 1.253 del C. c., la cual habrá de basarse en la carencia absoluta de lógica de las deducciones obtenidas por el Tribunal «a quo» de los hechos establecidos por el mismo.* [S. 30 de abril de 1963; desestimatoria.]

14. RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *El invocado dictamen pericial no es constitutivo de un documento auténtico a los efectos de casación, aunque se haya instrumentado y convertido en actuación judicial auténtica, desde el momento que tal emisión tuvo lugar en presencia judicial y fue autorizado por el Secretario del Juzgado.* [S. 29 de marzo de 1963; no ha lugar.]

15. RECURSO DE CASACIÓN: ARTÍCULO 1.692, NÚMERO 1.º: *Los calificativos interpretación errónea y aplicación indebida y los de inaplicación e interpretación errónea son contradictorios e inconciliables entre sí* (sentencias de 21 de febrero de 1959; 18 de junio, 18 de octubre, 12 y 26 de noviembre de 1962). [S. 6 de abril de 1963; no ha lugar.]

16. RECURSO DE REVISIÓN: MAQUINACIÓN FRAUDULENTE: *Existe la maquinación fraudulenta prevista en el número 4.º del art. 1.796 L. E. C. cuando el demandante que notoriamente conocía el domicilio del demandado, lo oculta con el torcido y desleal propósito de que no compareciese en el juicio y obtener una sentencia favorable ante la falta de oposición.* [S. 5 de febrero de 1963; ha lugar.]

### III. SENTENCIAS DE SUPLICACION

#### 1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ

##### I. Derecho civil.

1. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: NATURALEZA: *No desvirtúa la naturaleza del contrato el hecho de que se haya dedicado la parte baja de la edificación urbana a cuadra y otros menesteres de la explotación agrícola, ya que las modificaciones realizadas durante la vigencia de los contratos por el arrendatario, no hacen variar la naturaleza y calificación jurídica de los actos y contratos celebrados.* (Sentencia de 1 de junio de 1963; no ha lugar.)

2. SUBARRIENDO: REQUISITO CARACTERÍSTICO: *El contrato de subarriendo implica la cesión de uso y disfrute total o parcial del piso con cierto carácter de permanencia.* (Sentencia de 24 de mayo de 1963; no ha lugar.)

3. SUBROGACIÓN: NOTIFICACIÓN: REQUISITOS: *La cualidad de «fehaciencia» de la notificación solo descansa en la intervención de funcionario público competente para hacer fe en juicio y, por tanto, inexcusable para su validez.*

SUBROGACION: OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR: *La obligación de notificar fehacientemente la subrogación procede sean varios o uno sólo los que tengan derecho a suceder a título arrendaticio.* (Sentencia de 25 de abril de 1963; ha lugar.)

4. SUBROGACIÓN: CONOCIMIENTO: *El hecho de ser parte en un juicio anterior, que da ocasión de conocer la persona subrogada, es motivo de que dicha cesión sea legitimada por el transcurso del tiempo sin accionar.* (Sentencia de 12 de junio de 1963; no ha lugar.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CONCEPTO DE PROPIA NECESIDAD: *La necesidad no debe confundirse con la simple conveniencia y ha de revelarse por hechos que indiscutiblemente demuestren que el propietario no tenga ni disponga de piso que resuelva su modo de vivir, de forma que queden cubiertas las necesidades humanas más perentorias, como son la natural y normal independencia en el vivir, pues no sería justo ni equitativo obligar indefinidamente a determinada persona a habitar en el domicilio de otros y convivir forzosamente, por muy familiares que sean, siendo propietaria de un piso en la misma población donde normalmente reside.* (Sentencia de 4 de julio de 1963; no ha lugar.)

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: *El hecho de contraer matrimonio, tener que residir en una población determinada y carecer de vivienda, determinan la necesidad de ocupar el piso adquirido con anteriori-*

*dad, para instalar en él el hogar familiar, aunque la satisfacción de esta necesidad, perjudique la situación económica humilde del demandado a quien, por otra parte, el hecho de ser pensionista sin hijos, no le daría preferencia alguna.* (Sentencia de 4 de julio de 1963; no ha lugar.)

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: INEXISTENCIA DE DESOCUPACIÓN: *Si los hijos menores de edad, en virtud de la institución de la patria potestad, tienen que integrar, por determinación legal, la familia de los padres, ello determina que la permanencia de los mismos en el domicilio familiar implique la continuación de la ocupación del piso por los padres, aunque se ausentaran del domicilio familiar durante año y medio, con algunas interrupciones.* (Sentencia de 29 de mayo de 1963; no ha lugar.)

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: JUSTA EXCEPCIÓN: *El arrendatario se ausentó como consecuencia de un contrato de trabajo, por tiempo inferior a un año y, por tanto, de manera eventual, por lo que existe la justa causa que impide que aquel contrato se resuelva.* (Sentencia de 5 de abril de 1963; no ha lugar.)

9. RENTA: AUMENTO: OBLIGACIÓN CONSIGUIENTE: *A partir de firmeza de la sentencia en la que se autorizó al arrendador el aumento de renta, es cuando surge para éste la obligación de declarar a la Hacienda la renta establecida así como el plazo de tres meses que establece el Decreto de 21 de mayo de 1943.* (Sentencia de 29 de abril de 1963; no ha lugar.)

10. RENTA: *El Decreto de 17 de noviembre de 1960, en su artículo 3.º claramente establece que será repercutible sobre los inquilinos el importe de la contribución que viene a gravar a la propiedad al cesar los beneficios de la llamada Ley Salmón, «íntegramente», con cuya palabra establece claramente que no le son aplicables las cortapisas que establece la L. A. U. a la elevación de renta.* (Sentencia de 11 de junio de 1963; no ha lugar.)

11. OBRAS: CONOCIMIENTO: *La apertura de ventanas para dar luces a habitaciones es obra tan patente desde el momento de su ejecución, que el propietario no puede ignorar su realización.* (Sentencia de 21 de junio de 1963; ha lugar.)

## II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALIZACIÓN: *El hecho de citarse como causa resolutoria del contrato la señalada en el número 11 y no la comprendida en el número 5 del artículo 114 de la L. A. U. es intrascendente, pues de los fallos recurrido se deduce que ello se debe a simple error.* (Sentencia de 1 de julio de 1963; no ha lugar.)

2. LEGITIMACIÓN PARA ACCIONAR: *Puede la mujer casada válidamente, con autorización y consentimiento de su marido, accionar para la resolución del contrato de arrendamiento con respecto a la vivienda litigiosa, y ello aun cuando tenga el carácter de bien ganancial y, por tanto, pertenezca a la sociedad conyugal.* (Sentencia de 8 de julio de 1963; no ha lugar.)

3. LEGITIMACIÓN PARA ACCIONAR: *El subarrendatario no tiene acción para denunciar el subarriendo ilegítimo, ya que fue válido y produjo efectos reales entre las partes que lo contrataron, siendo únicamente la propiedad quien podía alegar la falta de autorización para subarrendar.* (Sentencia de 22 de abril de 1963; no ha lugar).

4. COSTAS: INDICIO DE TEMERIDAD: *Es patente la temeridad con que ha procedido el recurrente, al haber dado lugar a la sustanciación de esta suplicación, simplemente para contrariar la apreciación de los medios probatorios hecha en la sentencia impugnada, cuya conducta ha de sancionarse con el pago de las costas causadas.* (Sentencias de 6 y 22 de mayo de 1963; no ha lugar.)

5. COSTAS: INDICIO DE TEMERIDAD: *Es dable apreciar temeridad a los efectos de costas en el hecho de no alegar precepto alguno infringido que pueda servir de apoyo al recurso interpuesto.* (Sentencia de 17 de mayo de 1963; no ha lugar.)

## 2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

### I. Derecho civil.

1. INCREMENTOS DE RENTAS AUTORIZADOS POR EL DECRETO DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 1961: PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN: *No son aplicables los aumentos previstos en el Decreto de 6 de septiembre de 1961 a un contrato de arrendamiento que, si bien llevaba en 31 de julio de 1961 más de cinco años de vigencia, había sufrido, en cuanto a su renta, una novación por mutuo acuerdo de las partes, con posterioridad a la entrada en vigor de la L. A. U. de 1956.* (Sentencia de 19 de noviembre de 1962; no ha lugar.)

2. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS REALIZADAS POR EL ANTERIOR ARRENDATARIO: *No son causa de resolución las obras realizadas cuando era inquilino el padre del actual, si éste último no adquirió la condición de inquilino por subrogación en los derechos de su padre, sino a virtud de un nuevo contrato.* (Sentencia de 2 de julio de 1962; ha lugar.)

3. RESOLUCIÓN POR FALLECIMIENTO DEL INQUILINO: DEFECTO DE NOTIFICACIÓN: LEGITIMACIÓN PASIVA. PRIORIDAD: *El pago de rentas por la viuda del inquilino, a nombre del finado marido no implica el cumplimiento de la notificación exigida, por el artículo 58 de la L. A. U., para la eficacia de la subrogación «mortis causa». Si ninguno de los familiares del difunto inquilino realizó la notificación de la subrogación dentro del plazo legal, el arrendador sólo está obligado a dirigir su demanda resolutoria contra la viuda, por ser ésta la situada en primer término en el orden de prelación de eventuales sucesores.* (Sentencia de 23 de abril de 1963; no ha lugar.)

4. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» EN EL ARRIENDO DE VIVIENDA: PRESUNCIÓN DE NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR: *Debe presumirse que el inquilino realizó la notificación exigida para la eficacia de su subrogación, si con posterioridad a la muerte del anterior inquilino, el propietario hizo constar en una oferta de venta del inmueble, que en éste había dos inquilinos sin derecho de tanteo; en efecto, tal manifestación unida a la creencia, errónea pero muy difundida, de que los inquilinos por subrogación no tienen derecho al tanteo arrendaticio, demuestra que el arrendador conocía y consideraba legítima la subrogación por haber recibido la correspondiente notificación.* (Sentencia de 15 de noviembre de 1962; ha lugar.)

