

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XIX
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMLXVI

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción:

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

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

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

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

BLAS PIÑAR: <i>Derecho turístico inmobiliario, problemas de titularidad, documentación y servidumbres</i>	315
FRANCISCO CASTRO LUCINI: <i>Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: I, el adoptante</i>	337
JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: <i>Negocio abstracto y reconocimiento de deuda</i>	369

Vida Jurídica

I. Noticias:

<i>Índice de la civilista alemana del último trimestre de 1964 al de 1965</i> , por José Bonet Correa	423
--	-----

II. Notas crítica:

<i>Sociedades Anónimas</i> , por J. F. Duque	430
---	-----

Información legislativa

Ocupación de automóviles, por José M. Burgos 437

Bibliografía

Libros 410

BROSETA PONT, Manuel: *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, por Luis Diez-Picazo; DUQUE, Justino F.: *Uniones de empresas, desarrollo económico, función del jurista*, por Aníbal Sánchez Andrés; ESPIN CANOVAS, Diego: *La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español*, por Antonio Manuel Morales Moreno; GARCIA CANTERO, Gabriel: *El concubinato en el Derecho civil francés*, por Rodrigo Bercovitz; HEREDERO, José Luis: *La responsabilidad sin culpa*, por Gabriel García Cantero; LUCARELLI, Francesco: *Lesione d'interesse e annullamento de contrato*, por Pedro A. Ferrer Sanchis; PELOSI, Angelo: *La patria potestà*, por Gabriel García Cantero

Revistas

A cargo de Rodrigo Bercovitz, Antonio Manuel Morales Moreno y Justo Jiménez Nicolás 459

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de don Antonio de Leyva y Andía 473

Jurisprudencia

I. Sentencias 476

II. Sentencias de suplicación:

1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid 503

2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona 507

3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia 510

4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Granada 514

5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valladolid 517

6. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos 518

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 XIX
FASCICULO II

ABRIL-JUNIO
MCMLXVI



PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

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

Derecho turístico inmobiliario: problemas de titularidad, documentación y servidumbres

B L A S P I Ñ A R
Notario

INTRODUCCION

Los problemas de escrituración (aspecto notarial) y de titularidad (aspecto civil), así como el complejo de limitaciones jurídicas que pueden afectar a la propiedad inmobiliaria (de derecho privado y de derecho público) y que, provisionalmente, podemos considerar como servidumbres, constituye la materia que va a ser objeto de nuestro estudio, en cuanto afectan a los llamados Centros o Zonas declarados de interés turístico nacional.

Queremos, para enmarcar debidamente tales problemas, hacer una afirmación de arranque: el ordenamiento turístico inmobiliario no es más que un tratamiento específico, por razón de fin, de las materias propias del Derecho Inmobiliario general español.

La Ley de competencia turística de 8 de julio de 1963 declara en su preámbulo que el hecho turístico carecía de regulación adecuada y que una competencia concurrente de los distintos órganos de la Administración central y local tenía como fruto, en materia cada vez más importante, una paralización de la actividad administrativa, con el daño económico consiguiente y el aburrimiento, desgana o desviación de los interesados por el tema.

Esta competencia administrativa concurrente, en la práctica, puede solucionarse de dos modos: o por la vía de la coordinación, como sucede a través de las comisiones interministeriales, de poca eficacia; o por medio de la adscripción de funciones al órgano administrativo dentro de cuya competencia se halla el elemento más destacado de la materia que ha de ser objeto de ordenación, estímulo, policía y sanción.

Así, pues, tipificando un fenómeno como turístico, conforme al criterio material que la ley citada preconiza, todos cuantos hechos, actos o negocios se relacionen con el mismo merecen un tratamiento "sui generis", trasladando, inicialmente, la competencia sobre los mismos a aquel órgano de la Administración al que, por su especialidad, corresponde la materia, es decir, en este caso, al Ministerio de Información y Turismo.

Ese traslado teleológico de competencia no supone, claro es, eliminación de las ajenas, ni tampoco la creación de un coto cerrado legislativo. De una parte, la ley de 8 de julio de 1963 salva "la incidencia que sobre las manifestaciones turísticas deriva de la de otros

órganos de la Administración Central o local”, como explícitamente reconoce en su artículo 6.º, párrafos 1 y 2, y deja en pleno vigor la legislación civil y mercantil, no sólo la común, sino también la foral —aunque la alusión a esta última ni figure de modo expreso—, como reguladora de las relaciones jurídico-privadas que se establezcan por razón de actividades turísticas (art. 6.º, párrafo 3.º).

En resumen, se trata de que el fenómeno turístico no venga regulado de un modo lateral y desde ángulos diversos por una suma de disposiciones que inciden en él, que no lo tienen como objeto y que hay que acoplar como un difícil rompecabezas, sino que se discipline desde arriba, bien iluminado, teniéndolo presente como fin y dándole un tratamiento jurídico unitario.

Este tratamiento jurídico unitario tenía que producirse lógicamente con relación a aquellas áreas del territorio nacional donde el fenómeno turístico priva sobre los aspectos restantes. Dichas áreas turísticas, caracterizadas por el “movimiento y estancia de personas fuera de su lugar habitual de trabajo o residencia, por motivos diferentes de los profesionales”, exigía un ordenamiento especial, que escapase, por arriba, a la confluencia de disposiciones que ignoraban el fenómeno o lo consideraban como algo marginal.

La ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956 constituye el Derecho inmobiliario general y supletorio, en primer grado, de la materia que nos ocupa. El ordenamiento turístico inmobiliario no es más que un Derecho especial que toma de aquél las ideas matrices y que las explicita y adapta a las exigencias de los centros y zonas afectados por el fenómeno turístico.

Ya en la Ley del Suelo había alusiones circunstanciales, claras o intuidas, al hecho turístico. Los planes especiales que en la misma se prevén para “la protección del paisaje, huertos, cultivos y espacios forestales, conservación de determinados lugares o perspectivas del territorio nacional, pueden tener como fin el ‘fomento del turismo’” (Preámbulo II y arts. 15 y 17), entendido, como el legislador ha ido perfilando, en la doble vertiente de atraer y retener al viajero, de llamar y de fijar temporalmente al turista.

La propia ley, al instituir “una regulación del suelo según su situación y destino”, alivia la marcha hacia una regulación especial para el que podemos desde ahora bautizar con el nombre de “suelo turístico”. Es decir, que la triple calificación hecha por la Ley, de suelo rústico, de reserva urbana y de urbano, hecha en función de las necesidades nacionales de alojamiento habitual, quedaba angosta para la función de suelo turístico, que no pretende, por medio de sus edificaciones, instalaciones y servicios, proporcionar ese tipo de alojamiento permanente, sino otro circunstancial, y de descanso o esparcimiento. a la vez que promueve, desde el punto de vista económico, una corriente de ingresos, necesaria al país, como una partida de su balanza de pagos, y fomenta el conocimiento entre los hombres del mismo país y de los demás países, contribuyendo de un modo mediato a la concordia y a la paz.

Fernández Alvarez ("La Ley de zonas y centros de interés turístico nacional", en "Problemas técnicos, económicos y jurídicos de urbanización de zonas turísticas". Instituto de Estudios Turísticos, Madrid, 1965. Volumen II, págs. 211 y sigs.) apuntaba, con razón, que la Ley del Suelo responde a la función social de la propiedad territorial, que en determinadas áreas debe atender a los fines de proporcionar vivienda al hombre y a su familia, y todo aquello cuanto, de carácter inmobiliario, lleva consigo la vivienda como accesorio, indispensable o conveniente (accesos, zonas verdes, aparcamientos, lugares de recreo, servicio religioso, mercados, etc.). El ordenamiento turístico español, esencial y específicamente, no responde a tales fines, y quizá por ello, Fernández Alvarez considera que su objetivo no es social, sino económico.

Yo me atrevería a decir, por las razones apuntadas, que sólo un achicamiento del término ha podido hacernos confundir lo social con determinadas perspectivas y exigencias sociales, siendo así que los linderos de lo social, de lo que afecta a la sociedad, son mucho más amplios. Quizá, evitando equívocos, podríamos decir que el ordenamiento turístico inmobiliario español si no responde a la función social de la propiedad, sí responde a su función "sociedadal", utilizando el vocablo de Vázquez de Mella.

Nuestro ordenamiento turístico inmobiliario es fruto de esta función "sociedadal" de la propiedad, y sus normas, en cuanto afectan, limitan y delimitan el dominio del suelo y del vuelo, lo hacen en mérito de intereses generales y superiores, que no son de carácter primario, laboral o simplemente económico, sino de índole turística: tranquilidad, esparcimiento, belleza del paisaje, pureza de la atmósfera, atracción y retención de viajeros, afluencia de divisas, etc.

Con estas ideas básicas, y conjugando nuestro Derecho general con el especial inmobiliario, tendremos que: el suelo nacional se clasifica en rústico, de reserva urbana, urbano y turístico; que la ordenación del suelo turístico —racional urbanización, servicios e instalaciones— se regula por la Ley de 28 de diciembre de 1963 y su Reglamento de 23 de diciembre de 1964; y que la calificación de suelo turístico no excluye, sino que llama en su apoyo al Derecho inmobiliario general contenido en la Ley del suelo, para la formación de planes especiales de promoción urbana (centros) o de promoción territorial y urbana (zonas), cuyo examen y aprobación, una vez dictaminado favorablemente el de promoción turística, corresponde a la Dirección General de Urbanismo del Ministerio de la Vivienda (artículos 12 y 20 de la Ley y arts. 42 y 65 de su Reglamento).

I

PROBLEMAS DE TITULARIDAD

Esta titularidad es la que el promotor de la actividad administrativa debe probar, a fin de que sea iniciado el expediente con el cual se persigue la calificación de un área determinada del territorio nacional como suelo turístico. La Ley y el Reglamento consideran que la actividad que podríamos llamar estrictamente privada —personas naturales o jurídicas de derecho e interés privado— (arts. 7, 3b y 11 y 22 de la Ley), ha de moverse sólo con relación al suelo turístico que ha de constituir “Centros”, según la nomenclatura oficial, es decir, “áreas delimitadas de territorio que, teniendo condiciones especiales para la atracción y retención del turismo, son, previa su declaración como tales, ordenadas racionalmente en cuanto a la urbanización, servicios e instalaciones precisas para su mejor aprovechamiento” (art. 2, 1, de la Ley).

El “Centro”, dice el art. 2, b), de la Ley, ha de tener una extensión superficial no inferior a diez hectáreas, o sea, a cien mil metros cuadrados. Por su parte, el art. 5, b), del Reglamento, aclarando las dudas planteadas sobre la exigencia de continuidad superficial, a que aludía Alvarez Romero (“La Ley sobre centros y zonas de interés turístico nacional y el Registro de la Propiedad”, ob. cit., vol. II, págs. 97 y sigs.), establece que dicha superficie ha de ser continua.

El promotor, pues, persona natural o jurídica, debe acreditar, para que el expediente sea iniciado, “que dispone o que puede disponer” de los terrenos necesarios con extensión superficial continua no inferior a cien mil metros cuadrados.

Esta exigencia de continuidad superficial y de titularidad de disposiciones sobre la misma, plantea algunas espinosas cuestiones.

En primer término, y por lo que se refiere a la continuidad, está claro que el atractivo de un área, que motiva su posible calificación como suelo turístico, la decide, en muchas ocasiones, la presencia de un río o de un monte público, que de un modo insalvable destruye la continuidad de las fincas que han de incluirse en el “Centro”. El requisito de la continuidad sería contradictorio con el objeto perseguido por la Ley, ya que automáticamente quedarían alejados de su ordenamiento espacios turísticos de hecho.

De aquí que el legislador haya salvado el escollo, por vía legal primero, y por vía reglamentaria después. El párrafo último del apartado 2 del artículo 2.º de aquélla, dice que no será necesario el requisito de continuidad superficial cuando, a juicio del Gobierno, concurren circunstancias excepcionales. Por su parte, el artículo 5.º del Reglamento establece que la continuidad superficial puede no concurrir en el momento de iniciación del expediente, bastando que pueda concurrir, y, como es lógico, que de hecho concorra, en el momento de la declaración, va porque haya podido producirse una desafectación de los bienes de dominio público que impedian la continuidad, adqui-

riéndolos o disponiendo de ellos el promotor, ya porque, al amparo de los beneficios que pueden otorgarse, el promotor haya conseguido una concesión de tal índole sobre la finca que prácticamente salve la continuidad geográfica del Centro.

Cuestiones más delicadas aún son las que surgen al poner en examen la titularidad de disposición sobre el suelo turístico. Los textos legales, y los modelos impresos que aspiran a interpretarlos, manejan una terminología varia, como si hubieran existido vacilaciones que no se acabaron de aclarar en el momento de la entrada en vigor de los mismos.

El artículo 7, b), de la Ley, como hemos visto, dice que el promotor “deberá acreditar que dispone o puede disponer”. El artículo 23, b), del Reglamento completa el precepto legal diciendo que los promotores han de acreditar “la disponibilidad de los terrenos necesarios, mediante la presentación de los *títulos de propiedad* a su favor, *opciones de compra* o *documento fehaciente* suscrito por los titulares de los terrenos autorizando su disposición” (art. 23), añadiendo que a las solicitudes que han de promover la actuación administrativa para iniciar el expediente se acompañarán, por duplicado, declaraciones y documentos en los que se relacione el “*estado y situación jurídica* de los terrenos, indicando las *áreas propias, aportadas, de posible expropiación*, propiedades públicas, servidumbres, etc. (art. 25, c).

Por si aún fuera poco, el modelo oficial 8-1, entre los datos que al iniciarse el expediente se deben someter a información pública, relaciona éstos: Terrenos y hectáreas “*en propiedad*”, *en aportación*, *en trámite de adquisición*, *en solicitud de uso y disfrute*, *en posible expropiación*.

Tratemos de poner un poco de sistema en la terminología confusa del ordenamiento legal.

Antes de nada hay que dar al término disposición, que dicho ordenamiento emplea, su pleno alcance civil. Sea o no el promotor titular de los terrenos, los que verdaderamente lo sean y de una forma u otra los ofrezcan para delimitar con ellos un Centro, han de tener el “*ius disponendi*” sobre los mismos. La titularidad, por consiguiente, sobre tales terrenos ha de ser plena. Un usufructuario, por ejemplo, no tiene titularidad bastante para hacer el ofrecimiento, puesto que sólo tiene un “*ius utendi et fruendi*” sobre la finca. Tampoco lo tiene el fiduciario, puro o condicional, ni el dueño a título sucesorio o por donación afectado por prohibiciones reales de enajenar. Esto no quiere decir que las fincas que a los mismos pertenecen no pueden quedar integradas en un Centro turístico. La fórmula de la expropiación, autorizada por la Ley, y luego tan discutida ante el temor de abusos especulativos, será muy útil, como luego vamos a tener ocasión de considerar, para resolver el problema.

Supuesto el “*ius disponendi*” de los que —promotores o no— ofrecen los terrenos, es el promotor, precisamente, el que ha de acreditar su disponibilidad. Esta disponibilidad de que habla el legislador es distinta del “*ius disponendi*” que corresponde al dominio pleno de

las fincas de los interesados. En ningún momento ha pretendido el legislador que los cien mil metros cuadrados de suelo turístico pertenezcan en pleno dominio a una sola persona natural o jurídica, ni siquiera que el promotor acredite un derecho que le permita "ad libitum" adquirir tal superficie, o la que aún no tenga de su patrimonio, para completar el mínimo exigido por la Ley. La propiedad privada sigue siendo pieza fundamental de nuestro Derecho y de nuestra economía. Por eso basta que el promotor acredite, con respecto a las áreas aportadas por los demás propietarios, que tales propietarios le facultan no para disponer de las mismas, como pudiera seguirse de una interpretación superficial y a la letra del precepto, sino para ofrecerlos como integrantes de la superficie turística que ha de constituir el futuro Centro.

Para mí, pues, los términos "aportación", del artículo 25, c), del Reglamento y del Modelo 8-1, y "disponibilidad" del artículo 7, 3b), de la Ley, y 23, b), de su Reglamento, son equivalentes. La "aportación" no es "aportación" a sociedad. La "disponibilidad" no es "ius disponendi". Aportación y disponibilidad tienen aquí un valor propio y sobreentendido, aunque en técnica civil mal expresado. Aportación y disponibilidad, en el ordenamiento jurídico-turístico-positivo, son el anverso y el reverso, es decir, desde el lado de los propietarios incluidos en el futuro Centro, y desde el lado del promotor, de la autorización que aquéllos conceden y de la que éste queda investido para ofrecer tales terrenos con el fin indicado: declaración de toda la superficie como Centro de Interés Turístico Nacional.

El Modelo 8-1 habla de terrenos que el promotor tenga en trámite de adquisición. Bajo esta rúbrica pueden comprenderse conceptos muy distintos, como, por ejemplo: los que se hallen pendientes de subasta judicial y administrativa, en los que sea licitador o rematante; los que a título de herencia vaya a adquirir a término conocido, o aquellos sobre los cuales, ya en su patrimonio, vaya a tener en plazo próximo a cumplirse el "ius disponendi".

El legislador ha querido fijarse en un supuesto concreto, el de las opciones de compra, que, ciertamente, implican una adquisición en trámite, ya que por el juego de las mismas el titular de la opción puede convertirse, previo cumplimiento de lo pactado, en pleno titular de la finca.

También se refiere el ordenamiento turístico inmobiliario a otro tipo de titularidad en trámite, iniciado o a iniciar. Me refiero a las solicitudes de uso y disfrute de que habla el modelo 8-1, y que se relaciona, indudablemente, con las propiedades públicas enclavadas en el área turística del futuro Centro, y que han de especificarse en uno de los documentos que por duplicado han de unirse a la solicitud inicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 25, c), del Reglamento.

Siendo inalienable, salvo desafectación previa, el dominio público, la única posibilidad, como indicábamos al principio, de salvar la continuidad geográfica del Centro consiste en la concesión adminis-

trativa del uso y disfrute de tales propiedades públicas. Este supuesto se halla previsto de una forma obsesiva por el legislador. Así, el Modelo 8-1 dice que “en el caso de solicitar los derechos de uso y disfrute deberá concretarse el organismo afectado, el destino actual de los terrenos, la finalidad de dedicación y, en su caso, las condiciones ofrecidas para la concesión”. Por su parte, el artículo 17 de la Ley preceptúa que uno de los efectos de la declaración de interés turístico nacional es el otorgamiento de las autorizaciones que procedan —y que según sea o no por motivos o para fines turísticos concederá el Ministerio de Información y Turismo, o, previo informe de éste, el órgano administrativo competente— en relación con los derechos de uso y disfrute, y en la forma que proceda, de los bienes de dominio público del Estado y de las Corporaciones locales.

Nos queda por examinar la posible futura titularidad que puede corresponder al que promueva el expediente, como consecuencia de expropiación.

Los comentarios a la Ley se mostraron adversos al instituto por no creerlo adecuado al ámbito turístico. No fue ajena a esta preocupación la Orden ministerial, ya derogada, de 21 de enero de 1964, ni lo es tampoco la aclaración del Modelo 8-1 conforme a la cual “en caso de terrenos de posible expropiación, ésta se entenderá en las condiciones del artículo 87, apartado F), del Reglamento”.

Creemos que la interpretación no es correcta, y que son infundados los temores que han dado origen a la misma.

Es incorrecta la interpretación porque el artículo 87, F), del Reglamento no hace otra cosa que reproducir el artículo 21, letra F, de la Ley, y porque ambos establecen que la declaración de interés turístico podrá llevar aparejada, previa su solicitud, la “enajenación forzosa” (hay que entender a favor del promotor) en la forma autorizada por el capítulo 1.º del Título IV de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de los terrenos cuyos propietarios no hubiesen emprendido o seguido a ritmo normal las obras necesarias para su utilización conforme al Plan de Ordenación”.

Ambos preceptos se refieren, pues, a los propietarios de terrenos que autorizaron al promotor para integrar sus fincas en el Centro y que después no cumplen lo dispuesto con el plan de ordenación urbana aprobado por el Ministerio de la Vivienda. Tales fincas ya fueron contabilizadas en la fase inicial del expediente como integrantes del Centro y sumada su superficie como de la “disponibilidad” del promotor.

Los terrenos de posible expropiación de que habla el artículo 25, C), del Reglamento y de los que, en su caso, puede disponer el promotor, como aclara el artículo 73, B), de la Ley, han de ser forzosamente otros, y por eso van a la información pública que recoge el modelo 8-1, para que los posibles afectados puedan formular oposición al expediente.

La fórmula de que los terrenos “de posible expropiación” a que alude el Reglamento (25, C) son aquellos que pueden quedar inte-

grados en Zonas Turísticas, no es convincente, no sólo porque donde la Ley no distingue no podemos distinguir, sino porque precisamente el modelo 8-1 se refiere a los Centros y no a las Zonas de interés turístico nacional.

A mi juicio, si se conjugan estos preceptos con la frase inicial del apartado E) del artículo 25: "Estado y situación jurídica de los terrenos", tendremos la solución del enigma: posibilidad de expropiar fincas o derechos que recaigan sobre fincas cuyos titulares, por carecer del "ius disponendi", quieran, pero no puedan, por obstáculos de carácter civil, conceder al promotor la "disponibilidad" que la propia Ley exige.

Finalmente, queda por examinar otro supuesto de disponibilidad futura de los terrenos: aquel en que el promotor es una sociedad, civil o mercantil, a la que tales terrenos se aportan, pero sujetando su perfección, como condición suspensiva, al hecho de que efectivamente recaiga la declaración administrativa de Interés Turístico Nacional. El obstáculo que puede derivarse de la circunstancia, tratándose de sociedades mercantiles, de que la inscripción sea constitutiva para la personalidad jurídica, que requiere el modelo 8-1, se soslaya al amparo de la propia aclaración que dicho modelo contiene. La personalidad dimana de la inscripción en el Registro Mercantil, pero ésta sólo se exige cuando la constitución sea anterior a la fecha de la solicitud. Por tanto, si con carácter simultáneo, incluso en el propio documento fundacional, se constituye la sociedad, condicionada en su perfeccionamiento a la declaración, y por ello no inscribible mientras la misma no se obtenga y se inicie el expediente, no habrá problema de ninguna clase para que la solicitud sea admitida.

II

PROBLEMAS DE ESCRITURACION

El legislador, confundiendo el continente con el contenido, identifica el título con el documento en que aquél se formaliza. Yo soy dueño de una finca por título de compra, y acredito mi titularidad con la escritura pública correspondiente. De aquí que cuando el ordenamiento prescribe la presentación de los títulos de propiedad, opciones de compra o documento fehaciente suscritos por los titulares de los terrenos autorizando su aportación, en realidad lo que ha querido decir es que el promotor debe unir a la solicitud inicial los documentos acreditativos de su titularidad dominical, de su derecho de opción de compra o de las facultades que a los fines del expediente le han concedido los propietarios que tienen interés positivo en su tramitación.

Analicemos con detalle estos documentos:

TÍTULOS DE PROPIEDAD: Es verdad que en nuestro Derecho rige, con excepciones, naturalmente, el principio espiritualista en la con-

tratación, y que desde el punto de vista inmobiliario la inscripción en el Registro de la Propiedad, también con señaladas excepciones, no es constitutiva, sino meramente declarativa.

Ello no obstante, creemos que los títulos de propiedad, para ser admitidos como acompañantes de la solicitud inicial del expediente, deberán ser de carácter público y estar inscritos en el Registro de la Propiedad. Una titulación que no se acoge al sistema de protección que el ordenamiento brinda no debe ser admitida por la propia Administración, que ha de operar, en materia tan delicada, sobre situaciones jurídicas seguras, en evitación de reclamaciones posteriores instadas y hechas valer judicialmente por los legítimos titulares de los inmuebles "aportados".

Cuando las escrituras públicas hagan referencia a fines que por sus linderos denoten su enclave o proximidad a bienes de dominio público, en especial a la zona marítimo-terrestre, a ríos o lagos, o a montes públicos, el examen de la documentación debe ser muy riguroso. El incremento de valor de estas áreas ha hecho figurar como de propiedad privada fincas que en realidad son de dominio público, cuyo carácter no han perdido, a pesar de las escrituras que puedan existir a favor de los promotores o aportantes, e incluso de su inscripción en el Registro de la Propiedad, pues "la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes" (art. 33 Ley Hipotecaria), y además, como antes dijimos, los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles.

Conviene, pues, en tales casos, evacuar una consulta en el organismo administrativo bajo cuya competencia se hallen los bienes que pudieran estar afectados por dicha documentación, a fin de no operar sobre datos irreales.

Es muy importante que la Administración conozca las cargas que pesan sobre los inmuebles. Al estado de cargas quiere sin duda referirse el legislador cuando habla de "estado y situación jurídica de los terrenos". No debe olvidarse que, como consecuencia del plan de ordenación urbana del Centro, pueden desaparecer determinadas servidumbres establecidas a favor de predios que quedan fuera del polígono geográfico de interés turístico, y que de ser necesario, en aplicación de dicho plan, un solar edificable puede transformarse en zona verde, o dedicarse a calle, en cuyos supuestos la hipoteca constituida sobre el mismo carece de valor por pérdida de su objeto.

Sólo si la Administración conoce tales cargas podrá prever y ordenar, si el promotor no lo hubiera previsto de acuerdo con los interesados, la forma de extinguir aquéllas sin daño económico para éstos. Por tanto, creemos que al escrito inicial debe acompañarse certificación del estado de cargas que refleje el Registro.

OPCIONES DE COMPRA: A mi juicio, en un régimen civil como el nuestro de "numerus apertus" en materia de "ius in re aliena", la opción puede configurarse como un derecho real de adquisición de contenido semejante al tanteo y al retracto legales.

Nuestro ordenamiento hipotecario, recogiendo la tesis del "nume-

rus apertus”; “otros cualesquiera reales” del artículo 2.º, 2, de la Ley Hipotecaria, “títulos... de trascendencia real... sin tener nombre propio en derecho” (art. 7 del Reglamento), autoriza el acceso al Registro del artículo 14 del Reglamento del “contrato de opción de compra o del pacto o estipulación expresa que lo determine en cualquier otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes: 1) convenio expreso de las partes para que se inscriba; 2) precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que hubieren convenido para ejercer la opción; 3) plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En el arriendo con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento”.

Las partes pueden, pues, configurar a su arbitrio el derecho de opción como un derecho obligacional o real, y para mí está claro que sólo el documento público en que se estipule una opción como el “*ius in re aliena*”, como derecho real de adquisición, con validez y eficacia “*erga omnes*”, debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, es admisible para iniciar el expediente administrativo de declaración de interés turístico.

El Notario que autorice la escritura de opción de compra, si conoce la finalidad de la misma, deberá instruir a las partes sobre la conveniencia de configurarla como un derecho real.

DOCUMENTO FEHACIENTE DE AUTORIZACIÓN: Sin duda, el poder constituye el negocio jurídico de autorización por excelencia. El “*dominus negotii*” faculta a otra persona, el apoderado, y en este caso el promotor, para que ofrezca sus bienes como integrantes del futuro “Centro”.

Pero no olvidemos que el poder es revocable y que esta revocabilidad puede producirse en cualquier momento. La Administración, por su parte, no puede estar a merced —ni los demás interesados tampoco— de los cambios de voluntad e interés de cualquiera de los poderdantes.

Se impone, por tanto, en evitación de dudas, y echando mano de las sentencias del T. S. que admiten que el poder dado no sólo en interés del poderdante, sino del propio apoderado o de terceros, sea irrevocable, que en la escritura en que dicho poder se formalice, la concesión de facultades quede especificada de modo indubitable e incluso se diga que el poder, por razón de los fines que motivan su otorgamiento, es irrevocable hasta que el expediente haya terminado, bien porque se desestime la pretensión o bien porque se haya obtenido la declaración pretendida.