NOTA: La presunción parece un tanto forzada; sin embargo, la doctrina de esta sentencia demuestra, una vez más, la repulsa de los órganos jurisdiccionales a la norma que sanciona con la resolución la simple omisión del deber de notificar la subrogación. Esta repulsa que es un eco de la que suscita la norma legal en la conciencia social deben mover al legislador a la abrogación de la misma.

5. LEGISLACIÓN ESPECIAL DE PRÉSTAMOS A INQUILINOS: *El Decreto de 22 de julio de 1958, por el que se refundió la legislación de préstamos a inquilinos, tuvo un plazo de vigencia de tres años a contar desde el día 2 de mayo de 1958, por lo que sus disposiciones no afectan a las denegaciones de prórroga que se hubieren producido tras la expiración de dicho plazo.* (Sentencia de 22 de enero de 1963; no ha lugar).

6. DENEGACIÓN DE PRORROGA POR NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *No puede imponerse al beneficiario de la denegación de prórroga la obligación de convivir con persona extraña a la familia o con familiares, si desea tener un hogar independiente. La convivencia del beneficiario con tales personas puede darse por terminada cuando plazca al primero, sin que precise la aparición de circunstancias nuevas que modifiquen la situación existente al tiempo de crearse la familia e iniciarse aquella convivencia, siendo también irrelevante el tiempo de convivencia con extraños o familiares que haya antecedido a la denegación de prórroga.* (Sentencia de 21 de enero de 1963; ha lugar.)

7. DENEGACIÓN DE PRORROGA POR NECESIDAD: PRESUNCIONES: MATRIMONIO: *No obsta a la concurrencia de la presunción de necesidad el hecho de que el enlace no se haya celebrado, ya que basta con el propósito serio de contraerlo.* (Sentencia de 22 de abril de 1963; no ha lugar.)

8. DENEGACIÓN DE PRORROGA POR NECESIDAD: NECESIDAD CONCURRENTE EN QUIEN, A SU VEZ, SE VE OBLIGADO A DESALOJAR SU VIVIENDA: *Para invocar la situación de necesidad sólo es preciso que el beneficiario de la misma sea, a su vez, objeto de un requerimiento de desalojo, tan fundado, que elimine toda viabilidad de la defensa. No es preciso que el beneficiario de la ulterior denegación de prórroga llegue a ser lanzado judicialmente, ni siquiera que se promueva contra el mismo procedimiento judicial, bastando que el requerimiento excluya las posibilidades de defensa, como ocurrirá cuando el propietario de la vivienda en que habite dicha persona la reclame para sí, por carecer de hogar propio.* (Sentencia de 1 de abril de 1963; no ha lugar.)

9. DENEGACIÓN DE PRORROGA POR NECESIDAD: NECESIDAD DE DOMICILIARSE EN LA MISMA LOCALIDAD: *Los términos municipales de Barcelona y Hospitalet de Llobregat deben considerarse como una sola localidad, a efectos del artículo 63 de la L. A. U. El concepto localidad es de carácter físico y no jurídico, comprendiendo todas aquellas agrupaciones de edificios que no ofrecen solución de continuidad entre sí.* (Sentencia de 26 de marzo de 1963; no ha lugar.)

10. DENEGACIÓN DE PRORROGA POR NECESIDAD: INEXISTENCIA DE NECESIDAD: *La propensión de la esposa del actor a sufrir caídas y desvanecimientos y el propósito del segundo de ahorrarse el pago de alquiler instalándose en vivienda propia, no constituyen supuestos de necesidad.*

PRESUNCIONES DE NECESIDAD: DERECHO A ELECCIÓN DE DOMICILIO: CAMBIO DEL MISMO: *Si bien existe un derecho de libre elección del término municipal en*

que ha de instalarse la familia, una vez fijado el matrimonio con carácter, no provisional, sino permanente, en un determinado término municipal, si con posterioridad desea trasladarse a otro lugar y ejecutar, en el nuevo término, una acción denegatoria de prórroga por necesidad, deberá alegar y probar la causa de necesidad que les impele a cambiar de población de residencia. (Sentencia de 18 de enero de 1963; ha lugar.)

NOTA: La 3.ª de las presunciones de necesidad del artículo 63 de la LAU ha venido suscitando discrepancias interpretativas; con base en la invocación del Fuero de los Españoles (que no creo tenga nada que ver con la cuestión de la necesidad) se ha sostenido, en ocasiones, que el actor no precisa probar la necesidad de residir en una determinada población ya que existe un derecho a elegir libremente domicilio; otras resoluciones, advirtiendo que en definitiva la LAU se refiere a persona que *deba* residir en la localidad en que esté situada la finca se inclinan a la tesis contraria; finalmente la sentencia que antecede adopta una postura intermedia: reconoce un derecho de libre elección en cuanto a la primera sede del matrimonio —a efecto de la denegación de prórroga por necesidad—, pero condiciona el juego de la presunción, en cuanto a una ulterior denegación de prórroga, a la prueba de la necesidad de cambiar de término municipal de residencia. Semejante distinción no tiene soporte en el texto de la Ley en la que la significativa forma verbal utilizada sugiere que no debe estimarse bastante la mera indicación del propósito del beneficiario de la denegación de prórroga de residir en la población en que radique la vivienda objeto de aquella, sino que será preciso alguna justificación del motivo por el que se ha elegido el lugar de residencia ya sea por venir residiendo ya en la misma población —aunque sin vivienda independiente— ya por tener en ella el lugar de trabajo o circunstancia similar.

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DERECHO A ELEGIR DOMICILIO EN CUALQUIER TÉRMINO MUNICIPAL: *El beneficiario del derecho de denegación de prórroga tiene derecho a domiciliarse donde le parezca; es indiferente indagar si responde o no al libre albedrío del beneficiario la elección de término municipal para establecerse, ya que, con arreglo al Fuero de los Españoles, hay que admitir la libertad en la elección de domicilio.* (Sentencia de 20 de febrero de 1963; ha lugar.)

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: RECLAMACIÓN DE VIVIENDA EN POBLACIÓN DISTINTA DE LA DE RESIDENCIA: *No procede la denegación de prórroga arrendaticia si el actor que vive en una determinada población, en la que posee tres casas, se limita a reclamar para uno de sus hijos una vivienda situada en distinta población y partido.* (Sentencia de 29 de enero de 1963; ha lugar.)

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PRESUNCIÓN CONTRARIA A LA NECESIDAD: *La presunción contraria a la necesidad, que deriva la L. A. U. de haberse desalojado vivienda de características análogas a la reclamada, en edificio propio del arrendador o del beneficiario de la denegación de prórroga, no entra en juego si la vivienda desalojada no es de propiedad del actor, sino que lo es del cónyuge del mismo.* (Sentencia de 23 de enero de 1963; ha lugar.)

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: EJERCICIO DE INDUSTRIA DOMÉSTICA: *No puede tomarse en cuenta, como circunstancia con in-*



*flujo en la selección, el hecho de que uno de los inquilinos, un mes antes de formularse el requerimiento denegatorio de prórroga, se diera de alta en la contribución industrial por el ejercicio de la actividad de fabricación de juguetes de madera a domicilio, si tal actividad no es el medio principal de vida del inquilino —cuya ocupación básica es la de mecánico al servicio de una empresa— y sólo constituye una actividad complementaria que en realidad no es propiamente el ejercicio de profesión o industria, sino un medio de burlar el derecho preferente de otro inquilino.* (Sentencia de 15 de marzo de 1963; no ha lugar.)

Nota: El peligro que puede suponer para los inquilinos de viviendas una eventual denegación de prórroga por necesidad viene fomentando, en los últimos tiempos las altas como contribuyentes de buen número de personas que tratan *ad caulelam* de ampararse en la norma de posposición del artículo 64 de la LAU referida a los inquilinos que además de vivir en las viviendas ejerzan en ellas profesión u oficio por la que satisfagan contribución. La anterior sentencia apunta dos criterios que pueden servir de eficaz base a los Tribunales para salir al paso de maniobras encaminadas a alterar el orden normal de selección. De un lado no cabe otorgar el beneficio de posposición a los inquilinos cuyo ejercicio de profesión u oficio ofrezca características fraudulentas por haberse iniciado con escasa antelación a la denegación de prórroga y con la exclusiva o principal finalidad de alterar el orden de selección. Por otra parte no puede tomarse en consideración, como factor de posposición, el ejercicio puramente marginal de profesión u oficio aunque se remonte a fecha muy anterior a la de la denegación de prórroga; es evidente que la LAU, al colocar al inquilino que ejerce profesión u oficio en la vivienda, en posición preferente al que no se halle en tales condiciones, aunque tenga familia mucho más numerosa que el primero, ha querido tutelar al inquilino de vivienda que sea, no sólo sede del hogar familiar, sino también de una actividad profesional que constituya base económica fundamental de sus moradores. En el caso de autos la actividad ejercida en la vivienda era de tipo secundario o marginal respecto a profesión básica de inquilino —que se desarrollaba fuera de la misma— y por este solo hecho, aun en el supuesto de que la fabricación de juguetes no se hubiera iniciado con el exclusivo objeto de burlar las normas sobre selección, hubiera debido considerarse irrelevante respecto a la selección.

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CIRCUNSTANCIAS DEL REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA: *En el requerimiento denegatorio de prórroga no es preciso indicar si los futuros contrayentes poseen o no otra vivienda de su propiedad en la capital.* (Sentencia de 22 de enero de 1963; no ha lugar.)

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD, CIRCUNSTANCIAS DEL REQUERIMIENTO: *No es preciso que en el requerimiento se indiquen las causas por las que el beneficiario de la denegación de prórroga ha de residir en la localidad en que se halle situada la vivienda.* (Sentencia de 12 de febrero de 1963; no ha lugar.)

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: *No constituye verdadera ocupación de la vivienda el hecho de acudir a la misma tan sólo algunos días festivos.* (Sentencia de 22 de abril de 1963; no ha lugar.)

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: UTILIZACIÓN OCASIONAL DE LA VIVIENDA: *No desvirtúa el hecho de la no ocupación de la vivienda, a efecto de la denegación de prórroga, el hecho de que la misma haya sido utilizada en alguna ocasión por los sobrinos del inquilino que en ningún caso llegaron a hacer de la vivienda el centro de sus actividades.* (Sentencia de 18 de febrero de 1963; no ha lugar.)

19. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO OCUPACIÓN DE VIVIENDA: JUSTAS CAUSAS: *No constituye justa causa de no ocupación la necesidad, invocada por el inquilino de hacer frecuentes estancias en otra población y atender a los asuntos del suegro, enfermo, ya que este último se hallaba debidamente atendido en su persona y bienes por una hija.* (Sentencia de 10 de noviembre de 1962; ha lugar.)

20. REDUCCIÓN DE LA RENTA AL TIPO FISCAL: HOSPEDAJE: *La acción que la L. A. U. otorga al inquilino para reducir la renta a la cifra que sirva de base a la contribución territorial no es aplicable al huésped.* (Sentencia de 22 de febrero de 1963; no ha lugar.)

21. ELEVACIÓN DE LA RENTA ARRENDATICIA: REQUISITOS DE LA NOTIFICACIÓN PREVIA AL INQUILINO: RESOLUCIÓN POR NEGATIVA AL PAGO DE INCREMENTOS: *No existe temeridad, a efectos del artículo 101 de la L. A. U., si en la notificación de incrementos no se especificó al inquilino el valor de las obras en que aquéllos se basaban ni se hizo c'ara aplicación de los porcentajes.* (Sentencia de 29 de enero de 1963; no ha lugar.)

22. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: SUPUESTO EN QUE NO SE PRESUME: *La relación de próximo parentesco del ocupante y la transitoriedad de permanencia, desvirtúan, en su totalidad, la presunción de subarriendo, presumiéndose más bien, en un orden normal y humano, que se trata de un acogimiento familiar totalmente gratuito.* (Sentencia de 20 de marzo de 1963; no ha lugar.)

NOTA: Sigue advirtiéndose en las decisiones de esta Audiencia el acertado criterio de no presumir el subarriendo en las situaciones de convivencia de próximos parientes con el inquilino y el de negar efectos resolutorios a la introducción de terceros en la vivienda cuando la razón de la ocupación sea la de un acogimiento o convivencia familiar de carácter gratuito.

23. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PRESUNCIONES: *La ocupación de una vivienda por una familia extraña al arrendatario sin que puedan calificarse a sus componentes de sirvientes o guardadores del piso permite presumir la existencia de un subarriendo.* (Sentencia de 27 de febrero de 1963; no ha lugar.)

24. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PRESUNCIÓN: *Declarado por el Juzgado de Primera Instancia que el inquilino admitió en el piso a un matrimonio, concediéndoles habitación a cambio de que la esposa se encargara del aseo y conservación de la vivienda, mientras el marido continuaba sus trabajos como*

*delineante al servicio de dos arquitectos, procede decretar la resolución, ya que no cabe estimar la alegación de que se admitió a personas extrañas a la relación arrendaticia como servidores domésticos, si el marido realiza los trabajos que queáan indicados. (Sentencia de 21 de febrero de 1963; no ha lugar.)*

25. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PRESUNCIÓN CONTRARIA A LA EXISTENCIA DE SUBARRIENDO: *No infringe la L. A. U., la sentencia que, tras decir que no hay constancia alguna de que la demandada perciba precio o merced del matrimonio que con ella convive y admitir que la convivencia la motiva la necesidad de cuidado y compañía que la inquilina precisa —por su estado de vejez, ancianidad y afección cardíaca— no da lugar a la resolución del arriendo. (Sentencia de 11 de enero de 1963; no ha lugar.)*

26. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: PRESUNCIÓNES: *El mero hecho de que el inquilino abandone la vivienda y continúe ocupando ésta un familiar de aquél, no supone la cesión, ya que el derecho de uso de la cosa arrendada puede ejercerlo el titular a través de sus familiares conviventes que no puede considerarse extraños al contrato y por ello precisa examinar en tales casos si el familiar ocupante se halla o no desvinculado del titular del arriendo. (Sentencia de 12 de marzo de 1963; no ha lugar.)*

27. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN IMPUGNATORIA: «DIES A QUO»: *El abandono de la vivienda por su inquilino, dejando en ella a los demás habitantes de la misma hace presumir la cesión; si con posterioridad al abandono de la vivienda por el arrendatario este ejerció una acción contra el arrendador, invocando su condición de inquilino, el «dies a quo» del plazo de caducidad de la acción impugnatoria no puede remontarse a fecha anterior a la de ejercicio de tal acción.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: DEFECTOS PROCESALES: ACUMULACIÓN: *No es eficaz en suplicación la denuncia de defectos procesales como los relativos al tema de acumulación. (Sentencia de 12 de febrero de 1963; no ha lugar.)*

28. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA: *Procede decretar la resolución del arrendamiento con base en el subarriendo no autorizado concertado por el inquilino; aunque se trate de vivienda de renta limitada y el subarriendo constituya falta grave con arreglo a la legislación de viviendas de renta limitada, cabe decretar la resolución con arreglo a las normas —materiales y procesales— de la L. A. U. (Sentencia de 27 de febrero de 1963; no ha lugar.)*

NOTA: Cuando como ocurría en el caso de autos la violación contractual imputable al inquilino se halla sancionada en la LAU con la resolución del contrato, el hecho de que la legislación especial de las viviendas de renta limitada considere a tal violación como infracción del régimen establecido en dicha legislación no puede impedir la aplicación del régimen material y procesal de la LAU, sin que tal aplicación exija actividad previa de tipo administrativo ni la declaración en esta vía de que el hecho constituye infracción de tipo grave; tales declaraciones sólo son exigibles con referencia

a hechos que no se hallen tipificados en la LAU como causas de resolución y que sólo pueden producir tales efectos, previa declaración administrativa de que los mismos constituyen infracción grave del régimen de viviendas de renta limitada.

29. RENTAS EN VIVIENDAS BONIFICABLES: ANULACIÓN DEL TÍTULO PRIMITIVO Y SUSTITUCIÓN POR OTRO: *Si las partes se remitieron en cuanto a la renta de una vivienda bonificable, a la que se señalase en el título de calificación y el primitivamente expedido es invalidado por la Administración y sustituido por otro con renta superior, es esta última la legalmente exigible. La virtualidad del nuevo título se demuestra al no haber sido impugnado por el inquilino en vía administrativa.* (Sentencia de 18 de marzo de 1963; no ha lugar.)

30. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS BONIFICABLES: EXPEDICIÓN DE NUEVO TÍTULO CON RENTA SUPERIOR: ELEVACIÓN DE TIPOS DE RENTA POSTERIOR AL CONTRATO: *El arrendador no puede exigir al arrendatario la renta señalada en un nuevo título de vivienda bonificable expedida por el Ministerio de la Vivienda que, con base en un Decreto —de fecha posterior al contrato de arriendo y a la expedición del primer título definitivo del bonificable y en el que se fijaron módulos más elevados para dichas viviendas—, señaló para la vivienda de autos una renta superior a la fijada en el título primitivo.* (Sentencia de 10 de mayo de 1963; no ha lugar.)

31. VIVIENDAS BONIFICABLES: ALTERACIÓN DEL BONIFICABLE: EFECTO RESPECTO A LA RENTA: *El arrendatario, en vía civil, no puede impugnar la legalidad del acuerdo administrativo por el que se altera la renta establecida en el primitivo título de calificación definitiva.* (Sentencia de 7 de febrero de 1963; no ha lugar.)

NOTA: Aunque claro es que los Tribunales del orden civil pueden y deben calificar los efectos civiles en el orden arrendatario de la nueva calificación o rectificación de la primitiva y, concretamente, si la nueva renta señalada es aplicable al arriendo anterior a aquellos actos, o sólo proyecta su efectividad en orden a nuevos contratos de arriendo.

## II. Derecho procesal.

1. PROCEDIMIENTO ESPECIAL ARRENDATARIO: CUESTIONES EXTRAÑAS AL MISMO: *En el procedimiento especial arrendatario de la L. A. U. no cabe pedir la devolución de cantidades abonadas por el arrendatario al arrendador en concepto de préstamo conectado al arriendo y no de mera fianza.* (Sentencia de 29 de abril de 1963; no ha lugar.)

2. PROCESO ARRENDATARIO: COMPETENCIA OBJETIVA: CALIFICACIÓN DEL LOCAL: *Es competente el Juzgado Municipal si la calificación correspondiente al arriendo es la de vivienda —y no se trata de acción de retracto o similar—. No desvirtúa la calificación indicada el hecho de que en una ocasión se incrementara la renta en la cuantía correspondiente al arriendo de local de negocio, ni los actos unilaterales realizados por una de las partes. La profesión de pintor es profesión agremiada y no colegiada, por lo que el ejercicio*

de la misma por el inquilino no defiere la competencia al Juzgado de Primera Instancia. (Sentencia de 18 de febrero de 1963; no ha lugar.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA: *Si el arrendo a que se refiere la acción ejercitada —distinta de la de desahucio por falta de pago— es de local de negocio y no de vivienda debe declararse la incompetencia del Juzgado Municipal que conoció del proceso en la Primera Instancia.* (Sentencia de 25 de febrero de 1963; ha lugar.)