El documento fehaciente de que habla el Reglamento puede ser y es aconsejable que sea una escritura pública en la que los propietarios de los terrenos ofrecidos, y que se vinculan con el promotor, describan de una manera clara en la parte expositiva las fincas que les pertenecen, la colindancia, en su caso, entre las mismas, las cargas que gra-

viten sobre ellas y las inscripciones en el Registro de la Propiedad, y en la parte dispositiva que las ofrecen con el fin de integrar el Centro de interés turístico, cuya declaración trata de conseguirse, previa la solicitud y el expediente que preceptúa el ordenamiento jurídico, y que sólo con tal objeto aceptan de antemano las normas subsidiarias y complementarias de planeamiento o de restricción o suspensión de edificaciones que pueda acordar, al iniciarse el expediente, el Ministerio de la vivienda, de conformidad con la Ley del Suelo (art. 8 Ley y 27 Reglamento), comprometiéndose a realizar las obras necesarias para la utilización de sus terrenos, conforme a lo ordenado en el plan, en el plazo de dos años subsiguientes a su aprobación (art. 87, 2f. del Reglamento).

Finalmente, la escritura deberá autorizar al promotor para, con el carácter irrevocable que indicamos, hacer el ofrecimiento de las fincas en los términos convenidos.

Ni que decir tiene que el otorgamiento de la escritura debe ir precedido de un convenio equitativo que prevea el resarcimiento económico de los propietarios que, como resultado del plan, pierdan sus terrenos o solares, o deban realizar obras necesarias al Centro, pero sin valor lucrativo inmediato. El estudio de esta Cámara privada de compensación debe realizarse con suma escrupulosidad en evitación de posibles contiendas y litigios, que en última instancia podrían salvarse por vía de expropiación o enajenación forzosa tal y como establece el Reglamento en su artículo 87, 2f, remitiéndose al capítulo 1.º, Título III de la Ley del Suelo.

No cabe plantearse el tema de si por documento fehaciente ha de entenderse o no el documento privado de que habla el artículo 1.227 del C. c. Únicamente la fecha del documento privado en que concurra alguna de las circunstancias que dicho precepto puntualiza "se contará respecto de terceros". Es decir, que su fehaciencia se refiere al día y no al contenido del documento. Sólo los documentos públicos son en su totalidad fehacientes y, como indica el artículo 1.218 del C. c., "hacen prueba, aun contra terceros, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste".

Hasta aquí hemos considerado algunos problemas de escrituración relacionados con títulos cuyos documentos han de presentarse acompañando a la solicitud inicial invitando a la Administración para promover el expediente.

Interesa ahora examinar otros problemas que pueden plantearse, una vez iniciado dicho expediente, con la declaración solicitada, con respecto a las fincas incluidas en el área geográfica legalmente considerada como suelo turístico.

En primer lugar, y dimanado de la propia declaración administrativa, puede surgir un derecho de uso y disfrute sobre bienes de dominio público, que debe configurarse como un derecho de superficie, que ha de formalizarse "ad substantiam" en escritura pública y ha de inscribirse, con carácter constitutivo, en el Registro de la Propiedad.

Así resulta de conjugar los preceptos del Derecho general del

Suelo con los del ordenamiento turístico inmobiliario. En efecto, entre los terrenos que pueden ofrecerse por el promotor como integrantes del Centro se hallan aquellos cuyo uso y disfrute solicite, haya o no realizado esta solicitud en la fecha de iniciación del expediente. En los documentos que para promoverlo es preciso presentar deben especificarse las "propiedades públicas" (art. 25, c) a que se refiere dicha solicitud de uso y disfrute. La declaración de interés turístico nacional lleva consigo el otorgamiento de tales derechos de uso y disfrute, y en la forma que proceda, de los bienes de dominio público (arts. 17 d) y 21 c) de la Ley.

"La forma que proceda" está perfilada por la propia Ley (artículo 21, c), párrafo 2), que exceptúa la concesión del trámite de la subasta fijándose el precio o canon a satisfacer por el jurado provincial de expropiación, y por los artículos 157 y siguientes de la Ley del Suelo, que configuran este derecho de uso y disfrute, como un derecho de superficie, es decir, como un auténtico derecho real administrativo.

Así, el artículo 157 dice que "El Estado, las entidades locales y las demás personas públicas, podrán constituir el derecho de superficie del suelo de su pertenencia, con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los planes de ordenación, *el dominio* de los cuales corresponde al superficiario.

Desde el punto de vista notarial, interesa saber que "en todo caso la constitución del derecho de superficie sobre propiedades públicas" deberá ser formalizado en escritura pública, y como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad."

La fórmula arbitrada por el legislador es generosa y merece aplausos. Su examen nos llevaría muy lejos, pero interesa aquí hacer algunas observaciones de principio con respecto a la misma:

1) Mediante ella se armoniza la inalienabilidad del dominio público con su aprovechamiento por los particulares.

2) Responde a una inquietud social y "social" que ha reivindicado la importancia del derecho de superficie, postergado y aun eliminado por las legislaciones inspiradas en el liberalismo de la Revolución francesa.

3) Anuda con los orígenes del "ius superficiei" que tuvo su arranque en el Derecho público, como demostró hace años Degenkobe en su monografía "Platzrecht und Miehthe".

4) Acepta frente a las tesis del "ius in re aliena", defendida por Jerónimo González y Fernández de Velasco, y la del dominio dividido, sustentada por Morell, Uriarte Berasategui y Ossorio Morales, en base del artículo 1.611 del C. c., la de la propiedad plena, a la que se suman Dalmases y Bonet.

Para mí, el derecho de superficie que regula la Ley del Suelo, y al que además del mencionado artículo 1.611 del C. c. aluden los artículos 107, 5.º, de la Ley Hipotecaria y el 16, 2.º, del vigente Reglamento Hipotecario, es un derecho de propiedad "ad tempus", pues "no podrá exceder de cincuenta años" (art. 160, 1.º, de la Ley del Suelo).

La escritura de constitución de este aprovechamiento configurado como "ius superficiesi" recaerá fundamentalmente, y dado el enclave habitual del suelo turístico, sobre la zona marítimo-terrestre o sobre montes públicos.

La parte expositiva del instrumento hará referencia a las órdenes ministeriales por las que se declara de interés turístico nacional y se hizo la concesión, y describirá, delimitándolo, con todos los requisitos de los artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y 2 y 51 de su Reglamento, y sin olvidar, claro es, la medida superficial, que aquí es un dato necesario y no potestativo, el área deslindada del inmueble de dominio público sobre la cual se constituye el derecho de superficie.

En la parte dispositiva se establecerá, de acuerdo con lo aprobado en el expediente y lo prevenido en el artículo 157, 3), de la Ley del Suelo: *a*) el plazo de la concesión, que no podrá exceder de cincuenta años; *b*) la contraprestación estipulada (si la concesión se constituyera a título oneroso) y que podrá consistir en una suma alzada, en un canon periódico, en la reversión de lo edificado, sin derecho a indemnización o en varias de estas modalidades a la vez; *c*) el plazo para construir no podrá exceder de cinco años; *d*) la posibilidad de transmitir y gravar el derecho de superficie con las limitaciones que, en su caso, se acordaran, y en todo evento —y salvo pacto en contrario— la necesidad de autorización de la persona de Derecho público propietaria del suelo, para que los negocios jurídicos de disposición o gravamen puedan verificarse por el superficiario, en tanto no haya realizado la mitad de la construcción; *e*) los supuestos de extinción del derecho de superficie y reversión, en su caso, de lo edificado, por transcurso del plazo de la concesión, por no terminar la construcción en el término fijado; *f*) la reversión de lo construido y la indemnización que en su caso y según las circunstancias deba satisfacerse al superficiario.

Como el derecho de superficie es susceptible de enajenación y gravamen, una vez constituido en escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad, podrá dar origen a nuevos instrumentos públicos: aquellos en que el superficiario disponga o grave su derecho.

Las escrituras de enajenación deberán tener en cuenta las limitaciones que para las mismas se hubieren convenido en la escritura de constitución y entre ellas, cuando fuera preciso, la autorización del propietario del suelo. Por supuesto, creemos que al derecho de superficie sobre bienes de dominio público, y sin perjuicio de tales limitaciones, se aplican las normas sobre enajenación forzosa contenidas en los artículos 142 y siguientes de la Ley del Suelo, si bien el plazo para la ejecución de las obras, cuyo transcurso puede colocar al derecho de superficie en la situación aludida será solamente el de dos años (art. 87, 3^o, del Reglamento).

Las escrituras de gravamen y especialmente aquellas por las cuales se constituya sobre el "ius superficiesi" del derecho real de hipoteca están especialmente previstas por el artículo 157, párrafo 2.º, de la Ley del Suelo, así como por el artículo 107, 5.º, de la Ley Hipoteca-

ria. Algún problema, sin embargo, plantean estas escrituras si el préstamo a garantizar ha de ser concedido por el Banco Hipotecario de España o el Banco de Crédito a la construcción. Aun cuando el primero está especialmente autorizado (O. M. de 3 de julio de 1964) para hacer préstamos a las personas naturales o jurídicas de nacionalidad española que realicen obras o actividades relacionadas con el turismo en los "Centros" o "Zonas", ello no quiere decir que los bienes hipotecados sean precisamente todos o parte de los terrenos incluidos en aquéllos, ni mucho menos que puedan facilitar el dinero con la garantía del derecho de superficie, ya que estatutariamente se exige que los titulares de los inmuebles gravados lo sean en dominio pleno.

En la práctica, he tenido serias dificultades de tramitación en tales establecimientos bancarios para conseguir préstamos con la garantía del derecho de superficie que en el fondo corresponde a los edificios construidos para Colegios Mayores en la Ciudad Universitaria de Madrid, y que en realidad son concesiones administrativas por las que se adquiere dominio temporal del suelo por cincuenta años, con derecho a indemnización del valor de lo edificado al extinguirse la propiedad. Al fin, y con la tesis de la propiedad "ad tempus", afectando, como subrogada la indemnización en los términos del artículo 110, número 2, de la Ley Hipotecaria, tal y como además reconoce el artículo 160, 3, de la Ley del Suelo ("indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca"), y ello a pesar de que esta afectación subrogada se produce de pleno derecho, conseguir formalizar la escritura e inscribir en el Registro. Pero sería conveniente que el legislador, con carácter general, aclarase estos supuestos evitando que mientras por una parte estimula las construcciones escolares, sociales o turísticas, otorgando préstamos, después, la misma Administración, por la forma con que realiza ciertas concesiones, impida o dificulte que tales préstamos lleguen a aquellos a los cuales se destinan.

Párrafo aparte, en este orden de cosas, merece la circunstancia de que los préstamos autorizados por la Orden del Ministerio de Hacienda de 14 de abril de 1964 (compromiso de venta a persona extranjera) no podrán garantizarse con el derecho de superficie cuando éste recaiga sobre los bienes de dominio público, toda vez que la hipoteca ha de constituirse tomando el valor conjunto del solar y de la edificación, y aquél, dada su calificación jurídica, es inalienable. Sólo en el caso de derecho de superficie constituido sobre los solares de propiedad privada podrá autorizarse la escritura de préstamo facilitado por el Banco Hipotecario de España. En tal supuesto, habrá de hipotecarse el suelo y el derecho de superficie, sin que, a mi juicio, sea necesario distribuir entre ambos la responsabilidad hipotecaria, como exige el artículo 216 del Reglamento y parece insinuar el número 4 del artículo 160 de la Ley del Suelo, bastando la constitución de una sola hipoteca sobre ambos derechos, si se acuerda por los

titulares respectivos y lo exige el Banco Hipotecario, de conformidad con cuanto autoriza el artículo 217 del Reglamento Hipotecario.

* * *

Analizadas las escrituras en que el derecho de superficie se utiliza como fórmula jurídico-privada de aprovechamiento de bienes de dominio público con enclave en suelo declarado administrativamente como turístico, conviene examinar otras modalidades del instrumento público, y entre ellas, las siguientes:

- A) Ventas de fincas en áreas turísticas.
- B) Ventas a extranjeros.

A) *Ventas de fincas en área turística.*

Un área es provisionalmente turística desde que se inicia el expediente para su declaración. A partir de ese momento los negocios dispositivos del titular de fincas enclavadas en la circunscripción deben ser objeto de especial cuidado. En la parte expositiva de la escritura el titular exponente debe hacer referencia a dicha iniciación, así como a sus consecuencias legales y muy en especial a la circunstancia de que por el Ministerio de la Vivienda se haya dictado o pueda dictarse, a instancia del Ministerio de Información y Turismo, orden por la cual durante el plazo máximo de seis meses, y de conformidad con la Ley del Suelo, "se restrinja o suspenda la edificación" (art. 8 de la Ley y 27 de su Reglamento).

Una vez declarada el área como turística, el Notario deberá observar lo preceptuado en el Derecho general del suelo y en el Ordenamiento turístico inmobiliario. De acuerdo con aquél, y teniendo en cuenta que existe un plan de ordenación urbana para el Centro o Zona, "redactado de acuerdo con la Ley del Suelo" (art. 42 del Reglamento), deberá observarse lo prevenido en el artículo 50 de la misma, conforme al cual: "el que enajenare *terrenos no susceptibles de edificación*, según el plan, o *edificios fuera de ordenación*, deberá hacer constar expresamente estas calificaciones en el correspondiente título de enajenación. En las enajenaciones de terrenos de urbanizaciones particulares deberá hacerse constar la fecha de la aprobación de la misma y las cláusulas que se refieran a la disposición de las parcelas y compromisos con los adquirentes. En los actos de *enajenación de terrenos en proceso de urbanización* deberán consignarse los compromisos que el propietario hubiere asumido en orden a la misma y cuyo cumplimiento esté pendiente.

La infracción de cualquiera de estas disposiciones facultará al adquirente para resolver el contrato en el plazo de un año, a contar de la fecha de su otorgamiento, y a exigir la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado". El derecho que el artículo 50 de la Ley del Suelo concede al adquirente es un desarrollo especializado de la norma contenida en el artículo 1.483 del C. c.

Conforme a la Ley mencionada, el Notario, para autorizar escrituras en que se parcelen o reparcelen, por vía de división, segregación o agrupación, fincas incluidas en área turística, deberá exigir y testimoniar la licencia administrativa oportuna, único modo de que se respete el plan de ordenación urbana y de no llamar a engaño al que adquiera una finca en ese otorgamiento o en otro posterior. Igualmente, y en el caso de que llegara a perfilarse con tal autorización, en su caso, una parcela con la superficie mínima para construir, exigida por el plan de ordenación urbana, el Notario deberá hacer constar al describirla su cualidad de "indivisible" (arts. 70 y 78 de la Ley del Suelo).

En todo caso, la enajenación de fincas incluidas en área turística no modificará la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes que les afecten como consecuencia del plan, quedando el adquirente subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en los compromisos que hubiere adquirido con las corporaciones públicas respecto a la urbanización y edificación (art. 71 de la Ley del Suelo), hasta el punto de que, como ya indicamos, el hecho de no emprender o seguir a ritmo normal las obras necesarias para la utilización del área podrá conducir a la enajenación forzosa de las fincas (art. 87, 2 f) del Reglamento).

De aquí que el artículo 74 de dicho Reglamento preceptúe que "en los otorgamientos de escrituras públicas de enajenación, adquisición o cesión de bienes y derechos relativos a fincas rústicas o urbanas enclavadas en un Centro o Zona, los Notarios... harán constar expresamente que dichos bienes o derechos están sujetos a las limitaciones y beneficios que comporta tal declaración".

B) *Enajenaciones a extranjeros.*

Las exigencias apuntadas son universales y se habrán de tener en cuenta sin acepción de personas. Pero cuando el adquirente de una finca enclavada en área turística sea extranjero habrá que observar otro tipo de disposiciones.

Si el extranjero no reside en España, como es muy frecuente en las compras de solares o pisos en dichas áreas, el Notario deberá exigir que se acredite la procedencia del dinero invertido en la adquisición mediante la certificación librada por el Instituto Español de Moneda Extranjera o por la Banca delegada, en la que se haga constar la divisa convertida en las pesetas que se abonan como precio.

Si además la finca, derecho real inmobiliario o concesión administrativa objeto del contrato, se encuentra en alguna de las áreas previstas por el Ministerio del Ejército como estratégicas o de interés militar en la Ley de 23 de octubre de 1935 y Decretos de 28 de febrero de 1936 y 8 de junio de 1956, sean rústicas o urbanas (Orden de 21 de agosto de 1962), el Notario deberá hacer constar que estando la finca incluida en área declarada de interés turístico, la enajenación o trans-

misión hereditaria se halla autorizada por los apartados de los artículos 17 c) de la Ley de 28 de diciembre de 1963 y 62 e) del Reglamento de 23 de diciembre de 1964.

El Notario dará cuenta al Ministerio del Ejército, mediante oficio, de este cambio de titularidad y de la autorización administrativa que lleva consigo, para realizarla, aquella declaración. En la matriz se dejará nota con media firma de la remisión de este oficio.

El ordenamiento turístico inmobiliario ha sido sumamente respetuoso con el ramo concurrente de la Administración en este aspecto, ya que, conforme a la Ley de 23 de octubre de 1935, la autorización para el cambio de titularidad no era necesaria cuando la finca objeto de la transmisión o sobre la cual recaía el derecho real o la concesión administrativa estaba en "zonas urbanas" y es claro que esta calificación corresponde a las áreas turísticas sujetas a un plan de ordenación urbana elaborado por el Ministerio de la Vivienda, aun cuando geográficamente se hallen situadas en Baleares, Estrecho de Gibraltar, Galicia e incluso en 25 kilómetros al interior del litoral.

En términos semejantes procederá el Notario con respecto a las escrituras de transmisión de fincas rústicas con extensión superior a la determinada en la Ley de 22 de marzo de 1962 (4 Ha. de regadío o 20 de secano) o de constitución o cambio de titularidad de derechos reales sobre las mismas, pero dando cuenta en este caso a la Presidencia del Gobierno.

Un problema interesante es el planteado por la Ley de 12 de mayo de 1960 y el D.-Ley de 23 de marzo de 1962, que hacen constitutiva la inscripción en el Registro de la Propiedad de los cambios de titularidad sobre las fincas a que nos venimos refiriendo, de tal foma que el negocio dispositivo no se perfecciona hasta que en el mencionado Registro se practique el asiento de inscripción, aunque éste retrotraiga sus efectos a la fecha de presentación en el libro diario.

En el preámbulo de la primera de las disposiciones citadas se dice que el objeto perseguido por la inscripción constitutiva es hacer más fácil a las autoridades correspondientes el ejercicio de su control sobre los actos de dominio prevenidos en la legislación militar específica, y hoy está claro que este control ya se ejerce, una vez publicados la Ley de 28 de diciembre de 1963 y el Decreto de 23 de diciembre de 1964, tanto por lo que hace referencia a las fincas situadas en zonas estratégicas como a las de carácter rústico, con la declaración de Interés Turístico Nacional, cuya competencia corresponde al Consejo de Ministros, y con las comunicaciones que los Notarios autorizantes de las escrituras han de remitir al Ministerio del Ejército y a la Presidencia del Gobierno.

Ello, no obstante, en tema tan vidrioso y a falta de una derogación expresa que ponga en juego el derecho general sobre la inscripción meramente declarativa, debe conseguirse tal inscripción en el Registro de la Propiedad, teniendo presente para el otorgamiento de las escrituras que los Notarios no admitirán como antetítulo de los

documentos que preparen aquellos otros en que consten actos y contratos no inscritos en el Registro de la Propiedad, salvo que sean necesarios para lograr la inscripción previa, debiendo consignar, en todo caso, en los documentos que autoricen los datos relativos al asiento registral en vigor (art. 4 de la Ley de 23 de marzo de 1962).

Supuesto especial y muy interesante en esta materia es el planteado por los apátridas. Estos no son extranjeros, pero tampoco españoles. Conforme a los convenios suscritos por España, a los apátridas debe aplicarse la ley de su domicilio. Ello, no obstante, y en evitación de complicaciones, aconsejamos, aunque no lo consideremos imprescindible, el estricto cumplimiento del Decreto de 22 de febrero de 1957 para la aplicación a los mismos de los beneficios de la legislación de arrendamientos urbanos que exige haber obtenido dicha calificación de apátrida de la Comisión Interministerial que el propio Decreto crea.

Finalmente, en las escrituras de constitución o ampliación de Sociedades que tengan por objeto directo y exclusivo la inversión en obras, construcciones, instalaciones, servicios o actividades relacionadas con el turismo, adquisición de terrenos comprendidos en el plan de ordenación urbana y declaraciones de obra nueva, bonificados con el 50 por 100 del impuesto sobre transmisión de bienes y actos jurídicos documentados (art. 21 de la Ley y 87 del Reglamento) es aconsejable, de acuerdo con la necesidad de solicitud expresa al presentar el documento en la oficina liquidadora, que previene la Orden del Ministerio de Hacienda de 27 de marzo de 1965, que dicha solicitud se haga en los instrumentos públicos con la fórmula acostumbrada: "se solicitan los beneficios fiscales de los artículos 21 a) y 87 a) de la Ley y Reglamento de Centros y Zonas de Interés Turístico.

IV

SERVIDUMBRES

La declaración de un área territorial como turística plantea una serie de problemas que se relacionan con las servidumbres, tanto voluntarias como legales, de interés privado o de utilidad pública —según la terminología de los artículos 536 y 549 del C. c.— ya existentes o a establecer, sobre o a favor de fincas enclavadas dentro o fuera de dicha área.

Tales problemas son extraordinariamente complejos, y para abordarlos con un tecnicismo jurídico propio tendríamos que partir de la distinción, ya perfilada por la doctrina, entre las limitaciones generales del dominio, que constituyen algo institucional y estatutario, ínsito en la propiedad misma, a la que no limita, sino que delimita; las servidumbres legales propiamente dichas, que son aquellas cuyo concepto puede obtenerse parafraseando el p.º 2.º del artículo 158 de la Ley Hipotecaria, diciendo que "las personas a cuyo favor se esta-

blece servidumbre legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una servidumbre especial suficiente para la finalidad prevista"; y las servidumbres voluntarias que, conforme al principio de autonomía de la voluntad imperante en nuestro Derecho de cosas, pueden constituir libremente los particulares.

Ni las limitaciones generales del dominio, como la llamada servidumbre natural en materia de aguas del artículo 552 del C. c., ni las servidumbres legales propiamente dichas, como la de paso del artículo 564 del mismo Código, tienen acceso al Registro de la Propiedad, como establece el núm. 3.º del artículo 5.º del Reglamento Hipotecario. Las primeras, por la misma razón que no se inscriben las facultades que integra el dominio y que el titular conserva en su patrimonio, y las segundas, porque su constitución es, a solicitud de parte, una obligación legal cuya publicidad, por ello mismo, es innecesaria a los efectos del artículo 32 de la Ley Hipotecaria: "los títulos de ... derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos ... no perjudican a tercero".

Ello, no obstante, y siguiendo la pauta ofrecida por el ordenamiento turístico inmobiliario, ofrecemos un esquema de cuanto en el mismo se contiene sobre este punto:

A) *Servidumbres existentes.*

El artículo 25 del Reglamento y el modelo 8-1 establecen, entre los datos que han de ofrecerse a información pública al iniciarse el expediente, las servidumbres que existan, especificándolas en el plano de delimitación del área.

Estas servidumbres, si son voluntarias pueden tener un contenido variables, debiendo remitirse para su conocimiento exacto al título constitutivo. Si son de carácter legal y de interés privado pueden ser cualesquiera de las que, mereciendo dicha calificación, regula el Código civil: de aguas, de paso, de luces y vistas, etc., cuyo contenido se regula por las disposiciones que el mismo Código dicta sobre la materia "sin perjuicio, dice el artículo 551, de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales o locales sobre policía urbana o rural". Finalmente, si se trata de servidumbres públicas, es decir, de servidumbres legales "establecidas para utilidad pública o comunal", como reza el artículo 550, "habrá que atenerse a las leyes y reglamentos especiales que las determinan".

Entre estas servidumbres públicas es necesario precisar, conforme a lo ordenado en el artículo 25 del Reglamento de 23 de diciembre de 1963:

a) La de tres metros, impuesta a favor de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento a las riberas de los ríos en general, y la de camino de sirga, que afecta a las riberas de los ríos navegables y flotables, de un metro para peatones y dos para caballerías (art. 553 del C. c. y art. 36 de la Ley de Aguas).

b) Las marítimas, que a partir de la zona marítimo-terrestre: 1) impide todo género de plantaciones en una franja de seis metros; 2) y gravan en veinte metros a todas las fincas en favor del salvamento, pudiendo admitirse plantaciones que no le impidan (Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, arts. 7 y 8).

c) Los de aeropuertos, marcando la zona periférica de 300 metros, en los cuales no puede levantarse edificación o instalación que sea obstáculo para el vuelo o rodaje; y en su caso, la subperiférica, de 1.500 metros, en la cual tales construcciones o instalaciones deberán señalarse en la forma que se ordene (Ley 2 de noviembre de 1940).

d) La de zona polémica, impuesta en torno a las plazas y puntos fortificados, que puede llegar hasta los 400 metros (art. 589 del C. c. y Real Orden de 26 de febrero de 1913 y Decreto de 13 de febrero de 1936).

e) Las de paso de corriente eléctrica (Ley de 23 de marzo de 1900 y Reglamento de 27 de marzo de 1919).

f) Las reguladas últimamente en favor de teleféricos (Ley de 29 de abril de 1964); instalación, conservación, salvamento y paso sobre los terrenos necesarios en la zona de influencia con el requisito de la previa autorización para construir.

g) Las comprendidas en la zona de seguridad y protección radio-difusora, que regula la Ley de 26 de julio de 1934 y los Decretos de 22 de noviembre de 1935 y 20 de julio de 1954.

Precisadas las servidumbres existentes sobre las fincas que integran el área, se tendrán en cuenta al elaborar los planes de promoción turística y ordenación urbana (arts. 11 y 12 de la Ley y 38, 42 y 55 del Reglamento).

B) *Servidumbres a establecer.*

También entre los datos que han de ofrecerse a información pública han de figurar las servidumbres que habrán de crearse (art. 25 del Reglamento y modelo 8-1). Creemos que tales servidumbres son las que hayan de gravar a fincas que se hallen fuera del área turística, toda vez que el régimen de limitaciones que pueda en su día afectar a los predios que se encuentren incluidos en dicha área vendrá precisado en el estatuto u ordenanza que el artículo 12 [2 d) y 3 e)] de la Ley prevé como ingrediente necesario del plan de ordenación urbana.

Estas servidumbres pueden ser de paso rodado o de personas, de agua, en cualquiera de sus modalidades, como la de saneamiento, de electricidad, de comunicaciones telegráficas o telefónicas.

En relación con tales servidumbres a establecer, el promotor deberá presentar el documento acreditativo del acuerdo a que, en principio, ha llegado con los interesados, o instar la constitución forzosa de tales servidumbres, salvo el caso, como puede suceder con los accesos desde una carretera, de que la expropiación para un camino pú-

blico sea la fórmula más adecuada (y que puede solicitarse al iniciar el expediente, art. 25 del Reglamento).

C) *Aprovechamientos administrativos configurados como servidumbres personales o reales.*

Piénsese en los supuestos de servidumbres de pastos o leñas en montes públicos, o en los aprovechamientos de aguas públicas. Si ya existen, deben hacerse compatibles con el interés turístico, a cuyo fin se harán las correcciones necesarias en el plazo que se fije, o se procederá a su expropiación (art. 19 de la Ley y arts. 48, 51 y 85 del Reglamento.)

Por el contrario, si declarada un área de interés turístico, fueran a constituirse, será preceptivo el informe del Ministerio de Información y Turismo, y siendo éste desfavorable, el dictamen de la Comisión interministerial de Turismo y la aprobación por el Consejo de Ministros.

Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: I El adoptante

Por
FRANCISCO CASTRO LUCINI
Notario

SUMARIO: I. Requisitos de la adopción: su distinción.—1. Requisitos de fondo. A) Requisitos generales: *a)* Justos motivos para adoptar. *b)* Ventajas para el adoptado. *c)* Cuestión acerca de la exigencia de ambos requisitos en la vigente legislación española. *d)* Diferencia entre las edades de adoptante y adoptado. B) Requisitos relativos al adoptante: *e)* Hallarse en pleno uso de sus derechos civiles. *f)* Haber cumplido la edad de treinta y cinco años. *g)* Carencia de descendientes. *h)* Consentimiento del adoptante y, en su caso, de su cónyuge. C) Requisitos especiales del adoptante en la adopción plena: *i)* Estado civil del adoptante pleno. *j)* Otros requisitos.