NOTA: Aunque reiteradisimas decisiones de las Salas de suplicación niegan que quepa impugnar con éxito, en suplicación, los vicios *in procedendo*, la generalidad de las mismas admiten la censura, en dicha vía, del tema de la competencia objetiva del órgano. El carácter procesal de las cuestiones de competencia es indudable y el artículo 132 de la LAU se refiere, sólo, a la infracción de ley o doctrina legal, de las que en principio hay que considerar excluidas las normas regulares de competencia (nótese el significativo contraste de las causas 1.ª y 3.ª del art. 136 de la LAU en cuanto al recurso de injusticia notoria y de las causas 1.ª y 6.ª del art. 1.692 de la LEC en cuanto al de casación; sin embargo, el defecto de competencia del órgano constituye un vicio de tal gravedad que explica la ampliación que las Audiencias vienen realizando al respecto en cuanto al radio de acción del artículo 132 de la LAU. Ahora bien, estos desajustes entre la letra de la ley y sus aplicaciones prácticas piden que en ulterior retoque de las normas de la LAU se rectifique la anomalía que supone el hecho de que el recurso de suplicación tenga un carácter más excepcional y ámbito de cognición mucho más limitado que el recurso de casación o el de injusticia notoria, cuando debió ser algo muy próximo a una tercera instancia o mejor aún pudo configurarse como una segunda instancia ejercitada directamente ante la Audiencia con supresión de la actual ante el Juzgado de Primera Instancia.

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NORMAS QUE PUEDE INVOCARSE: *El Recurso de suplicación ha de fundamentarse en la infracción de normas sustantivas inmediatas y directamente relacionadas con derechos concreta y expresamente reconocidos en el ordenamiento arrendaticio urbano.* (Sentencia de 22 de abril de 1963; no ha lugar.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NATURALEZA: *El recurso de suplicación no es una tercera instancia.* (Sentencia de 3 de abril de 1963; no ha lugar. Sentencia de 1 de febrero de 1963; no ha lugar.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: ADMISIÓN DE NUEVOS DOCUMENTOS: *En el recurso de suplicación no es viable el planteamiento de cuestiones nuevas ni cabe en el curso del mismo la admisión de nuevos documentos.* (Sentencia de 22 de febrero de 1963; no ha lugar. La misma doctrina sobre cuestiones nuevas en Sentencia de 26 de abril de 1963.)

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ABUSO DE DERECHO; APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *En el recurso de suplicación sólo cabe realizar una nueva valoración de la prueba cuando el recurso se base en la aplicación indebida de la doctrina sobre abuso de derecho y no procede cuando la sentencia recurrida no haya aplicado tal doctrina.* (Sentencia de 26 de marzo de 1963; no ha lugar.)

### 3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valladolid

A cargo de Julio BONED SOPENA,  
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

#### I. Derecho civil.

1. CONVIVENCIA: ELEMENTOS QUE LA CARACTERIZAN Y DIFERENCIAN DEL SUBARRIENDO PARCIAL DEL ARTÍCULO 18 DE LA L. A. U.: *Lo que caracteriza la convivencia, diferenciándola del subarriendo parcial, previsto en el artículo 18 de la L. A. U., es que ordinariamente se produce en la vida real bajo los supuestos de dependencia, hospedaje o vida en común.* (Sentencia de 24 de abril de 1963; desestimatoria.)

2. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: NOTIFICACIÓN VERIFICADA POR MEDIO DE CARTA CERTIFICADA CON ACUSE DE RECIBO: *No es notificación fehaciente, a los efectos establecidos en el artículo 58 de la L. A. U., la verificada por medio de carta certificada con acuse de recibo, aun habiéndose cotejado en el proceso por testigos, ni siquiera complementada con el hecho del pago de rentas atrasadas por la demandada, constatado en recibo firmado por aquél —que no lo reconoció—, pues como tiene declarado repetidamente el Tribunal Supremo, notificación fehaciente es aquella que por sí misma produzca fe y quede probada desde que se efectuó, con anterioridad, por tanto, al juicio en que se trate de hacer valer.* (Sentencia de 16 de abril de 1963; estimatoria.)

3. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: NOTIFICACIÓN FEHACIENTE: NO LO ES LA PRACTICADA A TRAVÉS DE LA CÁMARA DE LA PROPIEDAD URBANA: *La notificación practicada a virtud de carta dirigida por la recurrente al Administrador de la Cámara de la Propiedad Urbana, en la que demandaba su deseo de subrogación personal, si bien se estima como simple medio para hacer llegar al arrendador la noticia que la misiva contenía, no tiene el carácter fehaciente, tal como la jurisprudencia ha explicado el alcance técnico del concepto, pues ni la función de la Cámara es dar fe ni, por eso mismo, se ha acreditado que el contenido de aquella haya llegado a conocimiento del propietario.* (Sentencia de 17 de abril de 1963; desestimatoria.)

4. NECESIDAD: NO LA CONSTITUYE EL PRETENDER INSTALAR UN DESPACHO DE ABOGADO POR QUIEN EJERCE ESA PROFESIÓN EN LOCALIDAD DISTINTA, DONDE, ADEMÁS, TIENE SU HOGAR FAMILIAR: *En este caso el actor no trata de ocupar la vivienda del demandado para instalar en ella la suya, sino para transformar aquélla en local de negocio —ya que para que no pierda aquel carácter por la instalación de un despacho profesional es necesario que el piso así ocupado sea la vivienda del ocupante y, al mismo tiempo, el centro de trabajo de su pro-*

*jesión habitual—, transformación que prohíbe la Disposición Adicional 1.ª y, por tanto, la pretensión del recurrente no puede encajarse en la órbita de la vivienda, sino en la del local de negocio. (Sentencia de 2 de abril de 1963; desestimatoria.)*

5. NECESIDAD: CASUÍSTICA: *Constituye situación de necesidad la enfermedad de la esposa del actor que le dificulta la prestación de sus servicios como portera de una finca urbana, en la que, por ello, disfrutan de vivienda, pues siéndole penoso el trabajo no viene obligado a prestarlo, no incumbiéndole a ella proporcionar casa al matrimonio, sino al marido que como dueño de la litigiosa precisa desalojar al inquilino que la ocupa. (Sentencia de 15 de marzo de 1963; estimatoria.)*

6. NECESIDAD: CASUÍSTICA: *Ha de estimarse más que conveniente y de simple comodidad, realmente necesaria la ocupación de una vivienda en el pueblo de M., por la hija del demandante, para atender al deber de dar instrucción a sus hijos, en edad escolar, que para asistir a la escuela del pueblo tienen actualmente que recorrer a diario, cuatro veces, la distancia de algo más de un kilómetro, por un camino en despoblado que une tal núcleo habitado con la finca rústica en que viven, casi siempre de muy difícil tránsito y a menudo cortado por las lluvias o nieves. (Sentencia de 8 de junio de 1963; desestimatoria.)*

7. NECESIDAD: CASUÍSTICA: *Constituye necesidad el hecho de haberse tenido que ir a vivir el descendiente para quien se pretende la vivienda reclamada, con su mujer y un hijo de corta edad, a un lugar despoblado en una casa sin agua, luz, ni medios para sus primarias atenciones, a dos kilómetros largos del casco urbano de la ciudad, sin relaciones sociales ni trato con las personas que precisa comunicarse. (Sentencia de 27 de junio de 1963; desestimatoria.)*

8. NECESIDAD: PRESUNCIÓN DEL NÚMERO 1.º, APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 63 DE LA L. A. U.: *Si para ayudarse económicamente la actora, que sólo cuenta con la pensión de jubilación de su marido, necesita trasladar su residencia, al objeto de poder administrar mejor su patrimonio inmobiliario, concurre a su favor la presunción de necesidad enunciada. (Sentencia de 8 de marzo de 1963; desestimatoria.)*

9. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SI EL BENEFICIARIO HIJO DE LA ACTORA ES COPROPIETARIO CON ELLA Y CON OTROS HERMANOS, DE UN INMUEBLE CON VIVIENDAS ARRENDADAS A EXTRAÑOS, DEBE RECLAMAR CON PREFERENCIA UNA DE ÉSTAS: *No entra en juego la facultad de elección que concede el artículo 64 de la L. A. U. en el presente supuesto, pues hubiera bastado para cubrir la necesidad del hijo de la actora cualquiera de aquellas viviendas del enunciado, máxime si de los hechos declarados probados aparece como no previsible la oposición de los demás comuneros —de conformidad con lo establecido en la sentencia del T. S. de 7 de junio de 1954—, circunstancia que haría desplazar la pro-*

*yeción de la necesidad de vivienda que sufre la familia del beneficiario hacia alguna de las que pertenecieran a la madre con exclusividad.* (Sentencia de 18 de mayo de 1963; desestimatoria.)

10. NECESIDAD: EL BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA HA DE HALLARSE EN EL DEBER DE RESIDIR EN LA LOCALIDAD DONDE RADICA LA VIVIENDA LITIGIOSA, AL CUMPLIRSE EL AÑO DEL REQUERIMIENTO: *Establecidos como hechos probados que el hijo del actor, para quien se reclama la vivienda radicante en Z..., si bien contrajo matrimonio dentro del año siguiente al requerimiento, siguió, en cambio, viviendo en V..., después de transcurrido dicho plazo, igual que lo venía haciendo durante los años anteriores como funcionario interino del Servicio Forestal, cuya Jefatura tiene sede en esta última capital, aunque hubiera de prestar servicios en las provincias de L..., S... y Z..., hay que concluir que no tenía que residir en la ciudad donde se encuentra la vivienda, ni menos que se veía obligado a vivir en ella, lo que sólo sucedió cuando tomó posesión de un nuevo cargo con destino en Z..., pero ya varios meses después de que el año del preaviso finalizara.* (Sentencia de 10 de junio de 1963; desestimatoria.)

11. JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: CONCEPTO Y LÍMITES: *La justa causa de desocupación a que se refiere el artículo 62, número 3, de la L. A. U. ha de consistir en algo superior a la voluntad del obligado que le imponga la ausencia del piso, bajo unos límites de temporalidad y previsibilidad en la terminación de este régimen anormal de ocupación meramente nominal de la vivienda.* (Sentencia de 13 de julio de 1963; desestimatoria.)

12. REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA DECLARADA O IMPUESTA A EFECTOS FISCALES: NO PROCEDE SI EXISTE INDETERMINACIÓN DE LA RENTA: *Es improsperable la pretensión de las recurrentes, pues no existiendo renta individualmente declarada o fijada por la Hacienda para cada vivienda interior, derecha e izquierda, que respectivamente ocupan, comprendidas dentro del piso primero de un mismo inmueble y no correspondiendo a los Tribunales de Justicia efectuar prorrateos ni operación alguna de índole fiscal para distribuir la cantidad global con que tributa la propiedad por dicho piso, la actual indeterminación de base tributaria para cada inquilina, desplaza el problema revisorio planteado de los estrechos límites del artículo 103 de la L. A. U.* (Sentencia de 26 de enero de 1963; desestimatoria.)

13. RESOLUCIÓN POR OBRAS: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: MOMENTO INICIAL DEL COMPUTO DEL PLAZO: *La acción deducida reviste naturaleza procesal y el día «a quo» o inicial para el cómputo del plazo prescriptivo que señala el inciso final del artículo 1.964 del C. c. no viene determinado por la fecha en la cual la actora adquirió la propiedad de la finca urbana en donde se realizaron las obras, ni por la en que aquélla tuvo conocimiento de la ejecución de las mismas, sino por el día en que fueron realizadas, ya que desde entonces podía ejercitarse la acción, conforme estatuye el artículo 1.969 del mismo Cuerpo legal.* (Sentencia de 10 de abril de 1963; desestimatoria.)



## II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU ÁMBITO: *El recurso de suplicación se da contra todas las sentencias que el Juez de Primera Instancia dicte en apelación de las que a su vez dieran los Jueces Municipales y Comarcales, sin más excepción que las recaídas en juicios seguidos por falta de pago de la renta, sin que el artículo 132 de la L. A. U. distinga entre juicios declarativos, resolutorios o de otra clase.* (Sentencia de 29 de marzo de 1963; desestimatoria.)

NOTA: Se trataba de un juicio de cognición en el que se pedía la declaración de que la cónyuge del actor podía ejercer en el piso que ocupan, del que es arrendador el demandado, la profesión de modista y profesora de corte y confección sin perder aquél su carácter de vivienda ni transformarse en local de negocio.

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA: IMPROCEDENCIA DE LA EJERCITADA PARA QUE SE DECLARE LA POSIBILIDAD DE QUE LA ESPOSA DEL ACTOR EJERZA EN EL PISO ARRENDADO POR ÉSTE LA PROFESIÓN DE MODISTA, SIN QUE ELLO CAMBIE LA NATURALEZA DEL CONTRATO: *Es improcedente dicha petición, tanto se le dé un alcance concreto, pues permaneciendo la indeterminación de en lo que va a consistir ese ejercicio venidero de la indicada profesión la declaración pretendida podría suponer dar situación de legalidad a unos hechos futuros e indeterminados, desconocidos, por tanto, que pudieran, acaso, constituir una violación legal; como si se limita a los términos del artículo 4.º de la L. A. U. que define la pequeña industria doméstica, porque entonces habría que calificar la pretensión deducida de totalmente innecesaria y supérflua y al actor desprovisto de interés legítimo para pedir algo que la propia Ley le reconoce y la otra parte en el contrato no le niega.* (Sentencia de 29 de marzo de 1963; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO CABE ADHERIRSE AL INTERPUESTO POR LA CONTRAPARTE: *En la suplicación, al igual que en la casación, no tiene cabida la adhesión del recurrido al recurso interpuesto por la otra parte, pues no constituye una tercera instancia* (Sentencia de 2 de abril de 1963; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 148 DE LA L. A. U.: *Queda cumplido el requisito impuesto en el precepto enunciado con la consignación de rentas, según el contrato, que es el imperativo mandato legal para la efectividad del impulso del recurso, sin que cualquier otra discrepancia sobre el caso, tal como la retroactividad de la renta (se elevó ésta a requerimiento del arrendador) y los efectos del pago como consecuencia de ella, tenga virtualidad alguna para rechazar aquél.* (Sentencia de 2 de abril de 1963; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FACULTADES DE LA SALA: *El Tribunal de suplicación está facultado para examinar si la conclusión obtenida por el Juz-*

*gado de apelación, traducida en la calificación jurídica de los hechos probados, es o no correcta.* (Sentencia de 10 de abril de 1963; desestimatoria.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS EN JUICIO: *No cabe en este recurso examinar la presentación de documentos y su eficacia en juicio, pues quedan integrados en la prueba y sobre ellos huelga cualquier apreciación adjetiva en grado de suplicación.* (Sentencia de 24 de mayo de 1963; desestimatoria.)

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO PROCEDE EN APELACIÓN DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO DE COGNICIÓN CON BASE EN EL QUEBRANTAMIENTO DE FORMALIDADES ESENCIALES POR HABERSE DICTADO POR JUEZ DISTINTO AL QUE ACTUÓ EN LOS PERÍODOS EXPOSITIVO Y PROBATORIO: *Como en tal clase de proceso no hay trámite de vista o de comparecencia final que haya de constatare en autos, sino que toda la actuación del juicio se consigna en la correspondiente acta, lo que permite a cualquier Juez, aunque sea distinto del que intervino en las actuaciones orales, la apreciación de todo lo acaecido en el proceso y la formación del juicio lógico que precede a toda sentencia, no existe indefensión para las partes y, por tanto, no puede aplicarse la doctrina sentada por el T. S interpretando los artículos 329, 346 y 347 de la L. E. C.* (Sentencia de 5 de mayo de 1963; estimatoria.)

8. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO CABE CONTRA LA CONDENA EN COSTAS DEL APELANTE POR SU TEMERIDAD: *Dado que el pronunciamiento sobre costas que contiene la sentencia recurrida acata lo que para el proceso de cognición (al que se remite el artículo 125 de la L. A. U.) dispone el artículo 60 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, en cuanto a las de primera instancia y al no contener aquella Ley ni tampoco la de Enjuiciamiento civil (arts. 1.583 a 1.586, a los que alude el 130 de la Ley arrendaticia urbana), precepto especial que regula las ocasionadas en la segunda instancia, no puede existir la infracción denunciada.* (Sentencia de 5 de julio de 1963; desestimatoria.)

9. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIÓN DE DOCTRINA LEGAL: *No basta remitirse a la doctrina legal citada en el escrito de contestación a la demanda, sino que hay que expresar la que se repute infringida en el de interposición del recurso.* (Sentencia de 5 de julio de 1963; desestimatoria.)

## 4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de La Coruña

A cargo de Julio BONED SOPENA,  
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

### I. Derecho civil.

1. RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» INEFICAZ: CONGRUENCIA: *Es perfectamente congruente el fallo si pedidos la resolución del arrendamiento por no haberse producido eficazmente la subrogación «mortis causa» del inquilino y, en su consecuencia, el lanzamiento del actual ocupante de la vivienda litigiosa, accede a la primera petición más no a la de condena con base en estimar se produjo la novación subjetiva del contrato a favor de la demandada, excepción propuesta por ella en tiempo oportuno.* (Sentencia de 13 de julio de 1963; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CARÁCTER DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR EL ARRENDADOR: *Si bien es facultativo del arrendador el ejercicio de la acción de denegación de prórroga por causa de necesidad, nada impide que cuando quiera hacerla cesar, pueda promover las acciones conducentes al respecto en razón a que a nadie puede obligársele a persistir en una situación que no provocó y que no quiere seguir manteniendo por no estimarlo conducente a su derecho.* (Sentencia de 16 de mayo de 1963; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CONGRUENCIA: *No infringe el artículo 359 de la L. E. C. la sentencia que acuerda la resolución del contrato de arrendamiento que vincula a los litigantes aunque en el suplico de la demanda se pidiere la procedencia de la denegación de prórroga y, consecuentemente, el desahucio de la demandada, que es tanto como pretender judicialmente la resolución de la locación.* (Sentencia de 1.º de junio de 1963; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: LEGITIMACIÓN DEL COPROPIETARIO: OPOSICIÓN DE LA MAYORÍA AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN: *En el estado actual de la doctrina establecida por la jurisprudencia, el condómino por sí sólo y sin contar con el consentimiento de la mayoría de los coparticipes no puede ejercitar —si estos se oponen— las acciones que se deriven de las disposiciones contenidas en la L. A. U., entre las cuales, indiscutiblemente, se encuentran las que hacen referencia a la necesidad del dueño para habitar su propia vivienda, como medio de negarse a la prórroga obligatoria de los contratos; mas el arrendatario no puede esgrimir esa falta de acción por lesión ajena, sino solamente aquéllos.* (Sentencia de 17 de junio de 1963; estimatoria.)

NOTA: Ejercitada por un copropietario en beneficio de la comunidad acción resolutoria por necesidad de un hijo suyo, prospera en ambas instancias la demanda; mas, habiéndose incorporado a los autos para mejor proveer, en el recurso de apelación, un acta notarial —presentada por la demandada en el acto de la vista— que había sido autorizada con posterioridad a la sustanciación de la primera instancia, en la que todos y cada uno de los

demás copropietarios manifiestan de común acuerdo que no autorizan el desahucio pretendido y que, caso de prosperar o quedar vacío cualquier otro piso, tampoco autorizan al actor para arrendar ningún piso sin el consentimiento escrito de la mayoría, la Sala estima el recurso de suplicación con base en la doctrina reseñada, teniendo en cuenta, además, que se trata de un documento público cuya fecha y contenido son un reflejo fiel de un hecho posterior a la sustanciación del juicio tramitado en 1.<sup>a</sup> instancia, del cual la arrendataria no tenía conocimiento al tiempo de contestar a la demanda ni aun en el periodo probatorio.