I

REQUISITOS DE LA ADOPCION: SU DISTINCION

La adopción, como cualquier suceso que acontece en el mundo real, no puede tener su origen más que en dos clases de hechos: o en un hecho de la naturaleza o en un hecho del hombre. Descartado el primero como causa eficiente, esa actuación humana que determina su nacimiento podría ser indiferente o trascendente para el Derecho. En cuanto tenga trascendencia jurídica, puede tratarse de un acto o de un negocio jurídicos. Como no me propongo plantear el problema de la naturaleza jurídica de la adopción, no veo inconveniente en afirmar, como punto de partida, que es un negocio jurídico familiar y de formación sucesiva, solemne e irrevocable por el que, mediante la aprobación judicial y cumplimiento de los requisitos legales, una persona o ambos cónyuges conjuntamente adquieren la patria potestad respecto de otra o bien se establece solamente una relación de parentesco legal de la que se derivan relaciones recíprocas y análogas a las de paternidad y filiación naturales. En todo caso, se trata de un fenómeno que el Derecho valora y regula minuciosamente, estableciendo qué presupuestos han de tener lugar y qué requisitos han de cumplir las personas que pretendan llevarlo a cabo. Esta reglamentación se hace necesaria por las importantes consecuencias que se derivan de la adopción, con re-

percusiones incluso en el estado civil (1). No se puede dejar a los particulares absoluta libertad en esta materia, pues en ocasiones se valdrían de ella para conseguir fines distintos a los que inspiran la institución. En este punto más se puede pecar por defecto que por exceso, dejando lagunas legales y no concediendo el suficiente arbitrio judicial para llenarlas.

Algunos de estos requisitos que la Ley establece para la adopción se inspiran en el viejo principio "adoptio naturam imitatur" (2), como la diferencia de edades entre adoptante y adoptado. Otros, en consideraciones sociales o políticas, más o menos justificadas, como la exigencia de la misma nacionalidad a adoptante y adoptado.

La primera distinción que puede hacerse entre los requisitos de la adopción, consagrada explícita o implícitamente por las legislaciones, es la de requisitos de fondo y requisitos de forma. La utilidad de esta distinción se muestra singularmente en la sistemática, ya que, si bien no existe inconveniente en hablar de requisitos de fondo o materiales, sería quizá más exacto referirse al procedimiento a seguir para la adopción en lugar de hacerlo a los requisitos de forma (3). A su vez, dentro de los primeros, pueden diferenciarse los requisitos generales, que afectan al conjunto de la institución, de los personales, relativos al adoptante y al adoptado. En el grupo de requisitos formales, la distinción sería entre requisitos constitutivos y requisitos de publicidad. En orden a los requisitos constitutivos se podrían subdistinguir los que han de cumplirse ante un funcionario judicial y aquellos otros realizados a presencia de un funcionario administrativo. A fin de resaltar las respectivas diferencias, examinaré dentro de cada apartado tanto los exigidos para la adopción plena como para la menos plena, con lo cual se evitan repeticiones o remisiones enojosas (4). De modo que siempre que no se haga discriminación debe entenderse que

(1) Vid. sobre este punto, en relación a las dos clases de adopción que conoce nuestro Derecho vigente, CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil*, Madrid 1964, págs. 182-184.

(2) *Instituciones*, I, 11, 4.

(3) Sin embargo, una tal manera de expresarse no es perjudicial, pues sirve para indicar que los requisitos de forma se presentan, en cierto modo, como inseparables de los de fondo, a los que complementan, en el modo y manera que destaca la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Civil del Sena de 10 de febrero de 1948, al decir "que en el Derecho francés, las condiciones de fondo de la adopción son inseparables y, a decir verdad, forman parte integrante de ciertas normas que, bajo la apariencia de reglas procesales y de procedimiento, tienen en realidad por objeto habilitar a las partes para proceder a la adopción y asegurar, en interés de esas mismas partes y principalmente del adoptado, un control estimado indispensable por el legislador, en razón a la importancia de un acto tan grave, jurídica y socialmente; entre esas formalidades habilitantes, indisociables de los requisitos de fondo, figura, en nuestra legislación, la autorización judicial, bajo la forma de homologación prevista por el art. 360 del C. c."

(4) Una sistemática parecida emplea JOSSEKAND (LOUIS), en su obra *Derecho Civil*, revisado y completado por André Brun, t. I, vol. 2.^o; *La Familia*, trad. esp. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires 1950, págs. 419 y ss. Son posibles otras, que estimo menos ventajosas, como la de distinguir los requi-

la doctrina es común, válida para las dos clases de adopción. El principio general es el de que para la adopción plena se exigen los mismos requisitos que para la menos plena *más* otros peculiares.

1. REQUISITOS DE FONDO

A) *Requisitos generales*

Los requisitos generales son los que no afectan de modo especial ni exclusivo al adoptante, al adoptado ni a personas relacionadas con uno o con otro, sino a ambos o a la institución considerada como un todo. En ocasiones, estos requisitos no pueden fijarse de un modo absoluto, con líneas claras y precisas, sino que la dicción legal, por lo mismo que intenta abarcar la entera institución, ha de ser amplia, dejando margen al funcionario para pronunciarse según su criterio sobre su existencia o inexistencia. Tal sucede con los justos motivos necesarios para autorizar la adopción y que ésta presente ventajas para el adoptado, términos que de ninguna manera deben confundirse como sinónimos, sino que es preciso diferenciar, pues quieren decir cosas distintas. En otras ocasiones, el requisito es de fácil determinación, como la diferencia de edades entre adoptante y adoptado.

a) *Justos motivos para la adopción*

Con esta expresión u otra similar se pretende evitar que el acto se realice en fraude a la Ley y, al mismo tiempo, valorar el móvil que lo inspira. Se trata de un requisito sujeto a la apreciación discrecional del funcionario que autorice la adopción, el cual, según la jurisprudencia francesa, tiene un poder soberano en la materia y debe investigar no sólo el móvil que guía al adoptante, sino también el conjunto de hechos que rodean la adopción para extraer de los mismos las posibles intenciones de las partes (5). Según la misma, existen justos motivos en el deseo de evitar la desaparición del apellido (6), en la adopción de un hijo natural o adulterino —e incluso en su legitimación adoptiva cuando la madre ha fallecido— si se realiza para mejorar su situación, mas no si se prueba que el adoptante tenía por único objeto eludir la regularización de su unión libre con la madre del adoptado (7). Del mismo modo, estimo que serán justos motivos el

sitos subjetivos de los objetivos o la que, de modo análogo al matrimonio, los diferencia en requisitos simultáneos y posteriores.

(5) Sentencia del Tribunal civil de Brancón de 24 de mayo de 1946 (S., 47.2.57).

(6) Sentencia del Tribunal de casación de 14 de junio de 1932 (S., 35.1.271; D. P., 1932.1-173).

(7) Sentencia del Tribunal de casación de 1.º de abril de 1846 (S., 46.1.273; D., 46.1.81) y Sentencia del Tribunal de Briançon cit. confirmada por la del Tribunal de Grenoble en 26 de febrero de 1947.

deseo de consagrar por la adopción vínculos de aprecio y afecto recíproco, el de reemplazar con el adoptado al hijo fallecido, el de mejorar la situación económica del adoptado o simplemente recompensarle (8), del de proporcionar a un hijo natural un estatuto legal más favorable que el reconocimiento en aquellas legislaciones que se lo concedan, etc.

En relación con la existencia de este requisito se ha planteado el problema de si deberá rechazarse la existencia de los justos motivos cuando las partes se propongan obtener, mediante la adopción, determinados beneficios fiscales o económicos (v.gr.: pensión) o de otro tipo, pero con repercusión también económica (v.gr.: vivienda). Parece que por sí sola, la existencia de esos motivos no entraña que el acto sea inmoral o ilícito, máxime teniendo en cuenta que las propias leyes sobre tales materias ya se cuidan de especificar los requisitos que ha de reunir la adopción para repercutir sobre los derechos que regulan. Parece evidente que aunque se pruebe que con la adopción se pretendió eludir parcialmente el pago de los impuestos que el adoptado tendría que pagar de otro modo al heredar al adoptante, no es razón suficiente para anular, por sí sola, la adopción. En este sentido se pronunció el Tribunal francés del Indre (9), y después, confirmando el fallo, el Tribunal de Casación (10), y, entre nosotros, la sentencia de 30 de mayo de 1951, apoyándose en la de 15 de enero de 1915, establece que "la falta de pago del impuesto de derechos reales no desvirtúa la validez y eficacia en orden a las relaciones civiles, y únicamente da lugar a medidas fiscales y correcciones administrativas señaladas por la Ley" (11).

(8) Este era precisamente el caso de la adopción remuneratoria conocida en el antiguo Código Civil francés (art. 345) para el caso de que el adoptado hubiera salvado al adoptante en combate, incendio o naufragio, y que inspiró uno de sus libros al novelista Julio Verne.

(9) Sentencia de 22 de noviembre de 1927 (D. P., 1928.2.1.)

(10) Sentencia ya citada de 14 de junio de 1932.

(11) Esta sentencia declara no haber lugar al recurso interpuesto por A. C. P. y otros, contra la pronunciada por la Audiencia Territorial de Madrid, en juicio de mayor cuantía sobre nulidad de testamento. Los demandantes pretendían que la Duquesa de S. había adoptado a don J. G. G. con el fin de que, instituido heredero, transmitiese los bienes a los sobrinos de la causante adoptante pagando de este modo menos derechos reales, y, en consecuencia, solicitaban se declarase la nulidad de tales actos —la adopción y el testamento— "por comprender una simulación absoluta de actos jurídicos, encaminados a defraudar a la Hacienda Pública, para no abonar en la testamentaría de la Duquesa de S. los derechos reales correspondientes a herederos y legatarios, colaterales distantes y extraños, creando la figura del hijo adoptivo con encargo de distribuir la herencia", pidiendo que se declare la inexistencia o nulidad de dichos actos por "causa torpe e ilícita que había servido para su celebración, móvil o motivo indicado anteriormente", tesis que no es acogida por el Tribunal Supremo.

b) *Ventajas para el adoptado*

Que la adopción suponga ventajas para el adoptado, es requisito evidente si se parte de que la finalidad de la adopción es proteger y beneficiar al adoptado, mas no si se la concibe en interés del adoptante, como sucedía en el Derecho romano y en la codificación decimonónica, viniendo a ser medio eficaz para conservar el culto familiar o constituir el consuelo de los matrimonios estériles. Las legislaciones modernas se inspiran en el primer sentido y la mayoría consagra explícitamente este requisito (12).

La expresión "ventajas", u otra equivalente, habrá que interpretarla en sentido amplio, comprendiendo tanto las materiales como las morales, más importantes que aquéllas, destacando entre ellas la identidad de creencias religiosas (13).

Al igual de lo que hemos visto sucedía con los justos motivos, la apreciación de la existencia de las ventajas que para el adoptando ofrece la adopción y su valoración corresponderá al funcionario que haya de autorizar la adopción. Ahora bien, no se oculta la dificultad que ofrece semejante estimación. Quizá teniendo esto en cuenta, muchas legislaciones establecen estudios previos, llevados a cabo por personal especializado, para determinar la posible existencia efectiva de tales ventajas. En realidad, la solución no puede ser otra que mediante el concienzudo estudio de cada caso, realizado por personal especializado y competente. En aquellos países donde el número de personas deseosas de adoptar es muy superior al de posibles adoptados, la selección de los padres adoptivos se muestra, además, como indispensable, para asegurar al adoptado condiciones óptimas. En todo caso, es muy deseable para el feliz éxito de cada adopción en particular. Según el informe emitido por el Centro de Protección a la Infancia de París en 1951, los servicios públicos de Asistencia social realizan encuestas cerca de los alcaldes, párrocos, etc., de las sucesivas residencias de los adoptantes (14). Pero semejantes informes, que pueden dar buenos resultados en los medios rurales y en poblaciones pequeñas, donde casi todos se conocen, son difíciles y de incierto valor en las grandes ciudades. En este caso, el medio más comúnmente empleado consiste en mantener contacto durante un período de tiempo prudencial con los futuros adoptantes mediante unos funcionarios especializados, buenos conocedores de los problemas planteados y su modo de resolverlos, capaces, por otra

(12) Sin ánimo exhaustivo citamos las siguientes legislaciones: Bélgica (art. 343), Dinamarca (art. 8.º), República Dominicana (art. 343), Francia (artículo 343), Gran Bretaña (art. 3.º), Grecia (art. 1.578), Hungría (art. 49), Italia (art. 312), Méjico (art. 390), Perú (art. 326), Suecia (FB, cap. IV, art. 6.º), Suiza (art. 267) Venezuela (art. 275).

(13) La legislación de la provincia canadiense de Quebec (*Estatutos revisados de Quebec*, 1941, cap. 324, art. 4.º) exige que la religión del adoptante sea la misma en que fue bautizado el adoptado.

(14) Vid. *Journal des oeuvres de l'Enfance*, 1953, junio, núm. 71, págs. 1-14.

parte, de inspirar confianza a los observados y crear el "clima" apropiado, pues evidente resulta que los interesados no se confiarán espontáneamente y de buen grado a un magistrado. Estos funcionarios especializados están constituidos en varios países (Inglaterra, Suiza, Francia, Estados Unidos) por los "probations officers" o "asistentes sociales" en materia de adopción, los cuales, según el comunicado de la Organización Mundial de la Salud de 2 de diciembre de 1963, deberán estar perfectamente enterados, no sólo de la legislación y del procedimiento, sino también del desarrollo normal del adoptando, de los problemas que plantea su adaptación y de los métodos aplicables para asegurar la máxima eficacia de los resultados. Otro de los medios empleado con éxito en los Estados Unidos consiste en celebrar una serie de reuniones entre eventuales adoptantes y personas que han adoptado hace algún tiempo, no mucho (generalmente de seis meses a un año), a fin de que, dirigidos por un especialista en estas cuestiones, aborden los principales problemas (15). Siguiendo este sistema, se creó en París, hace unos doce años, la Association Familiale Nationale des Foyers Adoptifs para "confrontar las mutuas experiencias sobre las formalidades administrativas, el delicado problema de la revelación, el comportamiento del niño y suministrar informes". En los países anglosajones existe un período de prueba —"probation period"—cuya duración oscila de tres meses a un año, entre la adopción provisional (entrega del adoptando) y su elevación a definitiva, una vez ha sido superado con éxito. Dicho período de prueba guarda relación con la edad del adoptando. La discusión que tuvo lugar respecto a la adopción en la Cámara de los Comunes en 1949, versó precisamente sobre una moción presentada en el sentido de que cuanto mayor sea el adoptado, tanto más es preciso esperar antes de consagrar legalmente la adopción. Durante este período de prueba hay posibilidades múltiples de contrastar si la adopción ofrece ventajas para el adoptado.

c) *Cuestión acerca de la exigencia de ambos requisitos en la vigente legislación española*

Antes de la reforma introducida en la adopción por la ley de 24 de abril de 1958, requería la existencia de estos requisitos el antiguo artículo 178, "in fine", del Código civil: "... y el juez, previas las diligencias que estime necesarias, aprobará la adopción, *si está ajustada a la Ley y la cree conveniente al adoptado*". A mi entender, que la adopción esté ajustada a la Ley quería significar tanto el cumplimiento de las formalidades legales como que los motivos de la adopción sean justos, esto es, que la adopción no se realice con fines ni

(15) Vid. "Process of supervision in adoption placements; a report of the interagency discussion group of New-York City", en *Child Welfare*, vol. XXI, noviembre 1952; núm. 9, págs. 8, 9, 12 a 14, y BAUGNIET, M., "Quelques aspects de l'adoption aux Etats-Unis", en *Le Service Social*, año XXX, núm. 3, mayo-junio 1952, págs. 97-114.

ilícitos ni inmorales. Esta interpretación se refuerza por la idea escasamente formalista que inspiraba la redacción de dicho artículo y porque al cumplimiento de los trámites oportunos se refieren, además del principio del citado artículo, las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otra parte, para que el juez aprobase la adopción requería el Código, siempre según su redacción primitiva, que el mismo juez estime que la adopción es conveniente al adoptado, y ¿qué es creer la adopción conveniente al adoptado sino reconocer la existencia de ventajas para el mismo si dicho acto se lleva a cabo? Parece que no es preciso insistir más ni esgrimir mayores razonamientos para ver claramente consagrados en nuestra derogada legislación los requisitos del artículo 343 del Código civil francés: “La adopción no puede tener lugar más que si existen justos motivos y si presenta ventajas para el adoptado”.

¿Es posible continuar afirmando la exigencia de tales requisitos a la vista del actual artículo 176 del Código civil? La respuesta no es cosa baladí, pues de que se autorice o no al juez para penetrar en la entraña del acto dependen efectos importantísimos, cuales son la protección de los intereses del adoptando, la posibilidad de evitar posibles confabulaciones contra el mismo y evitar dar un marchamo de legalidad a posibles actos fraudulentos, e incluso más: si se estima que constituyen requisitos para la adopción, en el caso de que la apreciación judicial haya sido errónea, cabrá recurrir contra ella en los términos de los artículos 1.817 a 1.824 de la Ley procesal, mientras que no será admisible recurso en el caso contrario se dirá que siempre estará abierta la posibilidad de impugnar la adopción y la aplicación de la doctrina general sobre los actos realizados en fraude a la Ley. Pero es que ello no satisface plenamente, por cuanto su ámbito de aplicación es menos radical y más circunscrito que el de la exigencia de requisitos legales con relación a la institución para la que se exigen, aparte de su difícil probanza. Además, aun en el caso de prosperar la impugnación, la Ley declara la subsistencia de los efectos ya consumados. Y el acudir a estos otros remedios lleva consigo un cierto desenfoco de la cuestión, porque una cosa es que el acto en principio sea ya ilícito o inmoral, en cuyo caso no debe autorizarse, y otra distinta que el acto, originariamente lícito y moral, se vicie posteriormente, caso en que deberá dejarse sin efecto.

En el Proyecto que el Gobierno remitió a las Cortes se decía expresamente: “El juez interrogará a cuantos intervengan en el expediente sobre la *conveniencia* de la adopción y oír al Ministerio Fiscal. Practicadas cualesquiera otras diligencias que estime necesarias, aprobará la adopción, si está ajustada a la Ley y la considera *conveniente* al adoptado” (art. 176). Pero el actual artículo 176 no recoge estos términos ni otros semejantes. Parece que se trata de un extremo que sencillamente se le pasó por alto detallar al legislador, ya que la exposición de motivos de la Ley de 1958 no manifiesta cosa alguna sobre el particular para justificar un posible cambio de orientación que, por

ser demasiado grave, hay que entender no se ha producido, si bien incumbe al intérprete justificar su punto de vista. En mi opinión, no cabe duda de que, aunque falta una formulación legal expresa, se continúan exigiendo ambos requisitos —justos motivos de la adopción y que ésta entrañe ventajas para el adoptado— por los siguientes argumentos principales:

1.º Porque nada indica que haya habido un cambio de criterio por parte del legislador, siendo de destacar el silencio de la exposición de motivos de la Ley de 24 de abril de 1958 sobre el particular.

2.º Porque frente al anterior silencio, contrasta el sentido general de la reforma, tendente a mejorar la situación jurídica del adoptado. Sería contradictorio que una Ley que aspira a mejorar la situación del adoptado permitiese la adopción aun sin ser conveniente para el mismo (16).

3.º Porque la Ley de Enjuiciamiento Civil determina expresamente que se ofrecerá información “sobre la *utilidad* de la adopción para el adoptando” y que “si el juez estimare que procede la adopción según derecho y que es *útil* al adoptando, concederá la autorización...” Sería demasiado suponer que la Ley de Enjuiciamiento Civil había quedado derogada, en este particular, por la Ley de 1958.

4.º Porque la apreciación de la existencia y valoración de dichos requisitos cabe en la amplia redacción del actual artículo 176. Las “comprobaciones necesarias” a que se refiere su párrafo segundo no pueden referirse a aquellos requisitos claramente demostrados (verbigracia: edad, estado del adoptante), sino a aquellos otros que, como los motivos alegados y la utilidad o conveniencia para el adoptando, precisan ser objeto de investigación y efectivamente comprobados.

En nuestro Derecho vigente creo que se puede llegar a estas conclusiones.

1.ª Se exige que existan justos motivos para la adopción y que ésta proporcione ventajas para el adoptando.

2.ª El juicio acerca de la existencia y valoración de tales requisitos corresponde hacerlo a los funcionarios que intervienen en el expediente y de modo principal al juez.

3.ª No es preciso que el juez al aprobar la adopción especifique que existen tales requisitos de modo concreto.

4.ª Si el juez estima que no concurren o son insuficientes y, por lo mismo, deniega la aprobación, habrá de hacerlo constar así mediante la correspondiente declaración, que es suficiente esté concebida en términos generales.

5.ª Contra la resolución judicial fundada en la existencia o inexistencia de alguno de esos requisitos, caben los recursos que deter-

(16) Manifiesta la exposición de motivos de la ley de 1958 que “el Código Civil... concibió la adopción con perfiles y efectos muy estrechos”, mientras que “la presente ley... se preocupa ante todo del aspecto personal... para mejorar la situación jurídica del adoptado”.

minan los artículos 1.819 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resulta, pues, que en nuestra legislación la resolución judicial habrá de ser fundada, a diferencia de lo que sucede en los Derechos francés e italiano. Según el artículo 362, párrafo 1.º, del Código civil francés, después de oír al Fiscal el Tribunal decide, *sin enunciar los motivos*, si ha o no lugar la adopción. En idéntico sentido se expresa el artículo 312 del Código civil italiano: “El Tribunal, oído el Ministerio Público..., *sin expresar los motivos*, resolverá en estos términos: si ha lugar o si no ha lugar a la adopción”. Y aunque para nuestro Derecho pudiera cuestionarse si tal fundamento ha de limitarse al supuesto especial del artículo 176, párrafo 2.º, del Código civil, la contestación sería siempre negativa, pues adoptando la resolución judicial la forma de auto, se impone su fundamentación conforme al artículo 371 de la Ley procesal.

Antes de pasar más adelante interesa hacer una advertencia, y es la de que la exigencia y valoración de los justos motivos para la adopción no impide el libre juego del requisito de la causa.

Justos motivos y causa son conceptos distintos, que tienen diverso ámbito de acción. La causa, prescindiendo ahora de pormenorizar más, es algo objetivo, que está en la esencia misma de la institución, que actúa, pudiéramos decir, de dentro hacia afuera, y que no varía según el sujeto que realice el acto. La causa de la adopción será siempre la concesión recíproca entre adoptante y adoptado de su peculiar situación, que se presupone existe y es lícita. Los motivos, en cambio, son algo subjetivo, el fin concreto que pretende conseguir el agente; y, claro está, al tratarse de algo contingente y variable, no puede pertenecer a la esencia misma de la institución, pues esto implicaría que la propia institución cambiase al variar los motivos. Pero cualesquiera que sean los motivos, en la adopción han de tener un carácter común para que el acto sea válido: ser justos. Desde otro punto de vista, en la causa interesa en mayor grado la valoración jurídica que la social, mientras que en la consideración de los motivos, por lo menos en un primer momento, interviene decisivamente la valoración social antes que la estrictamente jurídica.

d) *Diferencia entre las edades de adoptante y adoptando*

Tradicionalmente se ha venido estableciendo la necesidad de que exista una cierta diferencia de edad entre adoptante y adoptado para autorizar la adopción, quizá por aplicación de la vieja máxima de que la adopción imita a la naturaleza (17). Por eso, las legislaciones suelen fijar la diferencia de tal modo que el adoptado pudiera haber sido engendrado por el o los adoptantes, lo que contribuye a mantener el secreto de la adopción.

(17) Vid. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, 4.ª edic., t. VI, núm. 12.

En este punto, caben varios sistemas: o dejar la determinación de la diferencia de edad al órgano que autoriza la adopción en atención a las circunstancias de cada caso, limitándose a exigir la Ley que tal diferencia sea conveniente o apropiada (Códigos de la Familia checoslovaco y polaco), o señalar determinadamente la Ley dicha diferencia. A su vez, dentro de éste, caben distintos criterios: o establecer una diferencia única o una diferencia variable según distintas circunstancias (v.gr.: sexo) de adoptante y adoptando; determinar una diferencia mayor o menor, etc.

La diferencia de edad más frecuente es la de dieciocho años, exigida en nuestro Derecho a partir de la reforma de 1958, que elevó la anterior de quince años: "El adoptante ha de tener, por lo menos, dieciocho años más que el adoptado" (art. 173). Como precedentes, pueden citarse el Libro I, Título XI, párrafo 4, de las Instituciones de Justiniano, según el cual quien toma un hijo por arrogación o adopción debe excederle en una pubertad completa, esto es, dieciocho años. El mismo criterio se establece en la Partida IV, título XVI, ley 2.^a, el cual subsistió en el Proyecto de Código civil de 1836, hasta que el de 1844 estableció quince años como regla general, y fue seguido por el de 1851, de donde pasó al Código civil hasta la reforma de 1958, que volvió por el criterio tradicional. Realmente se trata de una cuestión en que, una vez la diferencia de edad sea tal que salvaguarde el secreto de la adopción, tanto puede mantenerse una determinada edad como otra distinta. Cuanto menor sea la diferencia exigida, tanto más se facilitará la adopción y dejará de ser este requisito un obstáculo para llevarla a cabo. Por eso quizá hubiera sido conveniente rebajar la diferencia de edad por bajo de los dieciocho años, o, al menos, permitir su dispensa, en el caso de que uno de los cónyuges adopte a un hijo de su consorte, pues, de no ser así, como la diferencia de edades es siempre constante, puede darse el caso, sobre todo en los viudos que contraen nupcias, de no poder llevar a cabo la adopción (18). Sin embargo, la exigencia de que el adoptante tenga, por lo menos, treinta y cinco años, soslayará este problema cuando el adoptando sea de edad temprana, quedando un margen bastante amplio.

(18) Establecen la edad de dieciocho años, además de nuestra legislación, la de los siguientes países: Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Grecia, Holanda (con límite máximo de edad consistente en cincuenta años), Perú, Rumania, Suiza, Yugoslavia, Venezuela y Azerbaijan. A veces la diferencia exigida es mayor: veinte años en Ecuador, Uruguay y Nuevo Méjico (si el adoptado es un adulto; veintidós años en Gran Bretaña y Australia, y veinticinco años en la Unión Sudafricana cuando el adoptado es mayor de dieciséis años. Más frecuentemente la diferencia es menor: diecisiete años en Méjico, dieciséis en Hungría y Puerto Rico, quince en Bélgica, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Francia, Luxemburgo, Panamá, Salvador, Venezuela, Idaho, Nueva Jersey (si el adoptado es un adulto) y Virginia, descendiendo hasta los diez años en Rusia Blanca, Arizona, California, Georgia, Montana, Nueva Jersey, Dakota Norte y Sur, Oklahoma y Utah. No faltan legislaciones que se contentan con exigir que el adoptante sea mayor que el adoptado, como las de Canadá, Japón, la Ley búlgara de 1889 y las de algunos Estados de Norteamérica, o bien no-

B) *Requisitos relativos al adoptante*

Están constituidos por hallarse en el pleno uso de sus derechos civiles, haber cumplido la edad de treinta y cinco años y, naturalmente, prestar su consentimiento.

e) *Hallarse en pleno uso de sus derechos civiles*

Manifiesta el artículo 173 que “pueden adoptar quienes se hallen en pleno uso de sus derechos civiles”. Con la expresión *pleno uso de sus derechos civiles*, idéntica a la del anterior artículo 173, parece no haber duda que el legislador se refiere a la plena capacidad de obrar, que exige posea sin ninguna limitación el adoptante. La doctrina es unánime en reconocer que alude el Código a las situaciones indicadas en el artículo 32 como “restrictivas de la personalidad jurídica”, aunque, en realidad, bajo esa impropia denominación se quieran recoger las causas modificativas de la capacidad de obrar (19). Mas se nos ocurre preguntar: ¿todas las causas expresadas en el artículo 32 y únicamente esas causas impiden adoptar?, o, dicho de otro modo, ¿todas las personas que se encuentran en alguno de los estados mencionados en el artículo 32 y solamente éstas tienen limitado el pleno uso de sus derechos civiles?