5. RESOLUCIÓN POR NO USO: ALCANCE DE LA CLÁUSULA DEL CONTRATO OTORGADO EN 20 DE NOVIEMBRE DE 1951, POR LA QUE SE ESTABLECÍA QUE LA ARRENDADORA QUEDABA ENTERADA DE QUE EL INQUILINO PASA TEMPORADAS FUERA DEL LUGAR DONDE ESTÁ SITA LA VIVIENDA, NO VIÉNDOSE PERJUDICADO POR ELLO: *A la indicada cláusula no puede darsele más alcance que el de establecer una situación de renuncia, por la parte arrendadora, de las secuencias resolutorias del contrato de arrendamiento que pudieran originarse por la circunstancia contemplada de que el arrendatario pasase temporadas fuera de L. C., conforme a lo normado al respecto en la legislación vigente en la fecha en que fue otorgado, que es la de 31 de diciembre de 1946, reguladora de esta materia; mas en modo alguno se convino formal, clara y expresa renuncia a que tal situación motivadora de temporales ausencias del arrendatario pudiera ser por un periodo de tiempo superior a seis meses en el curso de un año, y ello porque el derecho a resolver el contrato fundado en el no uso con esos límites fue establecido por vez primera en la Ley de 1956. (Sentencia de 31 de mayo de 1963: desestimatoria.)*

6. RESOLUCIÓN POR OBRAS. PRESCRIPCIÓN: MOMENTO INICIAL DEL CÓMPUTO DEL PLAZO: *Es al arrendatario a quien corresponde probar que ha transcurrido el término de quince años a partir del día en que las obras terminaron de realizarse, que es cuando el propietario puede llegar a tener conocimiento de la entidad de las mismas. (Sentencia de 16 de mayo de 1963; desestimatoria.)*

## II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: SU NATURALEZA Y ÁMBITO: *No se trata de una tercera instancia, sino de un remedio legalmente instaurado para unificar criterios sobre el módulo interpretativo de secuencias originadas en vínculo arrendaticios urbanos y, por su consecuencia, para resolver si dados los hechos declarados probados por el Juez «a quo» es acertada la aplicación que el mismo hace al supuesto objeto de controversia, de determinados preceptos de la Ley reguladora de la materia. (Sentencia de 13 de julio de 1963; desestimatoria.)*

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NO PUEDE FUNDAMENTARSE EN NORMAS DE CARÁCTER PROCESAL: *En esta clase de recursos de carácter excepcional por su origen, naturaleza y fin, su motivación ha de basarse en la infracción de normas sustantivas y vigentes, ya que según unánime opinión doctrinal y jurisprudencial, no puede ampararse ni fundamentarse en violación o infrac-*

ción de disposiciones procesales. (Sentencia de 16 de mayo de 1963; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO CABE LA ADHESIÓN AL MISMO: *No cabe pretender en el escrito de impugnación del recurso la modificación de uno de los extremos de la sentencia que favorecía al recurrente, toda vez que el citado recurso requiere su directo ejercicio, con adecuada fundamentación en sus motivos y traslado del escrito a medio del cual se formula.* (Sentencia de 31 de mayo de 1963; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA EN JUICIO SOBRE DESAHUCIO POR NECESIDAD: *En esta clase de procesos no se produce nunca la cosa juzgada a no ser que en idénticas circunstancias se ejercite la misma acción contra las mismas personas.* (Sentencia de 13 de julio de 1963; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CONTROL DE LA EFICACIA DE LAS PRUEBAS: *Ante los hechos probados acogidos en la sentencia recurrida, a tenor de lo prevenido en el artículo 132 de la L. A. U., en los supuestos de motivación por infracción de Ley o de doctrina legal no es lícito en trámite de suplicación entrar a discernir la eficacia y calidad de las pruebas.* (Sentencia de 13 de julio de 1963; desestimatoria.)

## 5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Granada

A cargo de Julio BONED SOFENA,  
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

### I. Derecho civil.

1. ABUSO DE DERECHO: NO CABE CONFUNDIRLO CON EL FRAUDE DE LEY O CON LA SIMULACIÓN Y SUS CORRESPONDIENTES ACCIONES: *La sentencia del T. S. de 14 de marzo de 1962 establece que «no cabe confundir la institución del abuso de derecho, consagrada en el artículo 9.º de la L.A.U., con el fraude de Ley o con la simulación y sus correspondientes acciones para declarar la ineficacia de un negocio jurídico si realmente iba dirigido a contrariar alguna prohibición legal».* (Sentencia de 4 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

2. ABUSO DE DERECHO: CASUÍSTICA: *Incurre en él quien pretende el desahucio por necesidad, si tuvo a su disposición en tiempo oportuno una vivienda que alquiló meses después de tener conocimiento de la iniciación del expediente de expropiación de la que habitaba.* (Sentencia de 25 de enero de 1963; desestimatoria.)

3. LA CONVIVENCIA CON LA ARRENDATARIA DE UN HIJO EXCLUYE TODA IDEA DE CESIÓN: *Declarándose probado que al fallecimiento del esposo de la demandada se operó a favor de ésta el cambio de titularidad arrendaticia y que ha continuado conviviendo con ella su hijo, el otro demandado, no puede estimarse infringida la causa 5.ª del artículo 114 de la L. A. U., por cuanto que esa convivencia del hijo con la madre en la vivienda que como arrendataria ocupa excluye, de una manera manifiesta, toda idea de que la vivienda haya sido cedida a aquél.* (Sentencia de 19 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

4. CESIÓN DE VIVIENDA: INTRASCENDENCIA DE LA PERMANENCIA EN ELLA MÁS O MENOS CONTINUADA DEL CEDENTE: *Constituye cesión ilegal la introducción de terceras personas a espaldas de la propiedad en el disfrute de la vivienda y ello aunque el cedente continuara, más o menos permanentemente, en la vivienda cedida total o parcialmente, pues tal circunstancia en manera alguna, haría desaparecer la esencia de aquella figura jurídica.* (Sentencia de 28 de enero de 1963; estimatoria.)

5. CESIÓN ILEGAL: CARGA DE LA PRUEBA DEL PLAZO DE CADUCIDAD: *Debe exigirse con rigor al cesionario una prueba plena de haber transcurrido el plazo de caducidad, pues de no ser así se produciría una benevolencia respecto de una situación que, por ser ilegal, debe tratarse con rigor, exigiendo que las pruebas acrediten, sin duda alguna, los extremos en los que se pretende basar la continuidad de una situación que empezó siendo contraria a derecho.* (Sentencia de 28 de enero de 1963; estimatoria.)

6. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: CUÁNDO RESULTA INNECESARIA LA NOTIFICACIÓN: *Constando al arrendador el fallecimiento del titular arrendatario y la persona subrogada (su esposa), ello excluye por innecesario el cumplimiento del requisito de la notificación, pues con ese conocimiento quedó cumplido el fin para el que la norma legal lo fijó, cual es que no existan en perjuicio del arrendador situaciones equívocas o abusivas respecto a la titularidad arrendaticia.* (Sentencia de 18 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» INEFICAZ: INAPLICABILIDAD DEL PLAZO DE CADUCIDAD ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 25 DE LA L. A. U.: *Se trata de un plazo creado para una situación que no es la examinada en autos, sino para otra distinta y de haber querido el legislador su aplicación a aquélla, lo hubiera dispuesto expresamente.* (Sentencia de 28 de enero de 1963; desestimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: COMPETENCIA: INTRASCENDENCIA DEL HECHO DE QUE EL ARRENDATARIO TENGA INSTALADOS, SIN AUTORIZACIÓN, EN LA VIVIENDA OFICINAS O ARCHIVOS: *Si el arrendatario tiene oficinas o archivos ocupando la vivienda, sin título ni autorización, no puede válidamente oponerse a la competencia del Juzgado Comarcal para conocer en primera instancia, pues a su comodidad y voluntad se debe esta ocupación, sin que ello pueda tener transcendencia en derecho.* (Sentencia de 3 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

9. REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA: HA DE PRACTICARSE CON TODOS LOS QUE APAREZCAN COMO INQUILINOS: *Es ineficaz el requerimiento si se dirige solamente a la demandada sin tenerse en cuenta que los inquilinos de la vivienda cuyo desalojo se insta son además sus hijos, ya que así se declaró en anterior sentencia en juicio habido entre las mismas partes que quedó firme.* (Sentencia de 21 de enero de 1963; desestimatoria.)

10. RESOLUCIÓN POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA POSEÍDA EN COMÚN POR EL INQUILINO Y OTROS COHEREDEROS DE SUS PADRES: QUIEBRA DE LA DOCTRINA LEGAL, SEGÚN LA CUAL A LOS EXTRAÑOS A LA COMUNIDAD NO LES ES LÍCITO ALEGAR EL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 398 DEL CÓDIGO CIVIL: *La doctrina legal, según la cual está legitimado activamente el condómino para instar la resolución del contrato de arrendamiento, sin que el inquilino pueda ampararse, para mantenerse en el disfrute de la cosa, en normas jurídicas que, cual los artículos 394 y 398 del C. c. están llamadas a tutelar los intereses de los comuneros, quiebra en supuestos como el de autos, en que se admite por el actor que, con antelación al planteamiento de la acción, existía acuerdo de los comuneros para vender el inmueble en que se supone que uno de éstos tiene a su libre disposición vivienda desocupada, por ser indudable que referido acuerdo priva a cualquiera de ellos de la posibilidad de atribuirse o que un tercero, ajeno en absoluto al interés y derecho de la comunidad, le atribuya el disfrute exclusivo de la cosa común o de cualquier parte de ella en su singular beneficio.* (Sentencia de 31 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

11. LA APERTURA DE UN HUECO EN UN MURO DE FACHADA ES OBRA QUE DEBILITA LA NATURALEZA Y RESISTENCIA DE LOS MATERIALES: *La apertura en una de las paredes del comedor de la vivienda, que hace de muro de fachada de la casa, de un hueco de sesenta centímetros de alto por noventa de ancho y veinte de profundidad, no puede menos de estimarse que debilita la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción.* (Sentencia de 22 de enero de 1963; desestimatoria.)

12. OBRAS QUE NO MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: *Son obras exceptuadas de la prohibición legal según la jurisprudencia, las de estructura, con elementos adosados meramente y no empotrados y las de decoración y embellecimiento del local o adecentamiento «stricto sensu».* (Sentencia de 24 de enero de 1963; desestimatoria.)

## II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU NATURALEZA Y RIGOR FORMAL: *El recurso de suplicación se debe formular con cierto rigorismo, señalando las infracciones cometidas en la sentencia, en la aplicación de la Ley, como base del mismo. No es un medio de revisar el proceso ni cabe utilizarlo para expresar una opinión sobre el resultado de la prueba practicada, al objeto de llegar a unas conclusiones favorables a su defensa en contradicción con lo declarado probado por el Juzgador.* (Sentencia de 23 de enero de 1963; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO ES PROCEDENTE FUNDAMENTARLO EN LA NO APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO: *No es procedente invocar en el recurso de suplicación la no aplicación del abuso de derecho, pues lo que se permite es lo contrario, o sea fundamentarlo en la errónea aplicación de esa doctrina por el Juez «a quo».* (Sentencia de 19 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CARÁCTER DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: *La distinción entre normas de carácter procesal y de carácter sustantivo, a efectos de casación y, por ende, de suplicación, se establece no en razón a la Ley que las contiene, sino a su intrínseco contenido y, en tal sentido, el artículo 359 de la L. E. C., definidor del principio de congruencia, tanto atendida la doctrina legal sancionadora de que «al fijar una regla general de aplicación en los procedimientos judiciales, es de orden sustancial a efectos de casación y no meramente adjetivo», como atendido al propio contenido del número 2 del artículo 1.692 de aquella Ley, según el cual «habrá lugar al recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina legal, cuando la sentencia no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes», hay que estimarlo a dichos efectos sustantivo y, en su consecuencia, denunciable su infracción en este recurso.* (Sentencia de 11 de diciembre de 1962; estimatoria en parte.)



## 6. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos

A cargo de Roberto HERNANDEZ HERNANDEZ  
Magistrado

### I. Derecho civil.

1. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: SENTIDO Y FINALIDAD DEL ARTÍCULO 58 DE LA L. A. U.: OMISIÓN DEL REQUISITO FORMAL DE LA NOTIFICACIÓN SUPLENIDO POR EL CONOCIMIENTO COMPLETO Y CABAL POR PARTE DEL ARRENDADOR: *Paradójicamente, el artículo 58 de la L. A. U., aunque guiado por un propósito de seguridad al exigir la determinación fehaciente del sucesor en el contrato, ha sido origen frecuente de litigios, por el prurito de interpretarlo literalmente, atribuyendo primacía a la notificación sobre el conocimiento, y a la forma de constancia sobre la evidencia nacida del modo en que las relaciones sociales se producen, aun a riesgo de convertir la Ley en instrumento de deshumanización de la misma convivencia que ella procura regular; sin embargo, los Tribunales no pueden legitimar la conducta de un arrendador que, conocedor de la muerte del arrendatario, se conduele con sus allegados, invocando despues la simple omisión de un requisito formal, normalmente nacida de error en derecho, para exigir la resolución del contrato, siempre que se hayan consumado respecto a él, aunque sólo fuere de hecho, las circunstancias de seguridad que el artículo 58 desea garantizar.* (Sentencia de 4 de abril de 1963; estimatoria.)

2. CESIÓN ILEGAL: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD: CASUÍSTICA: *Acreditado que la subrogada por fallecimiento de la titular locativa, con la que convivía su hermana, al contraer matrimonio el 19 de diciembre de 1959, abandonó la vivienda trasladándose al domicilio de su madre política, y quedó en la litigiosa la conviviente, se deduce la cesión ilegal que supone el abandono del objeto arrendado por la primera, y transjerencia del uso exclusivo del mismo a la segunda, empezando a contarse desde dicho momento el plazo de caducidad de la acción resolutoria, y como consecuencia caducada la misma al presentarse la demanda el 30 de mayo de 1962.* (Sentencia de 6 de abril de 1963; desestimatoria.)

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: LEGITIMACIÓN ACTIVA: CASUÍSTICA: *La facultad de denegar la prórroga contractual y resolución del vínculo arrendatario es conferido en la L. A. U. —artículos 62 y 114— al arrendador y no al propietario, aunque comunmente coincidan, de donde deviene la legitimación de la actora, aunque no sea única propietaria del piso, que fue adquirido constante matrimonio y por ello ganancial compartido con el marido, al no haber sido impugnado su carácter de arrendadora.* (Sentencia de 6 de abril de 1963; desestimatoria.)

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: LIBERTAD DE ELECCIÓN DE PROFESIÓN O TRABAJO Y DE EMPRESA O PATRONO: DOMICILIO LEGAL O NECESARIO; *Del hecho de que el actor haya establecido voluntariamente su relación laboral con una empresa radicada en S., no puede concluirse en la inexistencia de necesidad, ya que el derecho a ejercer una profesión o prestar un trabajo —que es también deber insoslayable de todo ciudadano— lleva consigo la facultad de elegir la empresa o patrono que le ofrece condiciones más convenientes, derivando normalmente del ejercicio de dicha facultad la necesidad de domicilio en el lugar de prestación de los servicios, que constituye una de las modalidades del llamado domicilio legal o necesario.*

RECLAMACIÓN DE VIVIENDA SITUADA EN LUGAR DISTINTO DEL DE TRABAJO: *No infringe el artículo 63 de la L. A. U., número 1.º, la sentencia que accede a la denegación de prórroga por necesidad cuando el lugar en que radica la finca y el de trabajo del necesitado están ubicados en términos distintos, si son contiguos, los respectivos cascos urbanos no ofrecen solución de continuidad y físicamente integran una sola agrupación urbana con comunicaciones servidas por medios de transporte rápidos y de diaria periodicidad. (Sentencia de 26 de abril de 1963; desestimatoria.)*

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CONCEPTO DE VIVIENDA U HOGAR FAMILIAR: *La acepción corriente de vivienda no es otra que «el lugar donde conviven o moran distintas personas bajo la dirección del cabeza de familia para satisfacer las necesidades de la vida, las que no sólo lo son de habitación en sí, sino de alimentación, limpieza, aseo y otras», que requieren la existencia de servicios de carácter necesario e imprescindible para atender aquéllas, y sin los cuales no puede concebirse la vivienda. (Sentencia de 11 de junio de 1963; estimatoria.)*

6. RESOLUCIÓN DE CONTRATO POR CESIÓN, EFECTUADA POR LA SUBROGADA EN EL PRIMITIVO CONTRATO A FAVOR DE SU HIJO, VIGENTE LA ACTUAL LEY: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 1.ª: *Celebrado contrato arrendaticio de la vivienda discutida entre los causantes de la propiedad del hoy actor y J. M., que falleció el 9 de enero de 1934, sobreviviéndole su mujer y un hijo, deviniendo titular como inquilina su viuda —por aplicación de la legalidad entonces vigente—, a cuyo nombre y con tal carácter le fueron girados los recibos de inquilinato, tras diversas vicisitudes, el 5 de febrero de 1962, la madre cedió la vivienda a su hijo, y por éste, ya como cesionario, se requirió al hoy actor por vía notarial en 10 de mayo de 1962, para que aceptase el pago de los recibos pendientes, y anuncio en su caso de consignación, conforme dispone el artículo 24 de la vigente L. A. U. —aplicable al caso, según previene el apartado 1.º de la Disposición transitoria primera—, al dejar reducida la condición de cedente al inquilino que hubiere celebrado el contrato de arrendamiento, al haberse llevado a cabo la cesión bajo el imperio de la Ley actual, ha de considerarse efectuada con infracción de citado artículo y por ello deviene en la causa de resolución prevista en la causa 5.ª del artículo 114 de la reiterada Ley especial. (Sentencia de 11 de junio de 1963; desestimatoria.)*

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENER EL INQUILINO A SU LIBRE DISPOSICIÓN UNA VIVIENDA APÍA PARA SER OCUPADA EN LOS SEIS MESES ANTERIORES A LA DEMANDA: CASA HABITACIÓN DE UN MAESTRO: CASUÍSTICA: *La denominada «casa del Maestro», propiedad del Ayuntamiento, que fue puesta a disposición del Maestro recurrente, no es una vivienda de la que disponga dicho funcionario a título «de derecho real de goce o disfrute», ya que el último lo es con carácter personal emanado de normas administrativas en favor de los maestros, y sometido, por lo tanto, a todas las vicisitudes funcionales de los mismos.* (Sentencia de 11 de junio de 1963; estimatoria.)

8. ABUSO DE DERECHO: INEXISTENCIA: CASUÍSTICA: *Consistente el abuso del derecho en el ejercicio del mismo con la intención de dañar, o en efectuario de forma anormal y antisocial, lo que se traduce en el uso excesivo, injusto o impropio del derecho —según ya declaró esta Sala en sentencia de 30 de marzo del año actual—, no hay fundamento para afirmar la concurrencia de alguna de las expresadas circunstancias, en el caso de que la actora advenga dueña de la vivienda reclamada por un medio ordinario de transmisión de la propiedad —donación de un hermano soltero— y obligada por sentencia firme a desalojar la que ocupa, sin apariencia de indicio alguno de fraude; siendo normal el ejercicio de su derecho denegatorio de prórroga, aunque resulte perjudicado el de la recurrente, por hallarse desprotegido en esta pugna y colisión de intereses.* (Sentencia de 27 de junio de 1963; desestimatoria.)