La primera parte de la pregunta parece claro que ha de contestarse afirmativamente, y así no podrán adoptar, por carecer del pleno uso de sus derechos civiles:

1.º Los menores de edad, incluso los emancipados, si bien con respecto a ellos cualquier duda que pudiera suscitarse carece de trascendencia práctica, pues siempre existiría la imposibilidad para adoptar por no haber cumplido los treinta y cinco años. Con una interpretación literal del artículo 173 tampoco podrán adoptar los aragoneses menores de veintiún años que han contraído matrimonio, pues aunque

establecen a este respecto ninguna condición especial, como sucede en los Países Escandinavos y la U. R. S. S. El Código venezolano es original en este punto, pues exige que la diferencia de edad sea de dieciocho años si el adoptante es varón y quince años si es mujer. En Nueva Zelanda no se exige límite ni diferencia de edad para los adoptantes casados, bien adopten conjunta o separadamente; en cambio, los solteros o viudos han de tener dieciocho años más que el adoptado, si éste es de su mismo sexo y cuarenta si son de sexos distintos, si bien en este caso el juez puede conceder una dispensa.

(19) Así, manifiesta GAMBÓN ALIX, G., *la adopción*, edit. Bosch, Barcelona 1960, pág. 80, semejante expresión “significa que el presunto padre adoptivo ha de tener la capacidad de obrar civil, íntegra y perfecta, por lo que, teniendo presente el art. 32, son incapaces para adoptar los menores, los imbéciles o dementes —incluso durante sus intervalos lúcidos, pues no hay aquí excepción expresa como para la testamentifacción activa—, los sordomudos, los declarados pródigos y los que sufren interdicción civil”. No se plantea este autor la posibilidad de que resulten incluidas, conforme al citado art. 173, además de las expresadas, otras personas (salvo extranjeros y mujeres casadas), como los ausentes, los quebrados y concursados, dando por supuesto que el art. 173 agota su ámbito de aplicación en el art. 32.

el artículo 10, núm. 2.º, del Apéndice foral les declara mayores, tienen las limitaciones del artículo 12 del propio Apéndice. Sin embargo, como digo, la cuestión es puramente teórica, sin trascendencia práctica alguna.

2.º Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos. Si el loco o demente ha sido declarado judicialmente incapaz, en el caso de haber recobrado la razón precisará obtener previamente la revocación judicial de la incapacidad para poder adoptar, ya que mientras esto no suceda estará bajo los efectos de la primitiva declaración de incapacidad, con la consecuencia de que la adopción realizada en ese estado sería nula o inexistente, no meramente anulable. Parece que esta solución es preferible a la de estimar anulable la adopción realizada por el demente incapacitado (20), ya que tal anulabilidad choca, por la indeterminación que ofrece, con la seguridad y firmeza que debe presidir los actos relativos al estado civil de las personas. Aparte de eso, la anulabilidad está pensada principalmente para los contratos, y es dudoso que la adopción lo sea. También resultaría absurdo e injusto que no pudiera pedir la anulabilidad el adoptado o su representante legal.

Si el loco o demente no ha sido declarado judicialmente tal, lo mismo que si se trata de una persona que en el momento de celebrar la adopción no está en posesión de sus facultades mentales, no obstante lo cual ha realizado la adopción (v.gr.: por escapar la verdadera situación a la apreciación del funcionario), la adopción será en principio válida, si bien podrá anularse probando la carencia de capacidad en el momento en que ésta era necesaria.

3.º Los imbeciles, bien se considere que la imbecilidad es una forma de locura, bien se estime como una causa especial de incapacitación (21). Es aplicable lo dicho acerca de la demencia.

4.º Los sordomudos que no sepan leer y escribir. Puede preguntarse si en el caso de que el sordomudo sepa leer y escribir pero no pueda (v.gr.: por ceguera, artrosis) regirá también la prohibición. Parece que puede distinguirse según que la imposibilidad sea pasajera y accidental o, por el contrario, permanente o al menos de duración indefinida. En el primer caso, tal imposibilidad momentánea no determinará la situación especial (falta de comunicación normal con el mundo circundante) que sirve de fundamento a su declaración de incapacidad y, por tanto, estimo que podría adoptar. En el segundo supuesto, estimo que la equiparación al que no sabe leer y escribir es posible y, en consecuencia, no podría legalmente adoptar. Ello con independencia del juicio que el funcionario emita acerca de la conveniencia que presenta una adopción semejante.

Aunque la incapacidad del sordomudo no es necesariamente absoluta (argumento: artículo 218), estimo que no podrá el juez autori-

(20) Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil*, 1964, página 262, y *Derecho civil de España*, II, 1952, pág. 311.

(21) Cfr. CASTRO Y BRAVO, F., obras cit., págs. 264-265; 299-302.

zarle para adoptar, pues la expresión *fixar la extensión y límites de la tutela, según el grado de incapacidad* no autorizan semejante interpretación. En mayor o menor grado, el sordomudo que se encuentre en las circunstancias expresadas anteriormente tendrá limitada su capacidad de obrar y, por tanto, no gozará del pleno uso de sus derechos civiles.

3.º Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos. Aquí son aplicables análogas consideraciones que las hechas respecto a los sordomudos. Aunque la restricción en la capacidad de obrar del pródigo se limita a la esfera patrimonial y, por lo mismo, el pródigo continúa ejerciendo la patria potestad, si bien desprovista de su contenido económico (no administra los bienes de los hijos: artículos 224 y 225 del Código civil), lo cierto es que el pródigo carece del pleno ejercicio de los derechos civiles. Por lo mismo, no podría incluirse la adopción entre los actos que el pródigo puede realizar (artículo 221, párrafo 2.º).

4.º Los que estén sufriendo la pena de interdicción civil, con mayor razón que los pródigos, pues se les priva de la patria potestad (art. 229 C. c.).

La imposibilidad de adoptar en que se encuentran los dementes, sordomudos, pródigos, interdictos y menores de edad es absoluta, no relativa. Con ello quiere decirse que no pueden adoptar por medio del tutor, actuando éste como su representante legal. Esta interpretación del artículo 173 es la que mejor se acomoda con la naturaleza y finalidad de la adopción, negocio jurídico familiar —en los que sólo excepcionalmente se admite la representación— con repercusión en el estado civil, que impone una serie de derechos y deberes recíprocos cuya trascendencia exige quede la facultad decisoria en manos del mismo adoptante y que éste sea capaz de cumplir. Es muy sintomático el silencio de nuestro Código en este punto, a diferencia de lo dispuesto en el párrafo 1.751 del B. G. B., que establece que “si el adoptante está limitado en su capacidad negocial, necesita, para celebrar el contrato de adopción, además del asentimiento de su representante legal, la aprobación del Tribunal de tutelas” y que “lo mismo vale para el hijo a adoptar, si está limitado en su capacidad negocial” (22).

En ocasiones, la interpretación que hemos expuesto producirá la consecuencia de impedir llevar a cabo la adopción plena (cuando uno de los cónyuges esté incapacitado) mientras subsista la situación de incapacidad de uno de los cónyuges. Consecuencia que puede parecer injusta, pero que se desprende de nuestro sistema.

Hemos contestado afirmativamente a la primera parte de la pregunta que nos habíamos formulado —todas las causas expresadas en el artículo 32 impiden adoptar—, y queda por responder la segunda parte de la misma, esto es, si hay alguna otra causa, además de las

(22) El Código austríaco permite adoptar a los pródigos con autorización del Tribunal y el japonés concede a los interdictos el derecho a adoptar y ser adoptados sin necesidad del consentimiento de su tutor.

que expresa el artículo 32, que entrañe una limitación del pleno uso de los derechos civiles determinante de la imposibilidad de adoptar. Para ello, examinaremos la situación del concursado o quebrado no rehabilitados, del ausente, del declarado fallecido y del extranjero.

El quebrado no rehabilitado no puede: ejercer el comercio (artículo 13, núm. 2.º, C. de c.), entrar en Bolsa (art. 15 Reglamento de la Bolsa de Madrid), ser tutor, protutor o vocal del consejo de familia (art. 237 del C. c.), ser albacea (art. 893 C. c.), mandante o mandatario (art. 1.732 C. c.), aceptar ni repudiar herencias (art. 992 C. c.), pedir la partición (art. 1.052 C. c.), división de la comunidad de bienes (art. 406 C. c.), determinando la extinción del contrato de mandato (art. 1.732) y del contrato de sociedad civil (art. 1.700 C. c.), disolviéndose las compañías colectivas y en comandita por la quiebra de cualquiera de los socios colectivos (art. 222 C. de c.), así como tampoco podrá ser árbitro (art. 20 Ley 22 de diciembre de 1953).

El concursado no rehabilitado viene afectado por la declaración de concurso de modo análogo que el quebrado por la declaración de quiebra, aparte de la regla general del artículo 1.914 del Código civil, que, en cierto modo, se corresponde con el artículo 878 del Código de comercio. Pues bien, la respuesta a la cuestión planteada depende del distinto alcance con que se conciben las limitaciones que afectan al quebrado y al concursado. Si se las entiende como prohibiciones especiales y, de otro modo, se entiende que con el pleno uso de los derechos civiles quiere aludirse a la capacidad general de obrar que no está limitada en esas personas (23), habrá que concluir por la solución permisiva. En cambio, si se interpreta el artículo 173 de modo amplio, conforme a la latitud de la expresión que emplea, y se tiene en cuenta que el quebrado y el concursado no pueden usar en toda su extensión de los derechos civiles, pues lo que precisamente se les prohíbe es el ejercicio o uso de determinados derechos, tendremos que llegar a una conclusión enteramente contraria y afirmar que, dados los términos en que está redactado el artículo 173 y las consecuencias civiles de las declaraciones de concurso o quiebra, ni el concursado ni el quebrado pueden adoptar.

Resulta evidente que el ausente, allí donde se encuentre, podrá adoptar. Si pretende hacerlo en el lugar de donde desapareció, quiere decirse que habrá terminado la situación de ausencia, durante la cual, por otra parte, se presume la existencia. En cualquier caso, resulta claro que el ausente se halla en el pleno uso de sus derechos civiles o, dicho con más propiedad, la declaración de ausencia no implica disminución de ese pleno uso de los derechos civiles y, por tanto, podrá adoptar, aun sin necesidad de pedir la revocación de la declaración de ausencia legal.

El declarado fallecido, caso de vivir, también podrá adoptar, aun-

(23) En este sentido, vid. CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Parte General, II, 1, Madrid 1952, pág. 77.

que, como existe una presunción de muerte, parece que previamente deberá instar se deje sin efecto la resolución judicial por la que se le declaró fallecido.

En cuanto a los extranjeros, a falta de un texto expreso que, cual el artículo 345 del Código civil francés, lo autorice, hay que acudir a la regla general del artículo 27 y responder afirmativamente: los extranjeros podrán adoptar en nuestra Patria. No obstante, hay opiniones contrarias (24). En el Derecho comparado, frente a la tendencia general permisiva, en el Derecho inglés se requiere que el extranjero esté domiciliado en el Reino Unido para que pueda adoptar, si bien los extranjeros residentes en el extranjero pueden ser autorizados, bajo ciertas garantías, a llevar al adoptando inglés al país respectivo, para verificar allí la adopción. La legislación sueca establece que los extranjeros no pueden adoptar ni ser adoptados en Suecia a menos que la adopción sea válida en su país de origen; a su vez, los suecos precisan, para adoptar o ser adoptados en un país extranjero, la previa autorización real, que se concede particularmente en cada caso, y la misma norma rige en Noruega, donde, de hecho, concede la autorización el Ministro de Justicia (25). Según el Código filipino de 18 de julio de 1949, no pueden adoptar los extranjeros no residentes en Filipinas y los residentes con cuyo Gobierno la República de Filipinas ha roto sus relaciones diplomáticas (art. 334).

No creo que la remoción del tutor de su cargo, la del representante del ausente del suyo, o cualesquiera otras situaciones análogas, puedan servir de fundamento para estimar que tales personas no están en el pleno uso de sus derechos civiles y que, por tanto, no pueden adoptar. Pues una cosa es haber sido removido de un cargo determinado y otra muy distinta la cuestión de gozar plenamente los derechos civiles, aunque la remoción tenga la consecuencia de inhabilitar para el desempeño de cargos sucesivos semejantes (art. 237, núm. 4.º). Es preferible mantener que, en cada caso, el juez valorará la causa que haya dado lugar a la remoción para, a través de ella, considerar si la adopción conviene al adoptado.

Como resumen, creo conveniente indicar que al emplear la Ley la expresión "pleno uso" en vez de "plena posesión" (que es la utilizada por el Código filipino) u otra semejante, parece dar a entender que

(24) Mantiene que los extranjeros no pueden adoptar en España, Mucius Scaevola (*Código Civil concordado y comentado extensamente*, t. III, 3.ª edic., Madrid 1893, pág. 403). Este mismo autor (op. cit., pág. 391), Valverde (*Tratado*, 4.ª edic., t. IV, pág. 475) y Manresa (*Comentarios al Código Civil*, 6.ª edic., 1945, t. II) mantienen que por personas que no se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles hay que entender exclusivamente las del art. 32 del C. c., ya que la restricción de la capacidad jurídica (sic) ha de proceder de un estado de la persona que afecte de un modo general a su determinación como individualidad de derecho en las relaciones de la vida civil.

(25) Vid. la obra del especialista en temas de adopción, Doctor CLÉMENT LAUNAY, *L'adoption: ses données médicales et psycho-sociales*, Les éditions sociales françaises, París 1954, págs. 55-58, con ejemplos prácticos de los inconvenientes expresados.

nuestro legislador concibe este requisito con gran rigor, ya que exige en el presunto adoptante no sólo que esté en la posibilidad de ostentar unos determinados derechos civiles, sino que efectivamente los ostente y, además, que pueda ejercitarlos en toda su extensión, sin limitación alguna. Punto de vista que acaso se justifica pensando en el superior interés del adoptando, que merece la máxima protección, y en que, como enseñan las estadísticas, es mucho mayor el número de personas que pretenden adoptar que el de personas, especialmente niños, dispuestos para ser adoptados.

f) *Haber cumplido la edad de treinta y cinco años*

La fijación de la edad para poder adoptar guarda relación con la política legislativa de facilitar o de restringir la adopción y con el fundamento que a esta institución se le señale. Si se quiere dar facilidades y se estima que el fundamento de la institución es la protección del adoptado, la Ley hará bien en fijar un límite mínimo de edad lo más próximo posible a la mayoría o a la pubertad. Si, por el contrario, no se quiere facilitar excesivamente la adopción y se la concibe predominando el interés del adoptante junto con la protección al superior interés de los hijos legítimos que el adoptante pueda tener, se establecerá un límite mínimo de edad más elevado. El primero de estos criterios es el que parece haber inspirado la reforma española de 1958; en cuya virtud ha disminuido el límite mínimo de edad de cuarenta y cinco a treinta y cinco años, pues, como dice la exposición de motivos de la Ley de 24 de abril de dicho año, la experiencia ha enseñado que el límite de cuarenta y cinco años establecido por el Código civil resulta en exceso dilatado. En efecto, es difícil que a esa edad quiera una persona adoptar a un menor, con la carga que ello supone, al que es posible no llegue a ver por completo situado. La adopción llevada a cabo por personas de edad, incluso matrimonios, suele dar malos resultados. Las estadísticas fijan los cincuenta años como límite máximo de edad en el adoptante si se quiere asegurar, en lo posible, el éxito de la adopción. No obstante, hay legislaciones que señalan precisamente esa edad como la mínima para poder adoptar (Alemania, Bolivia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Mónaco y Perú). Y decimos que suelen dar malos resultados porque tales adopciones "tardías" obedecen, por lo general, a móviles egoístas en el adoptante, generalmente el temor a la soledad, por lo que prefieren adoptar a quienes han pasado ya de la pubertad y, por lo mismo, tienen el carácter formado, con el peligro que representa la inmediata convivencia de esas personas a veces pertenecientes a esferas sociales diferentes (25).

En cambio, no parece haber inspirado la reforma de nuestra legislación la interconexión del requisito de la edad mínima para adoptar con la prohibición impuesta a quienes tengan hijos o descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos, puesto que cabe dentro de lo posible, aun en matrimonios que contrajeron a edad tem-

prana, tener descendencia años después, y la edad de treinta y cinco años es la normal tanto en el hombre como en la mujer para poder tener hijos. Se advierte, pues, en este requisito, que nuestro legislador se ha orientado claramente en la reforma hacia la protección o el interés del adoptado.

Ahora bien, si el fundamento de haber rebajado el límite de edad mínimo para poder adoptar de los cuarenta y cinco a los treinta y cinco años radica en proteger el interés de los posibles adoptados facilitando la práctica de la adopción, que ofrece así un mayor atractivo para los adoptantes, quienes no tienen que esperar tanto como antes (lo que era causa de que muchos desistieran de adoptar), ¿cuál es el fundamento de la exigencia de esta edad especial? ¿Por qué no se permite adoptar, sin más, a los que han llegado a la edad de la pubertad —o, al menos a los que tienen dieciocho años, si se sigue el criterio justinianeo—, o, en fin, a los mayores de edad? No es fácil contestar a esta pregunta. Rota la correlación entre la fijación de la edad mínima para adoptar y la exigencia de carecer de descendientes legítimos, el fundamento de la primera podría encontrarse en que, dada la trascendencia y repercusiones de la adopción, el legislador trata de evitar adopciones prematuras, fruto del entusiasmo juvenil, pero cuyo alcance no se percibe claramente en edades tempranas, y desea por este medio que los adoptantes estén en condiciones de darse perfecta cuenta de los deberes que implica la práctica de esta institución, que se den perfecta cuenta, en suma, de que van a tener un hijo, exigiendo para ello una edad que presume la madurez.

El cómputo de la edad se hará conforme al criterio admitido para el cómputo de la mayor edad, incluyéndose completo el día del nacimiento sea cual fuere la hora de éste. No vemos inconveniente en hacer aplicación analógica del criterio establecido en el artículo 2.º de la Ley de 13 de diciembre de 1943, aunque se diga “para el cómputo de los años de la mayoría de edad”, expresión lógica, ya que de esa materia y no de otra distinta trata la Ley. Siendo la mayoría la edad más importante, en cuanto determina de modo general la plena capacidad de obrar, el criterio establecido para determinarla parece que podrá admitirse a efectos más restringidos y especiales.

Es digno de destacar que con la exigencia de este requisito de edad mínima se cierra el paso a la posibilidad de que puedan adoptar quienes no sean personas físicas. Como caso curioso de la adopción realizada por personas jurídicas citan Coll y Estevill (26) la llevada a cabo por la “Aumône Générale” —creada a consecuencia del hambre que azotó a Lyon en 1531—, que adoptaba a los huérfanos legítimos que recibía en sus asilos, durante los años que van de 1536 a 1793, en un primer período sobre la base de la costumbre, luego de sus reglamentos, y, por último, autorizada por cartas-patentes. Esta adopción

(26) Vid. COLL, J. E., y ESTIVIL, L. A., *La adopción e instituciones análogas (Estudio sociológico-jurídico)*, Buenos Aires 1947, pág. 96.

producía efectos análogos a la arrogación romana, con las limitaciones que naturalmente derivaban de la naturaleza jurídica del adoptante, quien ejercía la guarda, adquiría la patria potestad con el usufructo de los bienes del adoptado y en ciertos casos lo heredaba, aunque, como se comprende, el adoptado no pudiera heredar al adoptante. Como casos semejantes, podemos citar el tipo de adopciones “políticas” del género de la que practicó la Convención francesa al decidir que la hija de Lepelletier de Saint-Fargeau —asesinado por haber votado la muerte de Luis XVI— sería “adoptada por la Nación” (27), o Napoleón, al declarar por Decreto de 7 de diciembre de 1805 que adoptaba a los hijos de los generales, oficiales y soldados muertos en la batalla de Austerlitz, y, en fin, los “pupilos de la Nación”, nombre con el que se conoce a los huérfanos de los combatientes en las dos últimas guerras mundiales “adoptados” por las respectivas naciones. Así, el artículo 1.º de la Ley francesa de 27 de julio de 1917 establece que “Francia adopta a los huérfanos cuyo padre, madre o sostén familiar han perecido durante la guerra de 1914, víctima militar o civil del enemigo (28).

A diferencia de algunos países, como Chile, que señala el máximo de setenta años para el adoptante, no establece nuestra legislación límite máximo de edad para poder adoptar, ni tampoco prevé la posibilidad de que la exigencia de la edad mínima pueda ser dispensada, como, por ejemplo, lo permite el párrafo 1.745 del B. G. B. si el adoptante tiene la mayoría de edad.

g) *Carecer de descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos*

Nuestro Código da a este requisito el carácter de prohibición, al establecer en el artículo 173: “Se prohíbe la adopción: ... 2.º A los que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos”. No obstante, estimo más conveniente estudiarlo dentro de los requisitos, no sólo por ser el método usualmente seguido en la doctrina, sino también por el alcance general de la prohibición, aparte de que así se hace patente su verdadera importancia. Además, de incluirlo entre las prohibiciones, tendríamos que dividir éstas en dos

(27) Por Decreto de 25 de enero de 1793. Apenas existe aquí más que un mero título honorífico, no obstante lo cual, cuando la interesada quiso contraer matrimonio, la Convención deliberó sobre el extremo de si era necesario su consentimiento.

(28) La institución de los “pupilos de la Nación” había sido ya prevista por las leyes de 13 de diciembre de 1830, 13 de junio de 1850 y 26 de marzo de 1871, por las cuales Francia adoptó a los hijos de los ciudadanos muertos luchando a favor de la libertad. Cobró mayor actualidad a raíz de las guerras mundiales, con las leyes de 27 de julio de 1919 y 15 de abril de 1943, junto con el Decreto de 24 de abril de 1951. Vid. PEYRAT, “L’adoption des pupilles de l’État”, en *Sauvegarde de l’Enfance*, mayo 1949. Instituciones semejantes se conocen, a partir de la guerra del 14, en Bélgica, Bulgaria e Italia, donde fue regulada por ley de 6 de diciembre de 1925.

grupos: las especiales —eclesiásticos, tutor— y las generales, a cuyo grupo pertenece la exigencia del consentimiento del cónyuge y la que estamos estudiando.

La justificación de este requisito es fácil en la concepción tradicional de la adopción, que ve en ella un medio de consuelo para quienes carecen de hijos o un procedimiento legal destinado a asegurar la conservación del nombre familiar o la transmisión del patrimonio en ausencia de herederos de sangre directos. Sólo el interés individual o familiar del adoptante se toma aquí en consideración. Pero el fundamento no aparece tan claro si la adopción se configura desde el punto de vista moderno, en beneficio e interés del adoptado, ni siquiera argumentando que frente al interés de éste debe prevalecer el superior interés de la familia legítima e incluso de la natural reconocida, primero, porque dicho interés no se ve afectado por la concurrencia de hijos adoptivos y, en segundo lugar, porque con esa prohibición no se evita en todo caso la concurrencia, ya que es posible tener descendencia después de haber adoptado (v.gr.: adopción realizada por soltero o viudo que después se casa, adopción llevada a cabo por un matrimonio joven al que le nacen luego hijos). Nuestro legislador parece haber ido demasiado lejos cuando en el núm. 2.º del artículo 173 prohíbe la adopción a quienes tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos, si se piensa que ni siquiera los adoptados plenamente se encuentran equiparados a los hijos legítimos ni aun a los naturales reconocidos (Cfr.: art: 174, párrafos 2.º, 4.º y 6.º), como expone el legislador en el preámbulo de la Ley (29). A mayor abundamiento, si en el anterior artículo 174, núm. 2.º, sólo se vedaba la adopción a quienes tuviesen hijos o descendientes legítimos o legitimados, sin tomar en consideración los hijos naturales reconocidos a pesar de que la adopción parecía concebida en beneficio del adoptante, con mayor razón la reforma, que mantiene criterio opuesto y pretende favorecer a los menores adoptandos, debería haber reducido al mínimo las prohibiciones. Con ello, el legislador español no hubiera hecho otra cosa que seguir la tendencia de las modernas legislaciones, las cuales aportan excepciones cada vez más numerosas a la prohibición tradicional, autorizando la adopción incluso en presencia de hijos legítimos. Si las leyes de Argentina, Bulgaria, Chile, Filipinas y Guatemala mantienen todavía dicha prohibición, ésta ha sido suprimida en Costa Rica (Decreto de 19 de mayo de 1953), Ecuador (Ley de 5 de noviembre de 1948), Suecia (Ley de 10 de junio de 1939), Noruega, Dinamarca y Holanda (Leyes de 21 de diciembre, 25 de mayo y 26 de enero de 1956, respectivamente), aparte de otros muchos países en los que el criterio tradicional es, precisamente, admitir la adopción aunque

(29) "La situación jurídica del adoptado plenamente se asemeja a la del hijo respecto de su padre, aunque no adquiera propiamente el carácter de tal..." Y con referencia al derecho sucesorio se nos dice que "la posición del adoptado plenamente queda equiparada a la del hijo natural reconocido, tanto en la sucesión legítima como en la forzosa."

el adoptante tenga hijos legítimos, como sucede en Hungría, Servia, Ley inglesa de 1926, Código soviético de la familia de 1927 y la inmensa mayoría de las estadounidenses. En Islandia se permite la adopción en este caso si existen motivos importantes, y el Código letón de 1937 si prestan su consentimiento los hijos del adoptante o si el Tribunal aprecia la existencia de motivos admisibles. Un criterio parecido inspiró la Ley francesa de 8 de agosto de 1941 para permitir, durante los dos años siguientes a su promulgación, las adopciones a quienes tuviesen hijos legítimos siempre que éstos fuesen mayores y consintiesen en la adopción o en la legitimación adoptiva, y la Ley de 17 de abril de 1951 (arts. 1.º y 2.º) modificó los artículos 344 y 368 del Código Napoleón, estableciendo que “el nacimiento de uno o varios hijos o descendientes legítimos no impide la adopción o la legitimación adoptiva, por los dos esposos, del niño que hubiesen recogido antes de dicho nacimiento”, posibilidad que debiera haber sido recogida por el legislador patrio, sobre todo para el supuesto de abandonados o expósitos cuya adopción no es posible antes de los tres años en la forma plena (art. 178, párrafo 2.º), precisamente para evitar que puedan resultar perjudicados por una medida que debiera favorecerles.

Otras veces, las legislaciones permiten obtener una dispensa, posibilidad que también se le ha escapado al legislador español, como la Ley federal alemana de 8 de agosto de 1950 y el artículo 247 del Código civil venezolano, según el cual el Tribunal competente puede, previa información de los organismos oficiales de protección a la infancia, autorizar la adopción a los matrimonios con hijos, posibilidad que la jurisprudencia ha extendido a la viuda con hijos mayores. Si la principal dificultad nace del temor a que el adoptado menoscabe los intereses materiales de la familia legítima, puede adoptarse el sistema del Decreto de 3 de noviembre de 1955 en la República de El Salvador, consistente en permitir la adopción si el adoptante prueba que posee recursos más que suficientes. Lo que no es posible es desconocer la tendencia actual de las legislaciones hacia la desaparición de semejante prohibición, puesta de manifiesto en la vecina República mediante la presentación de dos proposiciones, de Pierre Joly y la Landry, autorizando la adopción en presencia de hijos legítimos mayores y menores, respectivamente (30). Con mayor razón resulta a la hora actual completamente desfasada la prohibición de adoptar impuesta a quien tenga hijos naturales reconocidos. Buena prueba de ello es que sólo el Código venezolano de 1922 (dejando a salvo la dispensa de que hemos hablado), la Ley argentina de 23 de septiembre de 1948 y el Código civil filipino de 18 de junio de 1949 la mantienen.

Expuesto el panorama de manera general, conviene ofrecer una síntesis de las objeciones formuladas para permitir adoptar a quienes tengan descendencia, para contemplar a continuación los distintos casos.

(30) Vid. *Doc. Parl.*, 1947, pág. 1.208, núm. 1.089, y 1948, núm. 4.845.

Siguiendo a un conocido autor (31), podemos reducir a las siguientes las objeciones principales:

1.^a Sería un atentado a la familia legítima. Este argumento es más filosófico que práctico, y responde, en todo caso, a la antigua concepción de la adopción como medio para proporcionar un sucesor al jefe de familia que carecía de hijos. Supuesto que el criterio actual es otro, no hay base para mantener esta objeción.

2.^a La introducción del adoptado en la familia del adoptante podría perjudicar los derechos e intereses de los hijos legítimos, quienes deberán repartir con aquél el cariño de sus padres y la herencia futura. Este es el argumento tradicional que, reducido a su parte material, tiene escaso valor, toda vez que la Ley se cuida de reservar a los hijos por la sangre derechos preferentes a los del adoptado. En cuanto al aspecto sentimental, resulta obvio que el cariño no es mayor ni menor porque se tengan más o menos hijos, no hay un límite del cariño paterno.

3.^a La presencia de uno o de varios hijos legítimos puede comprometer el éxito de la adopción; tarde o temprano aparecerán los celos, las discusiones, las envidias y, en fin, la desavenencia. Pero, ¿es que acaso no existen esas mismas envidias y rencillas entre hermanos legítimos? Por otra parte, los numerosos ejemplos de los países anglosajones demuestran que estas objeciones no son de temer, antes al contrario, reina más armonía en el seno de las familias donde se reúnen hijos legítimos y adoptivos. Precisamente ésta fue la causa de que en las discusiones habidas con motivo de la redacción de la Adoption Act 1956 no se tocase este supuesto problema, toda vez que la experiencia había demostrado no ser tal. Debe tenerse también en cuenta que la situación del hijo único, adoptivo o no, es la menos favorable para el desarrollo de la personalidad en óptimas condiciones, mientras que la convivencia de los hermanos sólo puede reportar mutuas ventajas. Lo interesante es desarrollar en los muchachos las nociones de fraternidad, desinterés y reparto, al mismo tiempo que la emulación, lo que se consigue, cabalmente, una vez superado el período inicial de celos que se presenta en casi todos los hogares cuando un niño ve llegar a otro nuevo. Este peligro es el mismo que existe al adoptar a varios niños, lo que es perfectamente posible en nuestro Derecho.

4.^a Semejante posibilidad facilitaría la introducción en la familia de los hijos adulterinos. Se echa por tierra este argumento con sólo pensar que si, según la actual regulación civil, la adúltera es la esposa, es muy probable que el hijo adulterino sea introducido en la familia automáticamente (Cfr.: arts. 108 y 109 del Código civil). De hecho, la modificación no supondría gran cosa. ¿Es que acaso deben pagar los hijos las culpas de los padres?

(31) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., "La sucesión abintestato del hijo adoptivo", en *RGLJ*, 1916, t. 128, págs. 39-60.

Veamos ahora, en particular, en qué casos se prohíbe la adopción habiendo descendientes:

1) Se refiere el Código, en primer lugar, a los descendientes legítimos. Por tales hay que entender aquellos parientes en la línea recta descendente que vivan o al menos no se presuma que han muerto en el momento de realizarse la adopción que será, en nuestro Derecho, cuando se otorgue la escritura correspondiente. Jugará aquí la presunción de legitimidad de los artículos 108 y 110 del Código. Algunos autores hacen actuar también la presunción del artículo 108 en relación con el artículo 29 para contestar a la pregunta de si es preciso que el hijo legítimo haya nacido o basta que se encuentre concebido el día en que la adopción se verifica. A este respecto son posibles las siguientes soluciones, al menos en teoría:

1.^a Prohibir en absoluto la adopción cuando el hijo legítimo está sólo concebido. Puede encontrar apoyo en el artículo 29 en cuanto dice que el concebido *se tiene* por nacido para todos los efectos que le sean favorables. Resulta evidente que si el hijo no llega a nacer con las condiciones legales, cesará esa prohibición. Por ello, prácticamente lo que hay es un aplazamiento de la adopción hasta que cese la situación de pendencia o la incertidumbre, momento en que se permitirá o se prohibirá.

2.^a Permitir la adopción, puesto que el *se tiene* del artículo 29 está condicionado por el *siempre que* del mismo artículo, a reserva de la posible impugnación de la adopción al nacer el descendiente con los requisitos legales. La posibilidad de tal impugnación choca actualmente con la desaparición del anterior artículo 180, al que ha venido a sustituir el artículo 175 con la tajante declaración de irrevocabilidad. Por ello, más que impugnación habría nulidad, por tratarse de un acto contrario a la Ley o realizado en su fraude (v.gr.: para anticiparse al nacimiento).

3.^a Permitir la adopción que será firme aunque el descendiente llegue a nacer con los requisitos legales. Solución que puede justificarse por la interpretación gramatical del artículo 173 —“tengan”— y porque, por tratarse de una disposición prohibitiva, ha de interpretarse restrictivamente, aparte de la firmeza que debe mantenerse para la relación adoptiva.

Como solución práctica proponemos la de que si el juez o funcionario conoce la concepción, suspenda el expediente hasta que se sepa ciertamente el nacimiento o que éste no puede ya tener lugar. Si la concepción se ignora por el funcionario o incluso por el propio adoptante, parece lo más indicado mantener la eficacia y subsistencia de la adopción ya realizada.

Si el descendiente está ausente, como la ausencia sólo implica incertidumbre acerca de la existencia de una persona ya nacida, su ascendiente no podrá adoptar. En cambio, si se ha declarado el fallecimiento del descendiente, como tal declaración entraña la presunción de muerte, su ascendiente podrá adoptar y semejante adopción no

podrá ser dejada sin efecto aunque se pruebe que el declarado fallecido vivía en el momento de celebrarse la adopción. Con esto queda contestado que la supervivencia o superveniencia de descendientes no puede afectar a la subsistencia del vínculo adoptivo, aunque sí se podrán revocar las donaciones hechas al adoptado (art. 644 C. c.).

Por descendientes legítimos hay que entender también los procedentes de matrimonio putativo e incluso del contraído de mala fe por parte de ambos cónyuges (art. 69), salvo que dichos hijos no pudieran tener la cualidad de legitimados ni naturales, pues de dar otra interpretación al artículo 69 resultaría que los hijos adulterinos estarían en mejor condición que los hijos de padres solteros por el mero hecho de haber mediado la "comedia" o farsa de un matrimonio.

2) En segundo término se prohíbe la adopción a quienes tengan descendientes legitimados. Esta prohibición comprende las dos clases de legitimación, por subsiguiente matrimonio y por concesión del Jefe del Estado o real. Si bien la equiparación entre los descendientes legitimados por matrimonio y los legítimos resulta correcta, habida cuenta de que ambos disfrutan de los mismos derechos (art. 122), no sucede lo mismo respecto a la que se establece entre legitimados por concesión y descendientes legítimos. Parece que para ser correcto, el legislador debió equiparar los legitimados por concesión a los hijos naturales reconocidos, cuyos derechos son sustancialmente idénticos, y, por consiguiente, sólo debería prohibir la adopción a quienes tuviesen descendientes legitimados por subsiguiente matrimonio o *hijos* (no descendientes) legitimados por concesión real. Resulta evidente que la legitimación tiene que ser anterior a la adopción. Si ambas estuviesen en trámite y no se declara legitimado al hijo o descendiente o sus padres no contraen matrimonio antes de realizar la adopción, ésta, efectuada con anterioridad, será válida, sin perjuicio de la posible aplicación de la doctrina relativa a los actos realizados en fraude a la Ley, incumbiendo la prueba del mismo a quien lo alega.

3) Por último, se prohíbe la adopción a los que tengan hijos naturales reconocidos. Se trata de una prohibición que no se encontraba en la primitiva redacción del Código y acerca de la cual no contiene explicación alguna la exposición de motivos de la Ley de 1958 (32). También aquí es preciso que el reconocimiento sea anterior a la adopción, en cualquiera de sus formas, voluntaria o forzosa. Si por tratarse de los hijos naturales que la doctrina llama presuntos, reconocidos por uno sólo de los padres, se demostrase luego que su verdadera condición impedía el reconocimiento, la adopción realizada sería válida, ya que se trataría de una prohibición realmente inexistente. En efecto, según el Código, la mera existencia de hijos ilegítimos de cualquier clase, en tanto que no sean reconocidos, no impide la adopción.

(32) Se limita a decir la exposición de motivos: "Las prohibiciones referentes a los adoptantes no experimentan más alteración que la de incluir en ellas no solamente a quienes tengan hijos legítimos o legitimados, sino también naturales reconocidos".

Con mayor razón no la impedirá que el adoptante tenga ya hijos adoptivos. Aunque nuestro Código no contenga una disposición semejante al parágrafo 1.743 del B. G. B., tal solución se deduce no sólo de que no se menciona a los hijos adoptivos en el artículo 173, sino que en varios artículos emplea el plural "hijos adoptivos" (arts. 166, 174).

¿Qué carácter tiene la prohibición del artículo 173, núm. 2.º? Estimo que obligará a los españoles que pretendan adoptar en el extranjero aunque la Ley del país respectivo no conozca tal prohibición, conforme a los artículos 9.º y 11 del Código civil. Ya hemos dicho que la adopción realizada infringiendo la prohibición será nula, conforme al artículo 4.º del Código.

Señalaremos, finalmente, que la prohibición del artículo 173, número 2.º, no rige en Cataluña, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.º de su Compilación: "Además de las personas a que se refiere el Código civil, podrán adoptar quienes tengan hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos".

h) *Consentimiento del adoptante y, en su caso, de su cónyuge*

Como todo acto jurídico, la adopción supone la existencia del consentimiento enteramente voluntario y libremente emitido de los sujetos que lo celebran, siendo, en principio, perfectamente aplicable la doctrina general sobre los vicios del consentimiento. Según Manresa (33), la prestación del consentimiento de las partes es la base esencial de la adopción. La Ley inglesa concede gran importancia a este momento: todas las personas llamadas a otorgar su consentimiento deben comprender el alcance de la institución y sus consecuencias, pues una vez emitido es irrevocable.

El consentimiento del adoptante no suele plantear problemas, por cuanto ha de ser necesariamente una persona mayor de edad y capaz. En nuestro Derecho, este consentimiento se manifiesta en el escrito inicial solicitando del juez la autorización para la adopción, en la ratificación del peticionario a presencia judicial y en el momento del otorgamiento de la escritura pública correspondiente, que es el culminante y decisivo. Por ello, no vemos dificultad alguna para admitir que el adoptante puede desistir de la adopción en cualquier momento hasta tanto no haya otorgado la correspondiente escritura (34). La irrevocabilidad establecida en el artículo 175 arranca precisamente de ese otorgamiento. Creo que no cabe aquí verdadera y propia representación —que la voluntad del representante valga, en la determinación del querer interno, como si fuera la del representado—, sino sólo representación impropia, análoga a la del nuncio. No es posible que el representante decida él si ha de adoptar o no, sino que partiendo de

(33) *Comentarios*, cit., pág. 118.

(34) El art. 298 del Código Civil italiano establece que adoptante y adoptado pueden retirar su consentimiento mientras tanto no ha recaído decreto judicial.

la voluntad de adoptar de su representado se limite a manifestarla en el momento correspondiente (35). El poder deberá constar en escritura pública (art. 1.280, núm. 5.º) y ser especial, esto es, para adoptar o ser adoptado por persona determinada.

Si la adopción fuese un contrato, bastaría con el consentimiento de las partes que lo celebran; mas como no es un contrato, o, al menos no es un contrato en exclusivo interés de quienes lo celebran, pues afecta a otras personas unidas a las partes por matrimonio o vínculo parental, de aquí que muchas legislaciones exijan el consentimiento de esas otras personas a las que puede afectar la adopción; cónyuge o hijos del adoptante, otros familiares de éste, cónyuge y parientes más próximos del adoptado.

Aunque nuestro Código se refiere al consentimiento del cónyuge del adoptante al hablar de las prohibiciones, entendemos que su naturaleza es la de un verdadero requisito y, por lo mismo, nos ocupamos aquí de él. Según el artículo 173, "se prohíbe la adopción: ... 4.º Al cónyuge sin consentimiento de su consorte". Lo que equivale a decir que se precisa el consentimiento del cónyuge del adoptante para poder adoptar.

No establece la Ley la forma ni el tiempo en que el cónyuge del adoptante debe prestar su consentimiento, y como el artículo 176 no lo incluye entre aquellas personas que han de manifestarse a presencia judicial ni tampoco la Ley de Enjuiciamiento Civil lo exige así, parece que nada obsta a que ese consentimiento sea posterior a la solicitud de adopción, si bien en la práctica suele hacerse constar en ésa mediante una cláusula, poco más o menos como la siguiente: "D..., contando con el consentimiento de mi consorte, que en prueba de conformidad firma la presente solicitud..." Y el juez hará que se ratifique el cónyuge, si lo cree conveniente, para evitar pueda retirar el consentimiento en el acto de formalizar la escritura. A diferencia de lo que vimos sucedía con el consentimiento del adoptante, entiendo que una vez ratificado el cónyuge, ya no es libre para retirar el consentimiento, si bien en la práctica la disparidad de criterios que revela la voluntad de retirarlo aconsejaría al otro cónyuge desistir de la adopción.

¿Qué sucederá en el supuesto de que el cónyuge del adoptante esté incapacitado, ausente o declarado fallecido? A la vista del texto legal es posible mantener dos soluciones:

1.ª Entender que la prohibición y consiguiente exigencia del consentimiento del cónyuge del adoptante es absoluta y, por tanto, que

(35) Los párrafos 1.748, párr. 2.º, y 1.750 del B. G. B. no admiten la representación. Por el contrario, ésta se admite en Turquía, mediante poder especial o general otorgado ante Notario. En nuestra Patria, los recurrentes en la sentencia citada de 30 de mayo de 1951 pretendían que nadie puede valerse de un tercero para reconocer un hijo ni utilizar los servicios de un apoderado para legitimar un hijo y, por consiguiente, que en la adopción tampoco cabe la representación, sino que deben comparecer los mismos interesados, sobre todo el adoptante, a la presencia judicial. Pero el Tribunal Supremo, a falta de precepto especial prohibitivo, no hace suya la tesis.

no podrá adoptar. Esta solución parece más aconsejable para el caso de ausencia que para los restantes, por la presunción de vida que lleva consigo y la provisionalidad de la situación.

2.^a Entender que la exigencia legal requiere presupuesto de aplicación y así que no será preciso dicho consentimiento cuando el cónyuge no se encuentre en situación de darlo, por imposibilidad de hecho o de derecho. Solución que parece más razonable para los casos de declaración de fallecimiento —porque se presume la muerte— y ciertos supuestos de incapacidad que implican falta de discernimiento.

Optese por una u otra solución, lo que sí creo es que ese consentimiento no podrá ser suplido por el organismo tutelar, ya que se trata de una cuestión muy personal: o se le exige al mismo interesado o se prescinde del consentimiento.

¿Quid en los casos de existir separación entre los cónyuges? Si la separación es de hecho, como carece de trascendencia jurídica, tal situación es irrelevante y se precisará el consentimiento del cónyuge. Si la separación ha sido decretada judicialmente, se puede llegar a la misma conclusión considerando que el artículo 173 no hace distinción alguna y que, como en nuestra legislación no existe el divorcio vincular, siempre pueden reconciliarse los cónyuges poniendo fin a la separación, en cuyo caso se le impondría a uno de ellos la situación creada por la adopción que el otro ha realizado sin su consentimiento. Hubiera sido, por todo ello, muy conveniente que la Ley se hubiera cuidado de especificar algo más, a semejanza de legislaciones extranjeras (36). Una posible salida a estas situaciones en beneficio del cónyuge

(36) El art. 346, párr. 2.º, del C. c. francés establece que “ningún esposo puede adoptar o ser adoptado mas que con el consentimiento del otro, salvo si éste se encuentra imposibilitado para manifestar su voluntad o si existe separación de cuerpos entre ellos”.

El párrafo 1.746 del B. G. B. preceptúa: “Quien está casado sólo puede adoptar o ser adoptado con consentimiento de su cónyuge. El consentimiento no es necesario si el cónyuge no está en situación para la emisión de una declaración duraderamente o si su paradero es duraderamente desconocido”.

El art. 297 del C. c. italiano se manifiesta en parecidos términos que el nuestro, con la diferencia de exigir el “assenso” en vez del “consenso”.

El art. 345 del C. c. belga requiere el consentimiento del cónyuge del adoptante a menos que haya sido declarado ausente o exista separación de cuerpos.

Según el art. 1.573 del C. c. griego una persona casada no puede adoptar ni ser adoptada sin el consentimiento de su cónyuge, salvo que se encuentre imposibilitada de manifestar su voluntad, sea por demencia o por cualquiera otra causa.

El art. 3.º de la ley de Islandia, núm. 19, de 11 de febrero de 1953, dice que uno de los esposos puede ser autorizado a adoptar sin consentimiento del otro, si éste carece de residencia conocida, está loco o aquejado de debilidad mental. El art. 3.º de la ley noruega de 21 de diciembre de 1956 se expresa en parecidos términos, y el cap. IV, art. 3.º, de la ley sueca de 10 de junio de 1949 sienta el principio de que los esposos sólo pueden adoptar en común; sin embargo, añade, uno de ellos podrá, con el consentimiento del otro, adoptar a sus propios hijos naturales, así como a los adoptivos o legítimos de su consorte. Si uno de los cónyuges está enajenado o padece debilidad mental o se ignora su residencia, puede el otro adoptar solo. Finalmente, el art. 65, párr. 2.º, de la ley checoslovaca de 1.º de enero de 1950, dispensa al cónyuge de obtener el consentimiento de su

que pretende adoptar pudiera encontrarse interpretando la expresión "consentimiento" como *asentimiento* a la adopción que el otro cónyuge realiza y aplicando la doctrina del abuso del Derecho cuando, además, el cónyuge no adoptante hubiera sido el culpable de la separación; o bien estimando que el juez puede suplir ese consentimiento. Todo el problema se hubiera evitado si en vez de exigir el consentimiento se hubiera dicho que el cónyuge del adoptante deberá ser oído por el juez, dejando a éste en libertad para que, si su oposición fuere fundada, denegase la autorización para la adopción. Por último, se nos ocurre que también puede indagarse cuál es la razón de exigir ese consentimiento. Parece que principalmente conservar la buena armonía en la familia y evitar un posible perjuicio económico al cónyuge en la herencia de su consorte adoptante. Pues bien, siempre que la buena armonía ya no exista o haya desaparecido el carácter de heredero forzoso del cónyuge (v.gr.: por haber incurrido en justa causa de desheredación o indignidad) parece que faltará la razón para exigir ese consentimiento y, por tanto, podrá prescindirse de él.

Nuestra legislación prescinde del consentimiento de otros parientes del adoptante que puedan ser afectados por la adopción. Este criterio es acertado y está de acuerdo con las tendencias modernas de las que son exponentes los Códigos japonés de 1948 —que prescinde del consentimiento del jefe de la familia anteriormente exigido por el Código de 1898— y el italiano de 1942, cuyo artículo 297 se limita a establecer la necesidad de que los padres del adoptante sean oídos por el Tribunal, a pesar de que el Proyecto exigía el consentimiento expreso; pero, según manifestaba el Ministro de Justicia, Solmi, semejante exigencia se eliminó porque resultaba excesiva (37). Solamente el Código civil búlgaro de 1949, siguiendo a la Ley de 1889, exige el consentimiento de los padres del adoptante. Los artículos 191 y 192 del Código de los Países Bálticos de 1864, aplicado en Estonia, se limitan a establecer la necesidad de la presencia de los padres del adoptante en el acto de la adopción para que se les puedan oponer los efectos derivados de ésta (38). Por último, la Ley francesa de 8 de agosto de 1941, reformó el artículo 370 del Código Napoleón disponiendo que si uno o varios de los ascendientes de los autores de la legitimación adoptiva no han dado su adhesión a la misma de modo auténtico, el legitimado y dichos ascendientes no se deberán alimentos ni tendrán la cualidad de reservatorios en sus sucesiones recíprocas. Pero en nuestro Derecho, como los efectos de la adopción alcanzan únicamente al adoptante, de una parte, y al adoptado y sus descendientes legítimos, de otra (arts. 174, párrafo final, y 179, párrafo 1.º), es lógico no exigir el consentimiento de quienes no serán afectados de modo inmediato por la adopción. No obstante, el juez podrá oírles si lo estima conveniente,

consorte cuando existe un obstáculo difícilmente superable o sufre interdicción.

(37) Vid. *Relazione*, núm. 142.

(38) Vid. ANCEL, M., *L'adoption dans les législations modernes*, París, Sirey, 1958.

pues tal audiencia cabe dentro de la expresión “información” a que alude la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el caso de que el adoptado estuviere sometido a la tutela de una Casa de Expósitos u otro establecimiento de beneficencia, la Administración del mismo oirá en el expediente a los más próximos parientes del adoptado; la audiencia de los parientes del adoptante, cabrá si se estima oportuno por la Administración al hacer ésta las “comprobaciones necesarias” a que alude el propio artículo 176, párrafo 2.º, del Código civil. En la generalidad de los casos se prescinde de la intervención de parientes del adoptante, a menos que éste los hubiese ofrecido en la información testifical. La diferencia establecida con respecto a los parientes del adoptado está justificada, porque si son los padres y el adoptado es menor, perderán la patria potestad. En otro caso, también se justifica, sobre todo si la adopción es plena, caso en que los parientes pierden los derechos que tuvieran respecto al adoptado (art. 179, párrafo final).

C) *Requisitos especiales del adoptante en la adopción plena*

Los requisitos expuestos hasta ahora son comunes a ambas clases de adopción, la plena y la menos plena. Mas la primera de ellas, de acuerdo con los efectos más fuertes que produce, exige también, en justa correspondencia, unos requisitos más rigurosos, los que vamos a exponer a continuación. Bien claramente establece la diferencia el artículo 172: “La adopción, por *sus requisitos* y efectos, puede ser plena o menos plena”.

Estos requisitos especiales del adoptante pleno se especifican en el párrafo 1.º del artículo 178: “Sólo podrán adoptar plenamente los cónyuges que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio. También podrán hacerlo las personas en estado de viudedad”.

De estos requisitos hay uno que se refiere al estado civil del adoptante: ser casado o viudo. Otros, que guardan estrecha relación con el estado matrimonial, bien de carácter previo —llevar cinco años de matrimonio—, bien de carácter simultáneo —proceder ambos cónyuges de consuno y vivir juntos.

i) *Estado civil del adoptante pleno*

La Ley exige que quien pretenda adoptar plenamente tenga el estado civil de casado o sea viudo. Es lógica la postura en que se coloca el legislador de exigir el matrimonio del adoptante pleno y, en este caso, que la adopción se efectúe por ambos cónyuges conjuntamente, pues la adopción plena pretende crear una situación familiar de alguna manera análoga a la que dimana de la paternidad legítima. A este respecto conviene señalar que muchos adoptantes se forman una opinión errónea de la adopción, no por ignorancia de lo que ésta sea, sino porque, engañándose a sí mismos, se hacen sinceramente ilusiones

sobre su vocación de padres que no corresponden a la realidad, fenómeno que se presenta con frecuencia en los matrimonios sin hijos, cuando los móviles reales para adoptar han sido el deseo de no diferenciarse de los demás matrimonios con hijos y, sobre todo para la mujer, poder mostrar las mismas alegrías e idénticas inquietudes que sus amigas madres de familia. En otras ocasiones se trata, en vez de esta envidia un tanto pueril, de la adopción deseada sólo por uno de los cónyuges, y a la que el otro accede por conformismo. Bien es la mujer la que siente que el matrimonio naufraga, y busca otra persona en quien depositar su cariño o un posible medio de retener al marido, caso de que éste llegue a interesarse por el niño; en este caso, el padre adoptivo no desea la adopción, el niño viene a ser una especie de regalo a su mujer, compensación tal vez inconsciente de sus faltas conyugales. Más raramente la adopción es deseada por el marido y meramente aceptada por la mujer, que, para evitar un posible conflicto, cree lo más cómodo acceder. El desacuerdo estalla cuando uno de los cónyuges se revela a los ojos del otro como incapaz de querer o educar al hijo, con mayor fuerza cuando esta incapacidad o desinterés se da en la mujer. Todo lo cual prueba que la adhesión total e igual de ambos esposos a la decisión de adoptar es requisito indispensable para una buena adopción. Aquí tendrá amplio margen la iniciativa judicial y sus aptitudes para una eficiente investigación psicológica. Otras veces se trata de esterilidad no aceptada por la mujer, que lleva a cabo la adopción impulsada por una especie de rencor contra su destino, planteándose entonces el problema en los siguientes términos: la futura madre adoptiva, ¿ha dominado su complejo encontrando la tranquilidad o bien se siente todavía presa de la angustia de ser un ser inferior? Una vez haya logrado vencer esa flaqueza, la adopción tendrá resultados favorables, habiéndose llegado a comprobar numerosos casos de mujeres que habiendo adoptado después de ocho, diez o incluso quince años de esterilidad, han concebido después de la adopción; lo que explica el ginecólogo americano W. S. Kroger por la desaparición del proceso inhibitorio debido al optimismo provocado por la adopción (39).

En cuanto al viudo, nuestra Ley le permite la adopción plena en virtud de "razones muy atendibles", según la exposición de motivos. Cuales sean éstas es fácilmente comprensible. La misma sensación de soledad, provocada por la pérdida del esposo, el deseo de llenar el vacío causado por la muerte del hijo único, la posibilidad de crear el lazo familiar con el niño a quien antes se había recogido, etc. En este caso, si el viudo que adoptó plenamente vuelve a contraer matrimonio, ¿podrá su cónyuge adoptar plenamente al que ya lo había sido por el bínubo? La adopción menos plena parece que sí será posible, pues

(39) Vid. CREAK, MILRED, "Psychiatric aspects of adoption", en *Journal of the medical women federation*, 5 de enero de 1952, págs. 35-38, y MICHEL-WOLFROM, "Psychisme et sterilité", en *Revue française de gynécologie et d'obstétr.*, 8 de mayo de 1953.

permitiendo el artículo 180 adoptar incluso al hijo legítimo, con mayor razón se permitirá adoptar al adoptivo del cónyuge. A mayor abundamiento, el párrafo final del artículo 173 dice que los cónyuges "pueden" adoptar conjuntamente, no que necesariamente deban adoptar en esa forma conjunta y simultáneamente. Como este artículo 173 es de aplicación general, parece un argumento favorable para permitir la adopción plena sucesiva de los cónyuges en este caso, una vez cumplidos los restantes requisitos del artículo 178. La exigencia de que ambos cónyuges procedan de consuno puede interpretarse en el sentido de que procedan de común acuerdo para adoptar y adopten ambos. Pero claro es que esta exigencia implica el presupuesto necesario y que cuando éste falte pueda autorizarse la práctica de la adopción plena. Queda por salvar la dificultad consistente en la posible consideración del adoptado como no abandonado ni expósito, sobre la que volveremos en su momento. Pero si bien en ese momento no tiene tal condición, la tuvo en un principio con respecto a su adoptante, lo que parece sería suficiente. La extensión de la facultad de adoptar plenamente a los viudos evita en nuestro Derecho el problema planteado en el francés (que sólo permite la legitimación adoptiva de ambos cónyuges), cuando fallece uno de los esposos después de presentada la solicitud de adopción. Y en este caso, no es posible la adopción "póstuma" prevista en el artículo 366, pues este artículo no se aplica a la legitimación adoptiva (40). En nuestro Derecho, la adopción póstuma no es posible, pero sí lo es que el viudo adopte plenamente a la persona que en esta forma se proponían adoptar él y su difunto consorte.