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: INEXISTENCIA: CASUÍSTICA: *No existe necesidad de ocupar la vivienda sita en la misma finca en que, en su planta baja, tiene el actor un negocio de muebles, con objeto de atender al último, bien personalmente, o por medio de su hijo, soltero, varón, y menor de edad que convive con el padre en la ciudad de P., donde y desde hace catorce años se ha regentado el citado negocio, con viajes semanales del actor, que no tenía ni siquiera necesidad de pernoctar en V.; máxime al no haberse acreditado que hayan sufrido modificación las características personales del negocio, de forma que determinarían una asiduidad constante y permanente de su propietario con objeto de obtener un igual o superior rendimiento del mismo, ni las personales o familiares del actor, que exigieran la ocupación de otro piso del en que habitan por insuficiencia para alojar la actual familia, y con ello trasladar la misma, o parte de ella forzosamente a la vivienda reclamada.* (Sentencia de 4 de julio de 1963; desestimatoria.)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: INEXISTENCIA: HIJA QUE CONVIVE CON SU MADRE: CASUÍSTICA: *Del hecho de que la hija de la actora, viuda sin hijos, para quien se pide la vivienda en cuestión, carezca de hogar propio e independiente, por convivir con su madre, anciana y también viuda, no se deriva la necesidad postulada, ya que dicha situación de convivencia no fue impuesta necesaria y obligatoriamente, sino creada voluntariamente por madre e hija, cuando la última, al dejar el domicilio que tenía en T., por su propia decisión, se fue a E. y domicilio de su madre, a pesar de que*

*esta disponia de dos pisos desocupados en P. y C., localidades próximas a aquella capital y con buenas comunicaciones. (Sentencia de 4 de julio de 1963; desestimatoria.)*

11. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: PÉRDIDA DEL DERECHO DE RETORNO: *No verificado en legal forma por el inquilino, durante el transcurso del año del preaviso, el requerimiento a la propiedad para instar el documento previsto en el artículo 81 de la L. A. U. —imprescindible para el nacimiento y subsistencia del derecho de retorno— se pierde dicha opción, y máxime cuando transcurrido el plazo del año, el inquilino sigue ocupando el local arrendado, convirtiendo por su sola y propia voluntad la excepción a la prórroga en causa de resolución. (Sentencia de 6 de julio de 1963; desestimatoria.)*

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DERECHO A HOGAR INDEPENDIENTE: LIBERTAD DE FIJACIÓN DE RESIDENCIA: CASUÍSTICA: *Reclamada la vivienda para que la ocupe la hija de la actora, mayor de edad, soltera, residente desde un año antes del requerimiento en la localidad, la que carece de hogar propio o arrendado, ya que vive en pensiones o fondas, procede estimar acreditada la necesidad; sin que a ello obste el que, con anterioridad a su residencia en la ciudad donde está ubicada la vivienda, convivió con la actora en un pueblo de la provincia y que no tenga deber de residencia por razón de profesión o trabajo, ya que a nadie puede imponerse una convivencia no deseada y es principio indiscutible que, el que no tiene obligación legal de residencia en un lugar determinado puede libremente fijarlo en cualquiera. (Sentencia de 12 de julio de 1963; estimatoria.)*

13. ARRENDADOR EXTRANJERO; PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD: EL DERECHO COMÚN EN FUNCIÓN SUPLETORIA DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL ARRENDATICIA: *El principio de reciprocidad que adopta el artículo 7.º de la L. A. U. queda limitado a los extranjeros que pretenden la aplicación de los beneficios concedidos por la Ley especial a los inquilinos, arrendatarios o subarrendatarios españoles; no así, cuando se trata de los derechos del arrendador —sin posibilidad de utilización del expediente de integración analógica, autorizado en el artículo 9.º, al no existir igualdad jurídica esencial entre el supuesto contemplado y el previsto—, respecto de los cuales guarda silencio el artículo 7.º citado, lo que implica implícitamente la aplicación del Derecho común, que es norma complementaria expresa —artículo 16 del Código civil— y, por ello, la concesión al extranjero de iguales derechos civiles que al nacional —artículo 27 del Código civil—.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: FINALIDAD DEL PREAVISO: *La finalidad del párrafo segundo del artículo 65 de la L. A. U., no es otra que el requerimiento se perfeccione y adquiera los efectos constitutivos al producirse la causa de necesidad dentro del plazo del preaviso, y si no ocurre en este tiempo, pero tampoco se alega un interés tutelable del inquilino —el que existiría en el caso de que mientras tanto hubiese variado el orden de selección— el rigor interpretativo, no sólo desconocería el elemento teleológico, el más valioso en la interpretación de la Ley, sino que comportaría una*

*inflexible apreciación de los hechos, que mal se compaginaria con la justicia del caso concreto que busca el proceso; sin olvidar que el propósito serio y exteriorizado de habitar y establecerse en una ciudad, puede parangonarse al simple proyecto de matrimonio que tiene valor de necesidad; de donde es necesario concluir en la no existencia de infracción del precepto citado, en razón a que la persona para quien se pide la vivienda fijó la residencia en España tres días después de finar el plazo de preaviso. (Sentencia de 12 de julio de 1963; desestimatoria.)*

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO: REQUISITOS DE LA CONTESTACIÓN AL MISMO: *La ambigua postura empleada deliberadamente por el recurrente al contestar al requerimiento previo con la fórmula de «que se oponía a la demanda por ser injusta e improcedente», además de infringir el párrafo 3.º del artículo 35 de la L. A. U., indefiniendo su oposición, le impide alegar posteriormente en el proceso que no es inquilino y con ello su carencia de legitimación pasiva, al implicar su conducta una deslealtad tendente a impedir que el arrendador preparase y ejercitase correctamente la acción, que no puede ser amparada en derecho, cual declaró esta Sala en sentencia de 9 de octubre de 1962. (Sentencia de 13 de julio de 1963; desestimatoria.)*

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO «COMUNIDAD FAMILIAR»: CASUÍSTICA: *Compartiendo la Sala el amplio criterio interpretativo que, a los fines de selección, incluye en la «comunidad familiar» a todas las personas que unidas al inquilino por lazos de parentesco —consanguíneos, de afinidad o civil— conviven bajo el mismo techo de manera estable y permanente, es conveniente subrayar este último matiz para evitar que la protección legal se extienda a relaciones de convivencia temporales u ocasionales, debiendo la apreciación judicial distinguir, para resolver sobre este punto con las mayores garantías de acierto, de los ocupantes sometidos a la patria potestad o autoridad tuitiva del inquilino, y los que en círculo más amplio, son beneficiarios del deber alimenticio que la Ley le impone, de aquellos que formando parte del grupo parental, no están favorecidos por un deber legal de asistencia, pues mientras de los primeros, sin gran esfuerzo argumentativo, puede predicarse en principio su condición de convivientes, debe aparecer en los segundos cumplidamente acreditado, sin sombra alguna de fraude, que su ingreso y permanencia en la vivienda no obedece a razones transitorias o circunstanciales, lo que acaece en el presente caso en que una sobrina habita con la inquilina durante los periodos escolares. (Sentencia de 20 de julio de 1963; desestimatoria.)*

## II. Derecho procesal.

1. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN: REPARACIONES NECESARIAS: *La pretensión deducida al amparo del artículo 107 de la L. A. U., solicitando se condene al demandado a efectuar en una galería y habitación del piso, que como inquilina ocupa la demandante, las reparaciones necesarias para eliminar humedades, está bien pre-*

sentada ante la jurisdicción ordinaria a quien compete su conocimiento, conforme dispone el artículo 120 de la Ley arrendaticia, sin quebranto de el que por razones de seguridad, salubridad o higiene corresponde a la Autoridad gubernativa, con facultades más amplias y no excluyentes de las que al respecto tienen los Tribunales jurisdiccionales; de suerte que en casos específicos a la Administración corresponde ordenar reparaciones necesarias para un fin concreto, sin merma de las que pueda imponer la Autoridad judicial, comprendiéndose así la inexistencia de contradicción alguna entre los artículos 107, 108 y 110 de la repetida Ley. (Sentencia de 17 de abril de 1963; estimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FALTA DE FIRMA DE LETRADO: LAS CAUSAS DE INADMISIÓN DEL RECURSO LO SON DE DESESTIMACIÓN: *Procede la desestimación del recurso que, contrariando lo dispuesto en el artículo 133 de la L. A. U., fue interpuesto inválidamente por medio de escrito sin firma de Letrado, el que debió inadmitirse en su día conforme previene el artículo 10 de la L. E. C., subsidiariamente aplicable en materia de procedimiento arrendaticio por sanción expresa del artículo 151 de la Ley especial.* (Sentencia de 23 de abril de 1963; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO INTERPUESTO RECURSO POR UNA PARTE, NO CABE LA ADHESIÓN AL FORMULADO POR LA CONTRARIA: *Dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación, no existe posibilidad de adhesión al formulado por la parte contraria, ya que dicho instituto, como es regulado por la L. E. C., con respecto al recurso ordinario de apelación, es inaplicable, ya que las únicas normas que por analogía lo pueden ser al de suplicación lo son las que regulan la casación, y ni en ésta ni en la injusticia notoria cabe la adhesión.* (Sentencia de 11 de mayo de 1963; estimatoria por otros motivos.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: IMPROCEDENCIA: *La ecuación establecida entre el pago de la renta y la posesión de la cosa arrendada que establece el artículo 148 de la L. A. U., al declarar obligatorio el pago o consignación de la renta como requisito «sine qua non» para formular el correspondiente recurso, no tiene otra finalidad que durante la detentación no quede incumplida la obligación fundamental de satisfacción por el inquilino de la merced correspondiente —como contraprestación a la posesión que se disfruta—; por lo que acreditado que cesó el recurrente en la posesión arrendaticia por entrega del objeto locado al actor, a partir de dicho momento no le asiste a éste derecho alguno al percibo de rentas, y, por ello, carece de aplicación el precepto mencionado.* (Sentencia de 6 de julio de 1963; desestimatoria.)

# SUMARIO

## 1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Responsabilidades civiles “ex delicto” y “ex lege”*.

GUIJARRO CONTRERAS, Gregorio: *Responsabilidad civil automovilista*.

REYES MONTERREAL, José María: *La responsabilidad civil en la nueva Ley de Accidentes de Tráfico*.

## 2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

MADRUGA MÉNDEZ, Joaquín: *La adopción*.

## 3. ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa*.

## 4. VIDA JURÍDICA

## 5. BIBLIOGRAFÍA

## 6. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

## 7. JURISPRUDENCIA.