Una interpretación literal del inciso final del párrafo segundo del artículo 178, conduciría a la solución de que la adopción plena de los mayores de catorce años queda limitada a los cónyuges, esto es, no puede realizarla el viudo, puesto que exige que hayan sido *prohijados* antes de esta edad *por los adoptantes* (no *por el adoptante*). Esta interpretación puede apoyarse también en el cambio de redacción del párrafo que comentamos con respecto al artículo 178 del Proyecto, el cual especificaba: "Sólo podrán adoptar plenamente los cónyuges no separados legítimamente, que lo hagan de consuno y lleven más de cinco años casados; así como el viudo o viuda. Únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que tengan menos de catorce años y lleven más de tres en cualquiera de dichas situaciones. Podrán serlo también los abandonados o expósitos menores de edad, mayores de catorce años, si con anterioridad a esta edad estuvieron prohijados *por cualquiera de los adoptantes*". Frente a esto puede

(40) Según el art. 366 del Código francés, la adopción póstuma tiene lugar cuando el adoptante fallece antes de terminar las formalidades del procedimiento, pero después de haber presentado la solicitud de homologación, en cuyo caso la adopción prosigue hasta la aprobación por el Tribunal, si ha lugar. En cambio, si la muerte es anterior a la presentación de la solicitud de homologación, la adopción resulta ya imposible. (Req. de 17 de julio de 1934; S., 1934, 1.384; D. H., 1934, 506).

mantenerse que lo que exige el precepto es que ambos cónyuges hubieran prohiado, los dos, al adoptando y que, cumplido ese requisito, el supérstite puede adoptarlo plenamente. De aquí a la conclusión de que igualmente debe permitirse la adopción plena del que antes de esa edad hubiere sido prohiado por el adoptante sólo hay un paso. En cambio, no sería posible adoptar plenamente al mayor de catorce años, prohiado antes por uno sólo de los cónyuges, viviendo ambos esposos.

j) *Otros requisitos*

En el caso de que el estado civil del presunto adoptante pleno sea el de casado, ya sabemos que no puede adoptar plenamente él solo, sino que necesita llevarse a cabo la adopción por ambos esposos, quienes tienen que reunir, además, los siguientes requisitos:

1.º *Vivir juntos*.—Se entiende que la convivencia se refiere al momento de la adopción. No la impediría la separación previa, si ha habido subsiguiente reconciliación y existe posterior convivencia, actual al adoptar. La lógica exigencia de que adopten plenamente ambos cónyuges, puesto que con esta clase de adopción se “pretende crear una situación familiar de alguna manera análoga a la que dimana de la paternidad legítima”, en frase de la exposición de motivos de la Ley de 1958, se complementa con la exigencia de que vivan juntos, requisito que corresponde a la aspiración de crear una verdadera familia, dentro de las posibilidades legales, y asegurar el éxito de la adopción. No se opone al mismo la circunstancia de que transitoriamente los cónyuges residan en distintos lugares. En cambio, no existirá este requisito cuando exista mera separación de hecho, sea o no punible. Así se desprende del cambio de expresión con referencia al Proyecto —que se refería a la separación legítima—, lo que es justo. Desde otro punto de vista, no implica este requisito la exigencia de unión física entre los esposos.

2.º *Proceder de consuno*.—Con este requisito quiere decirse que han de adoptar ambos cónyuges, no uno sólo de ellos. Desde el primer momento ha de quedar patente que la adopción la realizan ambos. Entendido con este alcance no se ve razón para llevar más adelante el rigor y exigir que la adopción sea simultánea por ambos cónyuges. Claro que necesariamente habrá de serlo (no podrá adoptar primero uno y luego otro), pero nada impedirá que la adopción se realice en escrituras separadas, como, por ejemplo, se permite el testamento mancomunado aragonés. El proceder de común acuerdo y realizar el mismo acto no se destruye por escriturarlos en documentos separados, siempre que quede claro que el acto es único (41).

(41) Vid. Sentencia de 18 de mayo de 1959. Sucede aquí lo contrario que en la adopción menos plena, en la que los cónyuges pueden adoptar conjunta o sucesivamente. Por eso Manresa decía con referencia a la legislación anterior: “Se permite que coincida la manifestación de voluntad de ambos cónyuges, pero no es preciso que lo sea en un solo acto. No deja de haber adopción conjunta

3.º *Llevar más de cinco años de matrimonio.*—Se trata de una exigencia tendente a prevenir, en la medida de lo posible, la futura superveniencia de hijos de los adoptantes, aunque no la descarta por completo, pues, según hemos dicho antes, hay casos en que precisamente la mujer ha concebido después de un plazo de hasta quince años de esterilidad, en virtud de la desaparición del proceso de inhibición debida al optimismo provocado por la adopción (42). Como dice la exposición de motivos de la Ley de 1958, “así se evitan posibles adopciones precipitadas en los primeros tiempos del matrimonio y aun cuando no se elimina la posibilidad de algún caso de supervivencia de hijos con posterioridad a la adopción, al menos se consigue con los caracteres de generalidad que deben ser contemplados por el legislador”. El cumplimiento de este requisito se acreditará normalmente con las certificaciones de matrimonio de los adoptantes. Se trata de un requisito previo, que deberá reunirse al presentar la solicitud de adopción.

aunque ambos cónyuges otorguen la respectiva escritura en momentos distintos (op. cit., pág. 109).

(42) Vid. lo expuesto en nota 39.

Negocio abstracto y reconocimiento de deuda

JOSE LUIS DE LOS MOZOS

SUMARIO: Planteamiento.—I. EL PROBLEMA DEL NEGOCIO ABSTRACTO DESDE LA PERSPECTIVA DEL SISTEMA INTERNO DEL DERECHO CIVIL: a) Diferencias entre el Derecho alemán y el Derecho español respecto de la diversa disposición del ordenamiento en materia de negocio abstracto y de la distinta significación de la causa. b) El *negocio real abstracto* del Derecho alemán como base de la construcción sistemática de la disciplina del negocio abstracto, a pesar de sus incongruencias.—c) Necesaria reconstrucción en torno a una valoración adecuada del elemento causal como comprobación sistemática en la causa del negocio y en la causa de la atribución.—II. EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA: PRIMACÍA DE UNA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA SOBRE EL ARGUMENTO COMPARATISTA O MERAMENTE CONCEPTUAL.—a) Tipos de reconocimiento según su alcance: reconocitivo, declarativo y constitutivo (confesión y reconocimiento).—b) Fidelidad histórica al criterio causalista.—c) La jurisprudencia del T. S. y el juego del artículo 1.277 C. c.

PLANTEAMIENTO

Aunque la doctrina del negocio abstracto, generalmente, se plantea en sus justos términos, también es cierto que se pueden observar ciertos excesos terminológicos y de expresión que pueden inducir a confusión con alguna facilidad, sobre todo cuando son innecesarios porque no se corresponden con la estimación real y efectiva del problema. Por otra parte, de los supuestos que se califican, por el sector de la doctrina que en tal sentido se manifiesta, de negocio abstracto, es acaso el *reconocimiento abstracto de deuda*, juntamente con la *promesa abstracta*, el que más repugna, de una manera intuitiva a una normal conciencia jurídica, ya que tal configuración, aun llegando a la concepción meramente *formal* del negocio abstracto, choca con la convicción de que el Derecho debe mantener, salvo en circunstancias muy excepcionales que por ello han de ser singularmente contempladas, un mínimo de fundamentación material en cualquier clase de relaciones jurídicas.

Por esto causa cierta extrañeza encontrar, en particular en la jurisprudencia, afirmaciones en las que, en términos algo excesivos, se habla de negocio abstracto de reconocimiento de deuda (1). Cómo

(1) Así con antecedente en las SS. de 14 de enero de 1935 y 27 de junio de 1941, en las SS. de 8 de marzo de 1956 y 13 de junio de 1959. Y en relación

puede fácilmente comprenderse, lo que aquí se trata, es poner en tela de juicio, en general, el criterio expansivo con que se ha tomado el concepto y la denominación de negocio abstracto, y, en particular, la configuración del reconocimiento de deuda como negocio abstracto. Para ello hemos llamado la atención, haciendo constar nuestra extrañeza por la terminología utilizada, en particular por la jurisprudencia. Así nos encontramos con que la sentencia de 14 de enero de 1935 habla de *causa abstracta*, cuando la causa no puede ser abstracta (sea del negocio, contrato o atribución); ha de ser concreta, material. Si un negocio, contrato o atribución no tiene causa, hay que buscarle otro fundamento. Otra cosa distinta, aunque íntimamente relacionada con ello, es que, en el negocio abstracto, se haga abstracción de la causa. Pero entonces lo importante es determinar cómo y por qué tiene esto lugar.

Por otra parte, el camino elegido para abordar el tema se centra en torno a la fundamentación del pretendido negocio abstracto de reconocimiento de deuda en relación con la admisión y alcance reconocidos al negocio abstracto en el Derecho español. Pero un excesivo desarrollo del conceptualismo, en relación con esta materia, nos impide partir de un análisis en relación con la naturaleza jurídica de esta figura (2). Aunque el adoptar esta postura no sólo depende de un prurito metodológico, sino porque al pretender estudiar el reconocimiento de deuda, en relación con el negocio abstracto, nos encontramos, como veremos, con que esta temática principalmente ha sido objeto de desarrollo, modernamente, a propósito de los llamados *negocios de fijación* que obedecen, en numerosas tendencias doctrinales, a una construcción técnica derivada de la propia doctrina alemana del negocio abstracto. Y, entonces, si respecto de ésta es unánime la convicción, tanto entre sus partidarios como entre sus detractores, de que hay que someterla a una necesaria adaptación para aplicarla en nuestro Derecho, tendremos que hacer notar que no se ha intentado, en cambio, en relación con su derivado, el reconocimiento de deuda, sino de modo ocasional, aunque se le califica de negocio abstracto.

Con todo, no se pretende tampoco situar la cuestión, exclusivamente, desde el punto de vista de una crítica de la teoría del negocio abstracto. Teoría que, como es sabido, desde un principio tuvo en Alemania sus detractores (3), conforme a una tendencia

con esta jurisprudencia, como base del reconocimiento del negocio abstracto en nuestro Derecho, NÚÑEZ LAGOS, *Cobro de lo indebido y enriquecimiento sin causa*, en *Mucius Scaevola*, XXX-2, (Madrid, 1961), págs. 638 y ss. y CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, IV, 9.^a ed., Madrid, 1961, págs. 787 y ss.; en contra de ese criterio jurisprudencial, LÓPEZ VILAS, *Estudio sobre el reconocimiento de deuda*, en RDP, 1965, págs. 873 y ss., y en particular, págs. 871-873. Pero, sobre todo, ESCRIVÁ DE ROMANÍ, *El reconocimiento abstracto de deuda y la Sentencia de 8 de marzo de 1956*, en RCDI, XLI (1965), págs. 1045 y ss.

(2) Aparte de que esto ya ha sido últimamente intentado correctamente por LÓPEZ VILAS, *Op. cit.*, en RDP, 1965, págs. 873 y ss.

(3) Antes de la publicación del BGB y precisamente en relación con la

que, con posterioridad a la publicación del BGB, lejos de irse reduciendo, se ha ido engrosando, adquiriendo aún mayor volumen en ciertas "épocas constituyentes", como sucedió en torno al fracasado Proyecto del VGB. A esta época corresponde, precisamente, la acerba crítica de F. HECK recayendo sobre el negocio tipo que sirve de fundamento sistemático al negocio abstracto, es decir, sobre el *negocio real abstracto* que el BGB establece para la transmisión de la propiedad y otras modificaciones reales (4). Crítica que fundamenta en la "jurisprudencia de intereses", utilizando a veces argumentos de *lege ferenda*, dada la ocasión y el planteamiento que ofrece el Derecho positivo alemán. En nuestro caso, con un planteamiento diferente, en relación con nuestro propio ordenamiento, no tenemos necesidad de abandonar el puro plano de la dogmática, sin que, por ello, olvidemos del todo la presencia de los intereses (5) que, tradicionalmente, ponen en juego los conceptos jurídicos, sobre todo, si son utilizados reflexivamente y con moderación, en contraste con el *sistema interno* del propio ordenamiento, que es, únicamente, donde tienen sentido (6). Por ello, antepondremos las consideraciones siste-

discusión parlamentaria del Primer Proyecto, tiene especial interés el trabajo de STROHAL, *Rechtübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, en *Iher. Jb*, 27 (1889), páginas 335 y ss.

(4) *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1937. Trabajo a cuya divulgación ha contribuido últimamente la RCDI, 1965, págs. 1443 y ss., publicándole traducido y en cumplimiento de un propósito que expresa su Consejo de Redacción en el preliminar a su inserción en las páginas de la revista y que merece toda alabanza.

(5) Para una acertada crítica de la "jurisprudencia de intereses", ya DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 3.^a ed. (1.^a, 1942), Madrid, 1955, págs. 503 y ss.; WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. esp., Madrid, 1957, págs. 510 y ss.; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Göttingen-Heidelberg, 1960, págs. 123 y ss. y, allí, otras referencias. KASER, en su conferencia, *En torno al método de los juristas romanos*, trad. esp., Valladolid, 1964, págs. 33-34, en nota, nos indica que: "el llamado *nuevo* método de valoración de intereses en el último decenio ha sido relegado a un segundo plano por perspectivas metodológicas más recientes, que sobrepasando la ponderación de intereses tratan de llegar a una visión más profunda de las normas supremas del Derecho, sobre todo en relación con la elaboración jurídica extralegal".

(6) La técnica comparatista de la "jurisprudencia de conceptos" toma a éstos sin raíces. Pero no por ello hay que olvidar que la *dogmática* lleva en sí misma una función representativa (sistemática) y una función axiológica (valorativa), como ha dicho BERTI, *Teoria generale della interpretazione*, II, Milano, 1955, pág. 813. Lo que toma un profundo sentido al comprobar el valor de un principio en relación con un determinado ordenamiento. Por ello, el "sistematismo", podemos decir, siguiendo a ESSER, "no es una arbitraria construcción geométrica, sino el encuadramiento necesariamente consecuente" de una cuestión, en relación con el complejo de cuestiones o problemas en que se halla comprendida (*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. esp., Barcelona, 1961, págs. 8-9). Si bien la referencia de ESSER alude a un planteamiento no absolutamente coincidente con el que nos ocupa, aunque sirve para fijar el alcance que queremos dar al *sistema*, lo que por otra parte tratamos de conseguir hablando de *sistema interno* para evitar

máticas al análisis de los intereses, lo que puede quedar para otra ocasión. De este modo, evitaremos caer en una elaboración jurídica puramente naturalista, además que, como ha dicho KASER siguiendo a WIEACKER, a propósito de un planteamiento semejante, así “adquieren también concepto e institución un significado mucho más profundo de los que hubiera podido normalmente soñar la aburrida polémica en torno a la llamada jurisprudencia conceptual” (7).

I. EL PROBLEMA DEL NEGOCIO ABSTRACTO DESDE LA PERSPECTIVA DEL SISTEMA INTERNO DEL DERECHO CIVIL

a) *Diferencias entre el Derecho alemán y el Derecho español respecto de la diversa disposición del ordenamiento en materia de negocio abstracto y de la distinta significación de la causa.*

PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, ilustres defensores de la aplicación de la teoría del negocio abstracto a nuestro Derecho, no dejan de reconocer, como no podían por menos, las diferencias existentes entre ambos ordenamientos, en este punto (8), aunque partiendo de la posibilidad de adaptación de esta disciplina, conscientes de las dificultades que ello implica, por otra parte. Pero antes de hablar de estas diferencias y de las correspondientes dificultades con las que tropieza la adaptación del esquema del negocio abstracto, vamos a indicar qué se entiende por negocio abstracto en el Derecho alemán.

Es curioso hacer notar de antemano, y esto siempre ha estado presente en la doctrina, que, precisamente, es a propósito del negocio abstracto donde la doctrina alemana se ocupa del tema de la causa, lo que llevará consigo una visión inadecuada del objeto primordial de este planteamiento. Hecha esta advertencia, que no conviene olvidar desde el primer momento, nos encontramos con que la doctrina alemana, de acuerdo con el BGB, entiende por *negocio abstracto* aquel en el que el *convenio causal no forma parte del contenido del negocio*. Así indican ENNECERUS-NIPPERDEY que: “La declaración

equivocos. Que se puede hablar de sistema en estos sentidos y en el que aquí nos interesa como contrapuesto a la ordenación positiva de las leyes, no ofrece duda. Así, KASER reconoce la existencia de un *sistema interno* en el Derecho romano clásico, pues aunque los conceptos romanos o las normas sean configuradas en torno al caso concreto, “no hay que olvidar que los juristas elaboran y manejan cuidadosamente estas normas, ya de por sí flexibles, de modo que no choquen unas con otras. Esta manera de compaginar las normas unas con otras implica ya una buena dosis de sistemática interna que desborda el mero empirismo”. Bien que concluirá diciendo que el sistema de la jurisprudencia clásica se diferencia del sistema de las codificaciones en que es un sistema abierto, en vez de un sistema cerrado (*Op. cit.*, págs. 35-36). Para un planteamiento general sobre los problemas del sistema, sobre todo, WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems in bürgerlichen Rechts*, Graz, 1950.

(7) *Op. cit.*, pág. 34, en nota.

(8) *Notas a ENNECERUS-NIPPERDEY, Tratado de Derecho civil*, I-2, traducción española, 2.^a ed., Barcelona, 1950, págs. 87 y ss., y *Op. cit.*, II-2, 2.^a ed., Barcelona, 1950, pág. 534, por lo que se refiere al reconocimiento de deuda.

de enriquecer el patrimonio de otro por sí sola (más la aceptación si se trata de un contrato), y sin la causa, constituye el contenido del negocio. *El negocio queda separado, abstraído del convenio causal; es un negocio abstracto.* Considerada en sí esta separación de lo que económicamente es conexo aparece como artificiosa. No obstante, los negocios abstractos son muy frecuentes porque dan mayor relieve a la claridad y seguridad de los efectos del negocio, dando en consecuencia a los derechos que constituyen una gran facilidad para su circulación en el tráfico" (9). También von THUR se sitúa en el mismo punto de partida, efectuando con toda propiedad un análisis del mismo, al decir que "toda atribución patrimonial se funda en una finalidad jurídica (la causa), que por lo general establecen las partes. El negocio de atribución patrimonial es causal cuancto, como ocurre en la mayoría de las relaciones crediticias, el acuerdo sobre la causa integra el negocio de atribución. Sin embargo, y con más frecuencia el acuerdo sobre la causa se considera como un elemento externo que no entra en el *factum* de la atribución; si la atribución se efectúa mediante contrato, para su validez no se exige más que el acuerdo de las partes respecto de la modificación jurídica que se proponen realizar" (10). E igualmente LARENZ, al poner de relieve, por otro lado, la función del negocio abstracto en relación con la peculiaridad de sus efectos, se hace cuestión del sentido que puede tener una promesa de prestación abstracta, independiente y aislada, diciendo que: "Nadie querrá obligarse frente a otro sin alguna causa o finalidad; para el que se obliga siempre habrá subjetivamente una causa de su obligación. Si, no obstante, se obliga sin consideración a un fin negocial determinado mediante una promesa aislada, lo hará casi siempre para suplir (sustitución de la obligación, novación) o para reforzar la obligación constituida de otro modo (mediante un negocio de contenido concreto y de finalidad definida), en el caso de refuerzo la nueva obligación se coloca al lado de la anterior para darle más solidez. También es posible que una obligación dudosamente vinculante haya de ser fijada y para ello se crea una pretensión con base distinta." Pero lo verdaderamente importante, como añade el propio LARENZ es que: "El fortalecimiento de una obligación mediante constitución de otra dirigida al mismo resultado, pero como vinculación *autónoma*, repercute en el proceso a favor del acreedor. Si éste reclama judicialmente la prestación, ha de afirmar, y en caso de ser negados, probar aquellos hechos de los que se deduzca la pretensión afirmada. A este fin cuando se trata de hechos complicados, por ejemplo, de pretensiones derivadas de un contrato de gestión de negocios o de sociedad (sobre abono de gastos, comisiones, ganancias) pueden presentársele grandes dificultades de prueba. En los contratos bilaterales ha de contar, además, con que el deudor puede ejercitar la excepción de contrato no cumplido y ello le

(9) *Op. cit.*, I-2, pág. 78.

(10) *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, III-1, traducción cast., Buenos Aires, 1948, pág. 118.

obligará a probar su contraprestación o que el demandado estaba obligado a cumplir previamente la suya. En muchos casos puede hallarse ante plazos de prescripción breves. Mucho más fácil es para él que, sin necesidad de remitirse a la relación jurídica originaria, pueda invocar sencillamente que el demandado se ha obligado frente a él "independientemente" a realizar la prestación que se le exige. De esta forma será considerablemente facilitada la carga de la afirmación y de la prueba y precisamente por esta razón con frecuencia insistirá en dicha promesa (11).

Con estas referencias ya nos hacemos una idea del punto de partida de la cuestión, de su configuración técnica, de la razón de política legislativa para su establecimiento y, sobre todo, de la función que cumplen en relación con sus consecuencias jurídicas. Sólo queda indicar que, en el Derecho alemán, son abstractos los actos dispositivos (12) y ciertos negocios que fundamentan obligaciones. En particular, es abstracta la transmisión de la propiedad y la constitución, transmisión y modificación de los demás derechos reales y de los derechos sobre bienes inmateriales, también lo son la remisión y la transmisión de los créditos (cesión de créditos, asunción de deuda, remisión de deuda) y algunos pocos negocios obligatorios (promesa abstracta de deuda, reconocimiento de deuda, emisión de títulos al portador, letra de cambio y otros negocios literales propios del tráfico mercantil) (13).

Ahora bien, como previamente hemos advertido, el núcleo de la cuestión depende del concepto de causa y de su configuración, pero este tema le reservamos para la revisión crítica de la propia doctrina alemana del negocio abstracto, no hay por qué plantearle ahora a propósito de la adaptación de aquella doctrina a nuestro Derecho. Aquí lo único que interesa es el diverso sentido con que se toma el término causa y de lo que se deduce su diferente configuración en ambos ordenamientos. En el Derecho alemán se habla de causa a propósito del enriquecimiento injusto (§§ 812 a 882 BGB); pero, en todo caso, la causa no es un requisito extrínseco del negocio; como sucede en los Derechos latinos, se trata de una mera *causa naturalis*, no de una *causa civilis*, y viene representada exclusivamente en sentido subjetivo, conforme a esa concepción aludida, como la *finalidad* querida por las partes (acuerdo sobre la causa) (14). En cambio, en nuestro

(11) *Derecho de obligaciones*, II, trad. esp., Madrid, 1959, págs. 460 y ss. y, concretamente, págs. 461-462.

(12) Para el concepto de negocio de disposición, Von THUR, *Op. cit.*, II-1, páginas 264 y ss.

(13) Así, por todos, Von THUR, *Op. cit.*, III-1, págs. 118-119; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Op. cit.*, I-2, pág. 82.

(14) Esto explica el que el prodio BAEHR, uno de los epígonos de la doctrina del negocio abstracto, durante el siglo XIX, facilitara el camino de su admisión al considerar que se podría hacerlos derivar del principio de la *autonomía privada* (*Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 2.ª ed., Cassel, 1867, pág. 169, cita de LARENZ, *Op. cit.*, II, n.º 462.) Una reacción crítica, frente a este planteamiento encontraremos en diversos autores, por el momento: ESSER, *Schul-*

Derecho, con independencia de la concepción que se tenga de la causa, ésta viene establecida como requisito autónomo del negocio jurídico (arg. ex art. 1.261 C. c. y concordantes), por lo que al admisión del negocio abstracto, en los partidarios de esta tendencia, se subordina a la presunción sobre la existencia y licitud de la causa en los contratos, establecida en el artículo 1.277 del Código civil, con lo que se trata, necesariamente, de negocio abstracto en sentido *procesal* o formal, si bien esto no aparezca exactamente configurado en todas sus consecuencias por esa orientación doctrinal (15), o se pretende, en virtud de una interpretación expansiva del propio artículo 1.277 del Código civil generalizar la posibilidad de los negocios abstractos, como defienden PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (16).

Ahora bien, esta admisión, aun la de carácter limitado o parcial, implica un contrasentido, al llevar las cosas más lejos que el modelo propuesto, pues, a pesar de que en la adaptación que se propugna se invoque también el artículo 1.255 del Código civil, la cuestión de la *autonomía privada* como fundamento del negocio abstracto, no queda muy clara, ya que en el sistema del BGB (17) la autonomía privada al configurar la *causa naturalis* del negocio sirve de fundamento, precisamente, a los negocios causales, no al negocio abstracto. Así, el propio LARENZ dice que el reconocimiento de la autonomía privada, como todo principio de Derecho, no puede reconocerse sin limitaciones y, por ello, el BGB, al admitir el negocio abstracto, "ha procurado, mediante la estructuración de las normas del enriquecimiento injusto, que el deudor conserve las excepciones derivadas del negocio primitivo que sirve de base a la promesa abstracta" (18). Y con más claridad, Von THUR expresa que "la naturaleza abstracta de los negocios dispositivos no descansa en la voluntad de las partes, que no tienen mucha comprensión para las cuestiones técnico-jurídicas, sino que depende

drecht, 2.ª ed., Karlsruhe, 1960, págs. 50-51; LANGE, *BGB. Allgemeiner Teil*, séptima ed., München und Berlin, 1964, págs. 256 y ss.; BOEHMER, *El Derecho a través de la jurisprudencia*, trad. esp., Barcelona, 1959, págs. 606 y ss.; pero, sobre todo, FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1965, págs. 152 y ss. y 167 y ss. De todos modos, cuando se alude en el texto a *causa naturalis*, se tiene presente el hecho de que el ordenamiento no exige la causa, advertencia que hacemos para distinguir la configuración de la causa en este sentido de la doctrina medieval de la *causa naturalis*, que se desarrolla particularmente entre los canonistas.

(15) Así, NÚÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, en *Mucius Scaevola*, XXX-2, págs. 628 y ss. CASTAN, *Derecho civil*, IV, págs. 776 y ss.; OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho civil, Obligaciones y contratos (Parte General)*, Granada, 1956, páginas 266 y ss. Sobre este argumento, recientemente, LÓPEZ VILAS, *Los llamados negocios jurídicos abstractos*, en RDP, 1965, págs. 487 y ss. y, concretamente, págs. 496 y ss.

(16) *Op. cit.*, I-2, págs. 91 y ss. y II-2, págs. 527 y ss.

(17) Otra cosa puede resultar de la fundamentación de la teoría del negocio abstracto, anterior al mismo, lo que nos lleva al planteamiento crítico que hemos reservado para más adelante.

(18) *Op. cit.*, II, págs. 462-463.

de la estructura del Derecho objetivo y se justifica por razones de política legislativa" (19). Por otra parte, hay que tener presente que la disciplina del negocio abstracto se completa con una estricta regulación sobre el enriquecimiento injusto (§§ 812 a 822 BGB) y, además, con las reglas que ENNECERUS agrupa de la manera siguiente, como contrarias al principio de abstracción: "a) Las partes pueden (exceptuando la transmisión de fincas, § 925) elevar la validez del convenio causal a condición (más exactamente, *condictio in praesens collata*) de la eficacia del negocio de disposición. b) En ciertos casos, el negocio causal y el negocio de disposición, que sirve para el cumplimiento del primero, pueden estar ligados recíprocamente de tal suerte que haya lugar a la aplicación de la regla del § 139 (20). c) La misma falta que es achaque del convenio causal puede alcanzar también al negocio de disposición; así ocurre frecuentemente con la impugnabilidad" (21).

Estas diferencias en la fundamentación del negocio abstracto, en ambos Derechos, han sido advertidas en nuestra doctrina, justamente, por los detractores de la adaptación de la teoría del negocio abstracto al Derecho español. Así, ALBALADEJO, ROCA SASTRE y otros autores entienden que los particulares no pueden crear a su arbitrio negocios abstractos, ya que la abstracción sólo sería posible cuando la ley derogase los artículos 1.261, 3.º, y 1.274 del Código civil (22); insistiendo, por otra parte, en que la abstracción lograda al amparo del artículo 1.277 del Código civil es meramente *procesal*, que únicamente implica relevación de la prueba de la causa (23), alcance que, como veremos, sólo puede admitirse aun con muchas restricciones. Incluso PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER reconocen que existe alguna diferencia entre el Derecho alemán y el español, en relación con el amparo y defensa del deudor, frente a la acción del acreedor, en el negocio abstracto, pues su oposición al crédito no se halla fundamentada en una *condictio*, sino en la acción o reconvencción de nulidad (24), con lo cual los efectos son diferentes. Lo que nos revela, con toda claridad, el desajuste sistemático de esta tendencia doctrinal al pretender la adaptación del negocio abstracto al Derecho español. Y esto sin considerar,

(19) *Op. cit.*, III-1, págs. 119-120.

(20) Cfr. § 139 BGB. "Si una parte de un negocio jurídico es nula, es nulo todo el negocio jurídico si no ha de entenderse que sería celebrado incluso sin la parte nula."

(21) *Op. cit.*, I-2, pág. 83.

(22) ALBALADEJO, *Notas a CARIOTA FERRARA, El negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1956, pág. 167 y, después, en otros trabajos, opinión que reitera en su manual, *Derecho civil*, I, Barcelona, 1961, págs. 390-393; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, Barcelona, 1954 (5.ª ed.), págs. 716-717.

(23) ALBALADEJO, *Ibid.*; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, págs. 702 y ss. y *El enriquecimiento sin causa*, en *Estudios de Derecho privado*, I, Madrid, s/d., págs. 490 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1954, págs. 168 y ss.; LÓPEZ VILAS, *Op. cit.* en RDP, 1965, páginas 490 y ss.

(24) *Notas a ENNECERUS-NIPPERDEY, Op. cit.*, II-2, pág. 534.

por ejemplo, que tanto para la transmisión de la propiedad como respecto de la promesa o el reconocimiento de deuda no existen en nuestro Derecho preceptos análogos a los §§ 925, 929 y 780 y 781 BGB, respectivamente.

Volviendo a la distinta significación de la causa, en ambos Derechos, nos encontraremos con que, a pesar de ello, la más reciente doctrina alemana plantea la cuestión en términos que no dejan lugar a la menor duda. Así, W. FLUME dice que “todo negocio de atribución requiere un fundamento jurídico, una causa, para que la atribución como tal quede justificada en relación con el negocio establecido por las partes. La atribución puede obtenerse mediante disposición negocial o mediante regulación legal”. Añadiendo que “el concepto de causa viene aquí por ello determinado como el fundamento de la atribución...”, “lo que se consuma inmediatamente bien a través de una fundamentación legal o a través de la determinación de una regulación negocial” (25). El mismo JAHR, ferviente defensor del principio de abstracción, en un reciente trabajo, da por supuesta esta fundamentación legal del negocio abstracto al decir que “las partes, al utilizar los sistemas típicos, se adaptan a los fines previstos en el ordenamiento”, lo que tiene perfecto sentido, sobre todo en el propio planteamiento en que se desenvuelve su trabajo (26).

La diferencia, por tanto, entre ambos ordenamientos es bien elocuente. “La técnica de la atribución en los *negocios abstractos* —dice W. FLUME— funciona en contra del aforismo medieval, por lo que podría formularse diciendo: *cessante causa non cessat effectus*”, de acuerdo con los §§ 812 y siguientes del BGB. En cambio, en los negocios causales rige el viejo aforismo: *cessante causa, cessat effectus* (21). Otro tanto podría decirse, generalizando la contraposición, entre el Derecho alemán y el Derecho español en esta materia.

b) *El negocio real abstracto del Derecho alemán como base de la construcción sistemática de la disciplina del negocio abstracto, a pesar de sus incongruencias.*

La doctrina alemana del negocio de atribución pone de relieve la continuidad sustancial de este esquema, tanto para los negocios traslativos de los derechos reales como respecto de los negocios obligatorios; de este modo se confunde la *causa del negocio jurídico* con la *causa de la atribución*. No obstante, el planteamiento respecto de la continuidad interna del negocio de atribución es perfectamente correcto. Esto provoca un paralelismo entre el mecanismo de los *negocios reales* (que sirven para la constitución, modificación, transmisión y

(25) *Op. cit.*, II, *Das Rechtsgeschäft*, págs. 152-153.

(26) *Zur iusta causa traditionis*, en ZSS, *rom. abt.*, 80 (1963), págs. 141 y ss. y, concretamente, pág. 149.

(27) *Op. cit.* II, *Das Rechtsgeschäft*, págs. 156-158.

extinción de la propiedad y de los derechos reales) y las normas de cumplimiento de las obligaciones. Paralelismo que también se observa en el Derecho español. Por ello, no debe extrañarnos que W. FLUME considere la transmisión de la propiedad como paradigma de los negocios de atribución y enfoque desde este punto de vista el planteamiento de la cuestión de los negocios abstractos (28).

Ya sabemos cómo FLUME considera el fenómeno del negocio abstracto. Toda atribución requiere un fundamento jurídico; este fundamento puede ser negocial o legal; lo mismo sucede con la transmisión de la propiedad. Lo que ocurre, según la opinión del profesor de Bonn, es que la doctrina alemana toma como base de la distinción entre negocios de atribución causales y abstractos la diversa configuración, en el ordenamiento de la técnica jurídica positivista, así dice: "Los negocios de atribución abstractos presentan en el ordenamiento una configuración semejante a la de los negocios atípicos, ya que el fundamento de la atribución no forma parte del negocio. En los negocios causales, por el contrario, la determinación del fundamento de la atribución pertenece al contenido del negocio. La distinción se aclara contraponiendo, por ejemplo, la transmisión de la propiedad regulada en forma abstracta por nuestro ordenamiento y el contrato de compraventa como negocio causal". Añadiendo, por otra parte, que "la transmisión de la propiedad es configurada por el ordenamiento como un negocio atípico, su fundamento en nuestro Derecho no puede manifestarse. No existe en él un acto de transmisión de la propiedad mediante la compraventa o la donación, sino un acto de transmisión de la propiedad *per se* que no revela el fundamento jurídico y por el que es válida la transmisión de la propiedad". De ahí la conclusión que extrae FLUME y que aquí queremos poner de relieve: "Por ésto, la regulación atípica del negocio de atribución que abstrae su fundamento jurídico, se manifiesta, en la regulación de los negocios jurídicos, en el negocio abstracto" (29).

Y es, en torno a este punto, donde se centran las críticas más certeras, en relación con la configuración por el ordenamiento del *negocio abstracto* y, con su más importante soporte sistemático, el *negocio real abstracto*, que sirve para la transmisión de la propiedad, en absoluta desconexión con la vida real del Derecho, donde la configuración atípica de la autonomía privada viene dada de antemano por el propio ordenamiento (30). Así, conforme al § 925 BGB, para la transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles, basta la manifestación formal del acuerdo del enajenante y del adquirente, reiterando lo dis-

(28) *Op. cit.*, II, pág. 152. Por otra parte, dice que "en el Derecho positivo alemán se regulan los negocios de disposición abstractos a imagen de la transmisión de la propiedad en los negocios dirigidos a la creación de derechos reales; en cambio, los contratos obligatorios suelen ser generalmente causales" (página 158).

(29) *Op. cit.*, II, pág. 153.

(30) *Op. cit.*, II, pág. 154.

puesto por el § 873 y, en términos análogos, conforme al § 929 BGB, para bienes muebles.

Por ello, la configuración abstracta del negocio jurídico real fue impugnada, ya durante los trabajos preparatorios del BGB, por la autorizada opinión de STROHAL, quien hubiera preferido una fundamentación causal del negocio real de disposición (31). Opinión que fue seguida por otros autores; así, RUMPF, alegó como argumento decisivo, según indica F. HECK (32) que la regulación del BGB, rompía la relación entre la norma y la realidad vital (33). Llegando incluso a decir, NEUNER, conforme a una interpretación un tanto original del § 929 BGB que, en caso de bienes muebles, lo que dice el Código es que el acuerdo y la tradición, son *necesarios*, no que sean *suficientes* (34). Lo que es naturalmente inadmisibile, de acuerdo con la más elemental técnica interpretativa. El propio F. HECK, desde su peculiar punto de vista, nos dirá que “los intereses de la vida se pronuncian claramente en contra de la característica abstracta, que se halla alejada, y, sobre todo, no ha surgido de una reflexión inspirada en las necesidades vitales, sino que es un producto de la antigua jurisprudencia conceptual” (35) y, entre otros muchos autores, H. LANGE, en varios trabajos sucesivos, hará una crítica del principio de abstracción, partiendo de la consideración de sus fundamentos ideológicos, conforme a los ideales del liberalismo del siglo XIX, propugnando para una futura reforma del Derecho alemán, la implantación del principio causalista (36), propósito que, como el de F. HECK, tiene la mala fortuna de apoyarse en los proyectos de reforma del nacional-socialismo, aunque la propia crítica de H. LANGE, como la de otros autores, se halla dotada de un fundamento más profundo (37).

(31) *Op. cit.*, en *Iher. Jb.*, 27 (1889), págs. 335 y ss.

(32) *Op. cit.*, en RCDI, 1965, pág. 1447.

(33) *Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138 y 817 BGB*, en *Ziv. Arch.*, 117, págs. 350 y ss. (cit. de F. HECK, *Ibid.*).

(34) *Abstrakte und Kausale Übereignung beweglicher Sachen*, en *Rhein Z.*, 14 (1925), págs. 6 y ss. (cit. de H. J. MOECKE, *Kausale Zession und Gütgläubiger Forderungserwerb. Ein Beitrag zur Überwindung des Abstraktionsprinzips*, Freiburg Schweig, 1962, pág. 25 y de F. HECK, *Op. cit.*, en RCDI, 1965, página 1445).

(35) *Op. cit.* en RCDI, 1965, págs. 1447-1448.

(36) *Abstraktes oder Kausales dingliches Rechtsgeschäft*, en *Deut. Recht.*, 1935, págs. 485 y ss.; *Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung in Boden und Fahrnisrecht*, en ACP, 148 (1941), págs. 28 y ss.; *Aus dem Rechtsleben, Rechtswirklichkeit und Abstraktion*, en ACP, 148 (1943), págs. 188 y ss., trabajo que constituye, por otra parte, una diatriba del libro de BRAND, *Eigentum und Austanschgeschäft* (publicado en los cuadernos de la Academia de Leipzig), número 120, 1940, que sigue la misma tendencia con un alcance, en cierto sentido, más restringido.

(37) No en vano años atrás había publicado un trabajo sobre la fundamentación histórica de su teoría, *Das Kausale Element in Tatbestand der Klassischen Eigentumstradition* (publicado en los cuadernos de la Academia de Leipzig, núm. 53), 1930, y su postura permanecerá en su *Lehrbuch cit.*, *BGB, Allgemeiner Teil*, págs. 256 y ss. Más adelante aludiremos a la colocación de la doctrina de LANGE, aunque sea brevemente y en relación con el tema. En cam-

Y así podríamos ir acumulando otros testimonios, en los que se manifiesta, a diversa escala, desde distintos puntos de vista e incluso en un plano de *lege ferenda*, aunque, generalmente, tratando de adaptar el planteamiento de *lege lata* al argumento causalista, de la reacción contra el principio de abstracción; lo que vuelve a aparecer después de la última postguerra, en la doctrina, con la misma intensidad. Utilizando, para ello, conforme a una nueva orientación interpretativa, todos los resquicios que ofrece el ordenamiento. Así conforme a la doctrina del error, de acuerdo con el § 119 BGB, se busca y pone de relieve, a la vez, el fundamento causal en la impugnación del negocio abstracto (38). También poniendo de relieve que el BGB no cierra la posibilidad para una fundamentación causal, a través de las prescripciones sobre la repetición y la condición, establecidas en el § 813 (39). O tratando, en fin, de buscar restricciones al principio de abstracción, conforme a un análisis de la situación de los intereses (40). No obstante, hay que reconocer que, en la doctrina alemana, como no podía por menos, predomina la concepción abstracta en el Derecho de co-

bio, otras construcciones aisladas, con un fundamento más bien retórico que otra cosa, se han desenvuelto mostrando una mayor servidumbre, respecto de la configuración legal del ordenamiento alemán, así la aportación de BAUS, *Schranken des abstrakten Erwebs*, Berlín, 1939, quien, partiendo de KLINGMÜLLER (*Der Begriff des Rechtsgrundes*, Breslau, 1901) y LEHMANN (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 4.^a ed., Berlín und Leipzig, 1933, § 25, III, 3 b), que cita ALVAREZ SUÁREZ (*El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945, pág. 22) acabará por fortalecer el principio de abstracción. Lo que también, desde un punto de vista histórico, acometerá PFLÜGER, *Zur Lehre vom Erwebe des Eigentums nach römischen Recht*, München und Leipzig, 1937. Pero ambas aportaciones tendrán en Alemania, posteriormente, escasa resonancia. También conviene destacar los trabajos de KRAUSE, *Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts*, en ACP, 145 (1939), págs. 312 y ss., y de LOCHER, *Das Recht zum Grundstück*, en ACP, 148 (1943), págs. 1 y ss. De todos modos, para una referencia de las diversas posiciones causalistas, W. FLUME, *Op. cit.*, II, pág. 176 y, sobre todo, tanto para el Derecho alemán como para el Derecho suizo, H. J. MOECKE, *Kausale Zession...*, cit., págs. XIII-XIX, indicación bibliográfica muy completa con anterioridad a 1962.

(38) Para esto W. FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Münster, 1948 y *Op. cit.*, II, pág. 177; también, STAUDINGER-COING. *Kommentar zum BGB*, 11.^a ed., Berlín, 1965, com. al § 119, n. 16 y ss.

(39) Así, NEUER, *Op. cit.*, en Rheim Z., 14 (1925), pág. 28, cit. de H. J. MOECKE, *Op. cit.*, pág. 27.

(40) Para esto, aparte de F. HECK, *Op. cit.* en RCDI, 1965, págs. 1449 y ss., W. FLUME, *Op. cit.*, II, págs. 177 y ss. y H. J. MOECKE, *Op. cit.*, págs. 28 y ss. Las consideraciones más comunes que se hacen en este orden son las siguientes: posibilidad de la inmoralidad del negocio abstracto, que por el hecho de serlo, de momento queda impune; prestarse a la aceptación consciente de lo indebido; al ser indiferente a la abstracción la consideración de las buenas costumbres, puede ir en contra de lo dispuesto en el § 138 BGB, a propósito del negocio inmoral; resulta absurdo el consentimiento en la transmisión de la propiedad cuando la cosa sigue en poder del *tradens*, y otros muchos aspectos, en materia de concurso de adquirentes, restitución de frutos, doble *condictio* (para esto último, BOEHMER, *Op. cit.*, págs. 71 y ss.), etc.

sas (41), a pesar de la crítica y de la discusión contra ella (42). Sin embargo, va perdiendo terreno en el derecho de obligaciones (43). Por ello, hoy, lo mismo que cuando los trabajos preparatorios del BGB, como recuerda H. J. MOECKE, citando a STROHAL, aún queda en pie la discusión en torno al fundamento del negocio abstracto (44). Argumento que, en la misma Alemania, toma fuerza, a pesar de ser contrario al Derecho alemán vigente, al considerar, como expresa W. FLUME, que “siempre—esta actitud—estará justificada de otro modo, pues, la general y consiguiente orientación del principio de abstracción, como se halla establecida en el Derecho alemán, no se encontrará en ningún otro ordenamiento jurídico vigente o histórico” (45).

JAHR, argumentando de nuevo en pro del principio de abstracción, vendrá a decir que en esa inherencia al fin que se manifiesta en la aportación y concurso de la voluntad de las partes al *esquema legal* o tipo se halla el concepto de causa en el Derecho moderno, lo que no impide que en el caso del negocio abstracto *die kausal vereinbarung aus dem vertrag ausscheidet*, por lo que habla de una “inneren” o “inhaltlichen Kausalität” o “Abstraktion” (46). Pero el argumento que aparece como una constante, en la doctrina del negocio abstracto, viene tomado de SAVIGNY (47), donde se dan cita, en virtud de un exagerado triunfo del *consensualismo*, la pérdida de una auténtica noción de la causa, al confundirla con la función creadora de la *autonomía privada* (48), junto a la ruptura, por otra, con la antigua tradición romana, siempre permanente en el *usus modernus pandectarum* a lo largo del Derecho intermedio, según la cual, la transmisión de la propiedad requiere un fundamento causal, con-

(41) Así, WOLFF-RAISER, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts* de ENNECERUS-KIPP-WOLFF, III, *Sachenrecht*, Tübingen, 1957, págs. 117 y ss.; SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, III, Stuttgart und Köln, 1953, págs. 126-127; F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München und Berlin, 1963, págs. 28 y ss.; pero, sobre todo, WESTERMANN, *Sachenrecht*, Karlsruhe, 1960, págs. 21 y ss., quien se ocupa de la regulación expansiva del concepto de negocio abstracto sobre el Derecho de obligaciones. Para un planteamiento teórico y crítico de nuevas posturas contrarias, el reciente trabajo de JAHR, en *ZSS, rom. abt.*, 80 (1963), págs. 141 y ss.

(42) Para esto, aparte de las referencias anteriores, H. J. MOECKE, *Op. cit.*, páginas 24-25, y W. FLUME, *Op. cit.*, II, págs. 176-177.

(43) Así, sobre todo, recientemente, W. FLUME, *Op. cit.*, II, págs. 158, 176 y ss., y 180 y ss.

(44) *Op. cit.*, pág. 39.

(45) *Op. cit.*, II, pág. 176. En el mismo sentido y con referencia a los Derechos suizo y austriaco, H. J. MOECKE, *Op. cit.*, pág. 40.

(46) *Op. cit.*, en *ZSS, rom. abt.*, 80 (1963), págs. 147-150.

(47) *System des heutigen römischen Rechts*, 1840-1849, III, pág. 312; IV, páginas 156 y ss.

(48) Lo que tiene sus orígenes en el Derecho común tardío, en el Humanismo y en las diversas tendencias del Derecho natural. Para esto: DE LOS MOZOS, *La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto*, en *RDN*, 33-34 (1961), págs. 383 y ss., en la moderna doctrina alemana, véase: W. FLUME, *Op. cit.*, II, págs. 165-166, y anteriormente LANGE, *Op. cit.* en *ACP*, 146 (1941), págs. 28 y ss.

forme a la teoría del *título y el modo* y que, además, había sido acogida en el ALR prusiano y en el ABGB austríaco. Resolviendo la vieja antinomia entre el D,12,1,18 (ULPIANO) y el D,41,1,36 (JULIANO) (49), con la teoría de que para transmitir la propiedad bastaba el simple *animus transferendi dominii* (50). Por tanto, el fundamento dogmático del *negocio abstracto*, fuertemente apoyado en la sistemática interna del Derecho civil alemán, en el *acuerdo real abstracto* que sirve para la transmisión de la propiedad, se remonta a la propia doctrina de SAVIGNY. Las tendencias posteriores no harán más que seguir esta corriente, sobre todo, en cuanto a su fundamentación interna: utilizando la deformación de la teoría de la causa (51). En la técnica de su cobertura externa, el propio O. BAEHR, pretende atribuir al negocio abstracto el fundamento de la *stipulatio*, diciendo que aquel se encuentra en el mismo lugar de la *stipulatio* del Derecho romano (52), argumento que aparecerá, después, en todos los defensores de la teoría (53), a pesar de que se halla carente de un fundamento histórico sólido, pues ya según pusieron de relieve SOHN-MITTEIT, mediante la *exceptio non numerata pecunia*, en la época de JUSTINIANO, había perdido su carácter abstracto (D,22,3,25,2 y 4) (54). Pero, a pesar de ello, y, de otras dificultades que aquí no son del caso, esta tendencia tiene a su favor la corriente favorable de la época —hoy periclitada— que acaba por triunfar en el BGB, conforme a los ideales del Pandectismo, viniendo a coincidir así, la orientación que alienta en sus presupuestos teóricos

(49) D,12,1,18: "Si yo te diere una cantidad en concepto de donación y tú la recibieras como entregada por mutuo, escribe JULIANO, que aquí no hay donación. Pero veamos si esto será un mutuo. Mi opinión es que tampoco existe mutuo en semejante caso, ya que de ninguna manera este dinero se hace de propiedad del que lo recibió, puesto que lo aceptó bajo diferente concepto. Por esto es que, si lo hubiera consumido, aun cuando quedaría sujeto a la *condictio*, sin embargo, podría usar de la excepción de dolo en cuanto en atención a que el dinero fue gastado, según así era la voluntad del donante". D,41,1,36, "Si consentimos en lo que se ha de entregar, pero no estamos conformes en las causas, no acabo de ver por qué razón será ineficaz la entrega; p. ej. si yo creyese..., pero si te entregase alguna cantidad por causa de donación y tú la recibieses como prestada, consta que pasa a ti la propiedad, y no es impedimento que no estuviésemos conformes en la causa de darla y recibirla".

(50) Sobre esto, FELGENTRAEGER, *Friedrich Carl von Savignys Einfluss auf die Ubergangslehre*, Diss. Göttingen, Leipzig, 1927. Obra que viene tomada en cuenta posteriormente por todos los que se ocupan de este problema. Por todos, W. FLUME, *Op. cit.*, II, págs. 174-175, y H. J. MOECKE, *Op. cit.*, págs. 3-4.

(51) Así, O. BAEHR, que viene considerado como el fundador de la teoría del negocio abstracto, hace depender su posibilidad de la libre determinación de la autonomía privada, *Op. cit.*, 2.^a ed., pág. 169; y lo mismo harán sus continuadores. Una exposición breve y razonable de esta problemática, en H. J. MOECKE, *Op. cit.*, págs. 8 y ss.

(52) *Op. cit.*, 2.^a ed., págs. 171 y s.

(53) En la doctrina española, por todos, CASTÁN, *Derecho civil*, IV, págs. 779 y ss. Lo mismo NÚÑEZ LAGOS, en diversas de sus obras, a lo que más adelante haremos referencia.

(54) *Instituciones de Derecho privado romano*, tra. esp., Madrid, 1929, página 578.

individualistas (55) con la técnica que había desarrollado el germanismo en los campos que le deja libre la romanística (56), uno de los cuales es el Derecho mercantil y, en particular, la teoría de los títulos valores (57), lo mismo que en materia de posesión de bienes muebles, donde la tradición germanista es más profunda en todo el Derecho europeo, aunque muy atenuada por la técnica romanista, siendo muy curioso, en este punto, la evolución que presenta el Derecho suizo, después de la codificación (58). Pero, anteriormente y, en general, tiene lugar uno de los capítulos fundamentales de la comercialización del Derecho civil llevada a cabo durante el siglo XIX (59) y que se expresa, claramente, en la razón de política legislativa que se arguye en el fundamento del negocio abstracto, al invocar la *seguridad en el tráfico*, tanto para el *negocio real abstracto* como para los restantes negocios abstractos (negocios de disposición obligatorios de naturaleza abstracta). Así en los *Motiven* del BGB, se encuentra la afirmación de que “la configuración causal de la transmisión de la propiedad — como en general del negocio de disposición — es apropiada para poner en peligro la *seguridad en el tráfico jurídico* (60), no faltando tampoco quien haya pretendido dotar al principio de abstracción de un fundamento teológico (61). Pero la razón invocada como funda-

(55) Esto se manifiesta claramente, conforme a los dictados de una ética social autónoma, propia de la concepción individualista de la sociedad. en esta orientación expansiva, que se presenta en el principio de abstracción, teniendo que desligar el efecto jurídico de su fundamento de justicia material, que es lo que había contribuido a consolidar en el Derecho común, mediante la influencia del Derecho canónico y del Derecho natural, la categoría general del contrato, como manifestación del reconocimiento de la autonomía privada. Por otra parte, según observa FLUME, certeramente, esta orientación ha dejado en sombra al negocio causal (*Op. cit.*, II, pág. 176). Con lo que se ha contribuido al oscurecimiento de la causa, no sólo de la atribución abstracta, sino de toda relación obligatoria, haciendo muy costoso y llenando de dificultades el desarrollo del punto de vista causalista, sobre todo, para conseguir una construcción acertada.

(56) Para esta afirmación, WIEACKER, *Historia*, págs. 358 y ss.

(57) H. J. MOECKE, *Op. cit.*, págs. 4-5.

(58) Por un lado, el Derecho suizo, en materia de adquisición de inmuebles, se separa de la teoría del *acto o contrato real abstracto*, según los artículos 974, 975 ZGB (Para esto mi maestro, SERRANO y SERRANO, *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo*, Valladolid, 1934, págs. 4 y ss., y 165 y ss.), pero para muebles se mantiene tácitamente, en un principio, ante el silencio del artículo 714 y la discusión se extiende después de publicado el ZGB, hasta que la jurisprudencia, a partir de 1929, se decide, en este punto, por la transmisión causal (H. J. MOECKE, *Op. cit.*, pág. 5). Criterio que es diverso del seguido en materia de obligaciones, aunque, últimamente, cada vez es más firme la reacción causal (*Ibid.*, pág. 24).

(59) Comp., igualmente, DE CASTRO, *Derecho civil*, I, págs 135 y ss.

(60) W. FLUME, *Op. cit.*, II, pág. 176; H. J. MOECKE, *Op. cit.*, pág. 5. De acuerdo, B. MÜGDAN, *Die gesamten materialen zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlín, 1889, III, pág. 4; también *Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlín, 1889, III, página 7.

(61) Así, DERNBURG, en ACP., 40 (1857), págs. 2 y ss., y IHERING, *Geist des römischen Rechts*, III, 1, págs. 206 y ss. (cit. de W. FLUME, *Op. cit.*, II, página 176).

mento, salvo para muy contados negocios de la práctica mercantil, a los que se concede, tradicionalmente, en alguna de las relaciones que producen, carácter abstracto (cheque, letra de cambio, otros títulos-valores) o en todo caso, como sucede con los billetes de Banco y, ello, porque tales negocios son herederos de la antigua *obligatio literis* y no de la *stipulatio* como se ha creído equivocadamente, la abstracción carece de una base cierta, pues, como dice FLUME, la protección que se pretende alcanzar, para el interés de los terceros o de los posteriores adquirentes, se consigue técnicamente mediante la *protección de la buena fe* (62), la cual, no solamente no ha perdido tradición romana, en el Derecho moderno, sino que se ha enriquecido con la aportación germánica. Ahora bien, conforme al principio de abstracción, la situación de aquellos en algunos casos es mucho peor que conforme a una configuración causal del negocio (así resulta del § 122 BGB) (63), yuxtaponiéndose ambas regulaciones, en todo caso, y viéndose limitado el efecto del negocio abstracto por las posibilidades de impugnación del negocio (§§ 119 y 142 BGB) (64), lo que demuestra lo forzado del establecimiento del régimen del negocio abstracto, según indica FLUME (65). Igualmente MOECKE dice que a la seguridad del tráfico jurídico se atenderá, precisamente, por influencia germánica, y, sobre la base del desarrollo moderno de la antigua institución de

(62) Así dice que "El interés de los terceros o de los posteriores adquirentes, y con ello el interés del tráfico jurídico, no quedará justificado por el valor del fundamento de la abstracción, sino a través de las prescripciones en favor del adquirente de buena fe" (*Op. cit.*, II, pág. 176).

(63) Cifr. "Si una declaración de voluntad es nula, según el parágrafo 118, o está impugnada en base a los parágrafos 119 y 120, el declarante, cuando la declaración haya de emitirse contra otro, ha de indemnizar a éste, o, en todo caso, a todo tercero del daño que el otro o el tercero sufra por la circunstancia de que hayan confiado en la validez de la declaración, no excediendo, sin embargo, la cuantía del interés que el otro o el tercero tengan en la validez de la declaración".

"La indemnización de dolo no tiene lugar si el perjudicado conocía la causa de la nulidad o de la impugnabilidad, o no la conocía o debía conocer a consecuencia de negligencia."

(64) El § 119 BGB, se refiere al error, en su diversas clases. En cuanto al § 142, se expresa de la siguiente manera:

"Si es impugnado un negocio jurídico impugnabile, ha de considerarse nulo desde el principio."

"Quien conoció o debió conocer la impugnabilidad, es tratado, si la impugnación se realiza, como si hubiese conocido o debido conocer la nulidad del negocio jurídico."

(65) *Op. cit.*, II, pág. 177. Este argumento ya había sido utilizado por STROHAL, al poner de relieve que el ordenamiento no podía eliminar del todo la causalidad a pesar del principio de abstracción y con independencia de ello, pues, en los casos en que el adquirente, como fundamento de una determinada causa, declara aquello que se halla en relación con otra distinta, la transmisión de propiedad no se realiza" (*Op. cit.* en *Iher. Jb.*, 27 (1889), págs. 343 y ss.). De este modo prevalece aquí el D,12,1,18 sobre el D,41,1,36. Es decir, al contrario de lo que se hace ver en el fundamento teórico del principio de abstracción aplicado a esta materia.

la *Gewere*, en materia de transmisión de los derechos reales (66), en las codificaciones del siglo XIX, por medio de otras instituciones (Registro de la Propiedad) y sobre la base de la *adquisición de buena fe* (67). Lo que tiene, en nuestro Derecho, un eco profundo y concreto, tanto en el régimen del artículo 464 del Código civil como en el artículo 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria. Pero aquí no se trata del principio de abstracción, sino que este planteamiento se desarrolla en materia de *legitimación*, dejando a salvo la fundamentación causal. También F. HECK, en la doctrina alemana, y desde su peculiar punto de vista, toma este motivo de la protección del adquirente como tema central para combatir el principio de abstracción (68).

Por último, diremos también que la historia ha venido a dar la razón al principio causalista respecto al tema que sirve de base para fundamentar sistemáticamente toda la teoría del negocio abstracto, al esclarecer en contra de la opinión de SAVIGNY la famosa antinomia entre el D.12,1,18 y D.41,1,36, prevaleciendo el primero y, con ello, el que, conforme al Derecho romano clásico, la *traditio* no des cansa en el simple acuerdo de las partes (*animus domini transfere ndi*), sino en una *iusta causa* (negocio obligatorio), por lo que, sin su concurrencia y validez, no se operaba la transmisión de propiedad. Cuestión que ha esclarecido en sus justos términos la moderna romanística, llegando a conclusiones definitivas después de los trabajos de M. KASER (69) y sobre la pista de la reacción causalista contra

(66) Como dice H. J. MOECKE, *Op. cit.*, pág. 6, con ello se deroga el principio romano "*nemo plus iuris ad alium transferre potest ipse habet*". Lo que sirve de fundamento a la doctrina de la legitimación corporal o tabular.

(67) H. J. MOECKE, *Ibid.* y allí bibliografía. Puede verse también E. HUBER, *Los preceptos de forma en el Derecho privado suizo*, trad. esp. en el volumen, *Estudios sobre la publicidad en el Derecho privado*, Madrid, 1919, en particular, págs. 105 y ss.; SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, págs. 165 y ss., y 169 y ss.; WIELAND, *Les droits réels dans le Code civil suisse*, trad. fran., París, 1913, págs. 140 y ss. Para la doctrina española, sobre todo, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, págs. 147 y ss., y 510 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, en RDP, 1947, págs. 941 y ss., y LACRUZ, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, págs. 106 y ss. y 169 y ss., aunque estos últimos llegan a conclusiones particulares de las que no soy absolutamente partidario. No obstante, en estos últimos autores, en general, puede encontrarse un planteamiento correcto de la cuestión y abundantes referencias a las diversas posturas doctrinales.

(68) *Op. cit.*, en RCDI, 1965, págs. 1449 y ss.

(69) La expresión más perfecta de su teoría la tenemos en su trabajo, *Zur "iusta causa traditionis"*, en BIDR, 64 (1961), págs. 61 y ss., también en su conferencia pronunciada en diversas universidades europeas y traducida al castellano, *Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la dogmática moderna*, Valladolid, 1962, y en su manual, *Römisches Privatrecht*, 3.ª ed., München und Berlin, 1964, págs. 96 y ss. Por lo que atañe a la interpretación de la antinomia citada en el texto y sus repercusiones en la valoración del Derecho postclásico, compruébese la variación de criterio del propio KASER, conforme a las dos ediciones de su tratado: *Das römische Privatrecht*, III, München, 1955, págs. 351-353, y *Das römische Privatrecht*, II, *Die Nachklassischen Entwicklungen*, München, 1959, págs. 197 y ss. La tesis de M. KASER se desarrolla mediante un estudio evolutivo de la cuestión en las diversas

el BGB; pero con mayor propiedad y eliminando las dudas que anteriormente hacían surgir un punto de apoyo para la tesis contraria (70), sin que por ello haya dejado de tener ilustres precursores (71),

etapas del desarrollo del Derecho romano, proclamándose el carácter causal de la *traditio* para la transmisión de la propiedad, a partir del final del período republicano, conservando su carácter de *contrato real* para la transmisión de la posesión. Para esto le sirven de apoyo sus investigaciones anteriores sobre, *Eigentum und Besitz in altrömischen Recht*, Köln-Graz, 1956 (2.^a ed.), poniendo en relación la diversidad de régimen de la *traditio* causal (fundada en una compraventa, donación, constitución de dote, concesión de préstamo) con la *compraventa al contado* del Derecho arcaico y, después, del postclásico, donde vuelve a aparecer como consecuencia de la vulgarización, función que de una manera autónoma o subordinada a aquélla (para el pago del precio) viene a adquirir también la *solutio*, la que en el Derecho clásico es también causal, lo que tiene un antecedente, por otra parte, muy antiguo como resulta de la equiparación del *indebitum* al *furtum* procedente del Derecho antiguo. Y examinando la procedencia del *título putativo*, para la tradición, a diferencia de la *usucapio*, que es lo que confunde, también después, la vulgarización (Sobre esta línea es definitivo el trabajo de WUBBE, en cierto modo, también, como el autor, discípulo de M. KASER: *Die Interessenlage bei "Traditio" und "Usucapio"*, en *Tijdschrift*, 32 (1964), págs. 558 y ss.), aunque en algunos casos es probable que dispensaran los juristas clásicos de este requisito, si bien haciéndolo cuando se entregaba dinero. Cuestión que el propio M. KASER desenvuelve de nuevo en su trabajo, *Das Geld im römischen Sachenrechts*, en *Tijdschrift*, 29 (1961), págs. 216 y ss (Sobre esto he hecho un intento de aplicación a nuestro Derecho en otro lugar, De los Mozos, *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, págs. 212 y ss., a propósito del artículo 1.160 C. c. y de otros preceptos.) E igualmente respecto del tema sobre el *disenso* en la causa, como el que plantea la propia antinomia entre D,12,1,18 y D,41,1,36 (cuando donándose dinero el que lo recibe lo toma como préstamo), que tiene explicación por la interpolación del segundo texto, donde los compiladores han sustituido *mancipatio*, que era un negocio abstracto ya en desuso, por *traditio*. Conclusión a la que llega también por el examen de las fuentes de la jurisprudencia escolar, sobre todo, GAI, I, 2,20.

(70) Así el propio LANGE, antes citado, será uno de los autores más representativos de esta tendencia históricamente desorientada. Pero LANGE como otros autores, para abordar la cuestión toma un concepto de causa que es un *tertius genus* entre el concepto tradicional en esta materia, y en el que se invoca como fundamento en la teoría del negocio abstracto y que prevalece en el BGB, negativamente, sobre todo, en relación con el negocio real de transmisión de la propiedad. Desarrollándose, tanto a propósito de éste, sobre un plano histórico y de *lege ferenda*, pero también con pretensiones de aplicación a la constitución dogmática de *lege lata* y, paralelamente, o mejor dicho, por expansión, en toda la problemática del negocio abstracto y a propósito del negocio causal. Todo ello, claro está, según la diversa escala tomada por cada autor, dentro de esta tendencia general, que concibe a la *traditio* y, en general, al negocio de transmisión como un *acuerdo real causal* (*Kausale dingliche Einigung*) de forma que se dota a la causa de un valor independiente, pero no como *negocio*, sino como *acuerdo causal*. Esta doctrina aparece en el Derecho moderno entre algunos romanistas del siglo XIX, seguidos después por otros muchos y participando de ella numerosos civilistas, así: FITTING, *Wesen des Titulus bei der Ersitzung*, en ACP., 52 (1869), pág. 401, nota 199, en cierto modo la acoge también HOFMANN, *Die Lehre vom titulus und modus*, Wiem, 1873, y ya, decididamente, FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1908, págs. 398 y ss.; BESLER, *Beitrage zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Tübingen, 1920, págs. 126 y ss.; SIBER, *Römisches Recht, II, Römischen Privatrechts*, Berlín, 1928, págs. 74 y ss.; HAZENWINKEL-SURONGA, *Mancipatio en Traditio*, Diss. Amsterdam, 1931; EHRHARDT, *Iusta*

si bien no ha sido objeto todavía, en parte por ser aún doctrina reciente de desarrollo por la dogmática, que, por ahora, se limita a aceptar sus consecuencias, o a utilizar el argumento en contra del principio de abstracción; así, esto le permite considerar a W. FLUME la superioridad de la transmisión causal, equiparando el sistema alemán a una tradición efectuada o a un acuerdo sobre la tradición cuando aún no se ha concluido, por ejemplo, el contrato de compraventa (72). En cambio, en la doctrina suiza se acoge un punto de vista diferente, de acuerdo con el diverso carácter que presenta la configuración legal en materia de inmuebles y con la interpretación que la jurisprudencia, a partir de 1929, ha dado de la cuestión, a propósito de muebles, inclinándose por el criterio causalista, siendo de hacer notar la observación que agudamente recoge H. J. MOECKE, del plano histórico, de que sólo en materia de usucapión se mantiene cierto carácter abstracto en el Derecho moderno (73). Pero volviendo a FLUME, nos encon-

causa traditionis, Berlín-Leipzig, 1931, y otros muchos. Aquí habría que agrupar a algunos autores suizos (Véase la reseña bibliográfica de H. J. MOECKE, *Op. cit.*, págs. XIII y ss.), de entre los trabajos modernos, el más importante es el de FUCHS, *Iusta causa traditionis*, Bâsel, 1952, quien se aparta de esa tendencia, aunque a juicio de KASER, no llega a calar bien en todos los matices. Es curioso que en la doctrina húngara siga también la tendencia que venimos comentando, BENEDEK, *A iusta causa traditionis a római jogban*, Budapest, 1959 (referencia en *Iura*, 11 (1960), págs. 369-370). De todos modos, esta doctrina permite el doble juego de la abstracción y de la causación, de ahí su propagación. Nos recuerda la observación de FLUME, *Op. cit.*, II, pág. 176, al hablar de que la influencia de la regulación del negocio abstracto ha dejado en sombra al negocio causal y con ello ha oscurecido el tema de la causa, como antes indicamos. Por otra parte, esta doctrina se adapta mejor a las imprecisiones históricas dominantes hasta hace poco más de quince años, sobre todo a propósito del Derecho vulgar y también a la configuración de la causa conforme a la teoría de DOMAT, y que han recogido aparentemente los Códigos latinos, donde aparece como la *causa de los inominados*, en los que las prestaciones autónomas de un negocio vienen a ser (salvo en la *causa donandi*) como causa de la otra. (Para esto mi trabajo citado en RDN, 33-34 (1961), págs. 300 y ss.) Incluso no tiene nada de extraño que, últimamente, esta teoría sea alabada por uno de los defensores más recientes y apasionados del principio de abstracción (JAHR, *Op. cit.*, en ZSS, *rom. abt.*, 80 (1963), págs. 151-152). Y ya, por último, diremos que, dado el planteamiento de que parte, no resuelve esta doctrina los problemas que presenta la cuestión en el plano histórico o en el plano dogmático. En este sentido, KASER, *Op. cit.*, en BIDR, 64 (1961), págs. 68-69.

(71) Aparte de aportaciones dispersas sobre puntos particulares que coadyuban al esclarecimiento de la cuestión y que, indirectamente, le sirven de apoyo al propio KASER (véanse las referencias en el último de los trabajos citados), la pauta la señalará KUNKEL, quien, según hace notar JERÓNIMO GONZÁLEZ, no sin sorpresa, cambiando de criterio se orienta por este camino a partir de la 2.ª edición del manual de JÖRS (1935), la 3.ª es una reimpresión de ésta (1949); JÖRS-KUNKEL, *Römisches Privatrechts*. Berlín-Göttingen-Heidelberg, 1949, págs. 127 y ss. La edición española se hace sobre la segunda edición alemana.

(72) *Op. cit.*, II, pág. 182. En cambio, constituye una auténtica diatriba contra la fundamental aportación de KASER el citado trabajo de JAHR, *Op. cit.*, en ZSS, 80 (1963), págs. 141 y ss., pero su propia lectura nos convence más aún en favor de la tesis que ataca al desenvolverse en un plano puramente retórico, tomado de la "tópica" del principio de abstracción, como diría VIEHWEG.

(73) *Op. cit.*, págs. 5-6 y 8 y ss., y allí referencias. A esto ya hemos aludido

tramos que, cuando trata de poner en relación el negocio causal con el negocio abstracto y discurrir, a propósito de ello, sobre la causa de la atribución, o sobre la causa en general, con que no aparecen recibidas en el plano dogmático las consecuencias extraídas de la enseñanza histórica y aportadas por la reciente romanística, a pesar de la apertura de este autor en favor del principio causalista (74). Pero esta es una cuestión que concierne a la doctrina alemana, por cierto que espinosa y difícil a la vista de su ordenamiento positivo. En cambio, en nuestro Derecho la aportación histórica de la reciente romanística nos trae el renuevo de otros planteamientos semejantes que tienen en nuestra doctrina gratas resonancias (75). Pero, sobre todo, ofrece un claro espejo al artículo 609 del Código civil. Y aunque este tema—el de la *iusta causa traditionis*—sea distinto del que nos ocupa, mereciendo atención aparte, se halla íntimamente vinculado, desde el planteamiento de la sistemática interna del Derecho civil, a la cuestión del negocio abstracto, sirviendo de núcleo, en términos comparativos, para marcar las hondas diferencias entre el ordenamiento alemán y el español.

c) *Necesaria reconstrucción en torno a una valoración adecuado del elemento causal como comprobación sistemática en la causa del negocio y en la causa de la atribución.*

No vamos aquí a ocuparnos del problema de la causa, ni a propósito del negocio jurídico, ni tampoco en relación con la atribución patrimonial, tema que ya hemos dejado planteado en otro lugar (76); pero sí queremos hacer algunas reflexiones críticas, a modo de recapitulación, conforme a los puntos de vista anteriormente alcanzados en el presente trabajo y en relación con el tema que nos ocupa.

En primer lugar, ya hemos dicho que la causa cumple en el Derecho español una función diversa a la del Derecho alemán, lo que depende de su diferente instrumentación en el ordenamiento. Mien-

en nota anterior, indirectamente, al exponer en síntesis la doctrina de M. KASER y también hemos hecho aplicación de esta doctrina anteriormente, DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, págs. 250 y ss. Lo mismo puede decirse de la *usucapio secundum tabulas*.

(74) De este modo su concepto de la causa en los distintos aspectos contemplados, se mantiene en el mismo terreno que en LANGE (*Op. cit.*) y muy próximo al de los defensores del *Kausale dingliche Vertrag*, a pesar de contener precisiones críticas muy interesantes (*Op. cit.*, II, págs. 158-174). En un plano parecido encontraremos también a otros autores: ESSER, *Schuldrecht*, págs. 6 y ss., 50 y ss. y 682 y ss.; BOEHMER, *Op. cit.*, pág. 606 y ss., y LARENZ, *Op. cit.*, II, págs. 513 y ss.

(75) Así, sobre todo, los diversos trabajos de JERÓNIMO GONZÁLEZ, aunque sólo desde el punto de vista histórico, ya que al final se decide por el acto abstracto, trabajos aparecidos sucesivamente en la RCDI, allá por los años veinte, y recogidos, después, en *Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil*, I, Madrid, 1948, págs. 296 y ss., y el importante trabajo de mi maestro, SERRANO y SERRANO, *Iusta causa traditionis*, en RCDI, 1934 y 1935, con un análisis exhaustivo de la doctrina anterior a 1934. También ALVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945.

(76) *Op. cit.*, en RDN, 33-34 (1961), págs. 383 y ss.

tras en nuestro Derecho la causa es un requisito autónomo del negocio y, por tanto, es una *causa iuris*, en el Derecho alemán es una simple *causa naturalis*. Esto implica y pone de relieve una diferencia sustancial de sistema, no es un mero accidente. Ahora bien, si no se hace una valoración adecuada del significado de la causa, se puede caer en evidente contradicción, llegando a poner las cosas en el mismo estado que postulan los defensores de la adaptación a nuestro Derecho de la disciplina del negocio abstracto, a pesar del obstáculo que ofrecen las profundas diferencias sistemáticas que hemos visto y las propias incongruencias que se manifiestan en la disciplina del BGB, según hemos indicado.

Bien es verdad que una cosa es la causa del negocio y otra la causa de la atribución (77), pero también hay que reconocer que existe una continuidad esencial entre una y otra, tanto en su desarrollo inicial, en la doctrina del Derecho común, como a través de las implicaciones que presenta la doctrina de las *causas* en el Derecho moderno (78), lo que se pone de manifiesto en la doctrina alemana contraria al principio de abstracción, como acabamos de poner de relieve. De modo que, la consideración sobre la causa del negocio abstracto, influye en la consideración de la causa del negocio causal y a la inversa. Pero la cuestión se hace patente de la siguiente manera: Al no ocuparse el BGB de la causa más que a propósito de los negocios abstractos (salvo las incongruencias antes indicadas), la causa se mueve en un plano natural (*causa naturalis*), confundiéndose con el reconocimiento por el ordenamiento de la *autonomía privada* y, entonces, la causa se lleva al fin querido por las partes. Desarrollándose de este modo, hasta sus últimas consecuencias, pero fuera de su propia sede, el principio iusnaturalista, *pacta sunt servanda*, debido a un excesivo imperio del *consensualismo* que aparece tanto en diversas manifestaciones teóricas desde el Derecho común, como en el triunfo definitivo de esta tendencia en los albores de la época moderna (fines del siglo XVIII) (79). De esta manera, se tergiversa la noción

(77) Para esto véase mi trabajo citado, en RDN, 33-34 (1961), págs. 373 y ss., y también, DÍEZ PICAZO, *El concepto de causa en el Derecho civil*, en ADC, 16 (1963), págs. 3 y ss., especialmente, págs. 26 y ss. = *Symbolae Serrano y Serrano*, I, Valladolid, 1965, págs. 181 y ss. Una concepción diferente sigue, en cambio, NÚÑEZ LAGOS, *Causa de la "traditio" y causa de la "obligatio"*, en RCDI (1961), págs. 573 y ss.

(78) Sobre este argumento, la fundamentación metodológica de VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. esp., Madrid, 1964, en general y en particular, páginas 87 y ss. y 99. Concretamente sobre el tema el importante trabajo de SÖLLNER, *Die causa in Kondiktionem- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, en ZSS, rom. abt., 77 (1960), páginas 182-269, y, sobre todo, la insuperable investigación del inolvidable profesor CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1959, págs. 27 y ss., 97 y ss., 113 y ss., etc. Otras referencias, en mi trabajo anteriormente citado; también MEIJERS, *Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation*, en Tijchr. 14 (1936), págs. 365 y ss.

(79) Para esto véanse las referencias oportunas en la doctrina citada en la nota anterior.

de la causa, tanto para el negocio como para la atribución. Perdiéndose la noción de la misma, por una clara confusión de planos, el de la *causa* y el de la *autonomía privada*. Pero, la cuestión de la causa, es la cuestión de la fundamentación jurídica de la atribución, o del negocio. Fundamentación que ha de consistir en una base de *justicia material*, hacia lo que el Derecho ha tendido en su evolución en toda época, base que ha de ser *objetiva*, no *subjetiva* y *formal* y que el ordenamiento acepta *mediante* el reconocimiento de la autonomía privada. Al decir, *mediante*, queremos significar que la *autonomía privada* es sólo el fundamento *mediato* que no releva de la necesidad del fundamento *inmediato* que viene expresado por la *causa*. Lo contrario supone abandonar el planteamiento al *consensualismo individualista* del Pandectismo y del siglo XIX, en general, basado en una Ética formal de deberes (80), a la que el jurista no tiene por qué verse vinculado definitivamente. Ahora bien, según esto, el fundamento del negocio o de la atribución (causa), viene establecido como la "medida" de su adecuación al ordenamiento (*causa iuris*, *causa civilis*) y, entonces, consiste en la *base material* de la atribución (contrato obligatorio, donación) (81), o en la *función social del negocio* (82), *mediante* el libre juego de la *autonomía privada* (*causa remota*). Pues, no se concibe, en el plano jurídico, una libre facultad o autorización, sin la correspondiente limitación (83). Este es el sistema de nuestro Código civil, a pesar de sus incorrecciones de expresión y de las dificultades interpretativas que plantea. Entonces, en caso contrario, la abstracción de la causa tiene que venir dispuesta por el ordenamiento positivo, o mejor dicho, por la ley, sobre la que descansa, en tal caso, el fundamento de la atribución o del negocio. En cuyo caso los efectos no dependen de la causa, sino simplemente del propio ordenamiento y de la vinculación de la voluntad privada al mismo, de ahí que, en el Derecho alemán, las posibilidades de impugnación del negocio abstracto, en general, se fundan como hemos visto, exclusivamente, en defectos del consentimiento. Lo que sucede es que, al plantear esto en términos tan generales, como lo hace el BGB, la razón de su explicación también se generaliza, de modo que se sitúan en el mismo plano los poderes del ordenamiento que los poderes de los particula-

(80) Por todos, WIEACKER, *Historia*, págs. 378 y ss.

(81) En este sentido es curiosa la implicación entre condición y causa que he puesto de relieve en otro lugar: DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en RDN, 33-34 (1961), págs. 396 y ss.

(82) En este planteamiento ha acertado la doctrina italiana, por todos, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2.^a ed., 3.^a reimp., Torino, 1960, páginas 172 y ss.; CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, cit., págs. 486 y ss.; SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas generales del Derecho civil*, trad. esp., Madrid, 1964, págs. 141 y ss.

(83) Ya F. VON HIPPEL, en una obra que ha devenido clásica apuntaba a la fundamentación social del negocio jurídico, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, Tübingen, 1936, págs. 7 y ss., 74 y ss y 110 y ss.; tema que se ha intensificado en la doctrina alemana, desde el punto de vista de las relaciones entre *Grundrecht* y *Privatrecht*.

res y al obtener el negocio abstracto un fundamento *formal* (*voluntas legis*), adquiere la causa un planteamiento paralelo al hablarse de voluntad de los particulares (por eso hemos hablado de *causa naturalis*) (84).

En segundo lugar, toda esta problemática se viene a complicar en su planteamiento dogmático (pues desde el punto de vista de la sistemática interna parece más claro) con la aportación de la teoría de *DOMAT* y su acogida en los Códigos latinos. *DOMAT*, no acierta a comprender la significación que adquiere el problema de la causa en el Derecho romano (85), no se da cuenta que, dado el sistema contractual romano, la causa sólo se revela en el campo extranegocial (*ex varii causarum figuris*) o a lo sumo en los contratos *innominados*. Los demás se justifican por el tipo (*BONFANTE*) o por la función (*SCIALOJA*) (86), representado en sus distintas categorías (*re, forma y nomen*). De esta manera *DOMAT*, lo que desenvuelve es la causa de los *innominados* que se desarrolla, sobre todo, en el juego de las obligaciones recíprocas, como muestra la norma paradigmática del art. 1.124 C. c. Además, *DOMAT*, hablaba de la causa de la *obligación*, no de la causa del *negocio*, lo que nuevamente nos confirma en su error, ya que la causa de la obligación, salvo para las obligaciones extranegociales (artículo 1.901 C. c.) se halla en el *negocio* mismo y no en la prestación de su equivalencia. Una derivación de la tesis de *DOMAT*, hallamos en la doctrina del *Kausale dingliche Vertrag* que, como vimos, tanta extensión había cobrado en las distintas posturas contrarias al principio de abstracción, entre los autores alemanes, en parte, seguramente, también, por influencia de un error histórico. Así por lo que se refiere a la *emptio-venditio*, como causa de la tradición, la influencia de su configuración arcaica, en la que la compraventa aparece como un negocio al contado, llegando con el tiempo a hacer intervenir una *promissio* o *stipulatio* para el pago del precio, se manifiesta claramente ya que, según esta teoría, aunque toda transmisión se hallaba justificada (por el negocio causal) fuera de la tradición, ésta dependía, en definitiva, del acuerdo traslativo. Idea que, como modernamente se ha demostrado, era extraña al pensamiento de los juristas clásicos (87) y, entonces, no siendo además necesario que dicho acuerdo revele la causa, nos encontramos con que las prestaciones recíprocas, actúan de causa una de la otra, conforme a la mecánica de su cumplimiento. Esquema que se adapta también a la mutua dependencia entre negocio causal y negocio abstracto, conforme a la disposición del ordenamien-

(84) De acuerdo, W. FLUME, *Op. cit.*, II, pág. 155.

(85) Vid.: DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en RDN, 33-34 (1961), págs. 300 y ss.

(86) Para estas precisiones, mi trabajo citado últimamente, *loc. cit.*, páginas 318 y ss., 335 y ss. y 343 y ss.

(87) Pues no cabe pensar, como dice M. KASER, que en la compraventa o en la donación, hubiera necesidad de acuerdo real para que se transmitiera la propiedad. Además, por ese camino, se llegaría a consecuencias absurdas de tipo procesal, insostenibles para el Derecho romano (*Zur iusta causa traditionis*, en BIDR, 64 (1961), págs. 68-69).

to alemán. En este sentido W. FLUME, aún viendo más allá de la propia disposición de la disciplina positiva establecida en el BGB y, con claridad, dice que “lo normal es que tanto para el negocio abstracto regido por la ley o por negocio jurídico —recordemos el carácter general de la admisión del negocio abstracto en el Derecho alemán— la obligación se fundamenta como una consecuencia...”, lo que se revela “más claro en los negocios causales, donde una prestación es equivalente de la otra, por eso hablamos de obligaciones recíprocas en las que la exigencia de cada prestación tiene como causa su equivalencia, p. ej., en el contrato de compraventa, causa de la obligación o de la prestación del vendedor es la obligación o prestación del comprador” (88). De esta manera, el negocio al contado, como dice el mismo FLUME, vendrá a coincidir con el negocio causal, aunque sea considerado en el ordenamiento como abstracto (89). Agregando, por otra parte, que al yustaponer sobre la *causa naturalis*, que es indiferente al ordenamiento, el efecto del negocio de transmisión de la propiedad, regulado en el § 925 BGB y, sobre todo, pensando en la posibilidad de condicionar o aplazar dicho efecto (párrafo segundo del mismo párrafo) y, en la regulación expansiva del contrato de compraventa (§ 445 BGB), llega a decir que, en este sentido, la adquisición de la propiedad se fundamenta en la compraventa y, de este modo, el pago del precio, funciona como condición de la transmisión de la propiedad (90). De este modo, efecto recíproco e intención aparecen perfectamente vinculados (91). No parece sino que la exposición se hubiera construido utilizando el art. 1.274 C. c. en vez del 609. Pero la explicación hay que encontrarla, en la vinculación subjetivista que se halla prendida, en la propia doctrina de DOMAT, a propósito de la *causa donandi*. Aunque, realmente, la cuestión tenga su origen en la propia “armonística” de los Glosadores, al implicar *causa* y *condictio*, estableciéndose un precedente del paralelismo entre *causa de la obligación* o *del negocio* y *causa de la atribución*. La primera, se desenvuelve como *causa finalis (subjetiva)* y, a la segunda, se le aplica el punto de vista de las *condiciones*, sólo instrumentalmente objetiva (acabará, como sabemos, siendo considerada como el *animus domini transferendi*) (92). Aquella, se desarrollará sólo en materia de donaciones y de testamentos (93), pero por la fuerza expansiva de la “tópica” *consensualista*, ya será tarde cuando DOMAT reemprenda el

(88) *Op. cit.*, II, págs. 155 y 170.

(89) *Op. cit.*, II, pág. 170.

(90) *Op. cit.*, II, pág. 174.

(91) Es igual que ambas cosas se dejen en un mismo plano o que artificiosamente (aunque con una lejana resonancia no exenta de precisión) se distribuyan en dos, hablando de *causa objetiva* y de *causa subjetiva*, como hace BAUS, siguiendo a KLINGMÜLLER (Véase referencia anterior y ALVAREZ SUÁREZ, *Op. cit.*, páginas 22 y ss.).

(92) Así SÖLLNER, *Op. cit.*, en ZSS, *rom. abt.*, 77 (1960), págs. 226-228, y MEIJERS, *Op. cit.*, en *Tijdschr.*, 14 (1936), págs. 378 y ss.

(93) Esto explica el último inciso del artículo 1.274 y los artículos 619, 767 y 1.334 C. c.

argumento. Ahora bien, el mal está en el propio *DOMAT*, lo mismo que en sus precursores en la doctrina del Derecho común, no tanto por haber separado la *causa donandi*, sino por transformar los contratos de cambio (consensuales o reales) en contratos innominados, como ha dicho SÖLLNER, con toda justeza (94), de esta manera, aun sin abandonar formalmente un punto de vista objetivo se descompone el tema de la causa y por esto se habla de *causa solvendi, credendi, donandi*, descomponiendo con ello la unidad del negocio, en sus prestaciones, como en los innominados. Pero esto tendrá su relevancia, como hemos dicho, en el campo extranegocial, o a lo sumo aparecerá como un reflejo, no de la causa, sino de los efectos que produce el negocio atípico que puede servir de base para la construcción de su causa, sentido que hay que dar a la norma refleja, especular, contenida en el art. 1.274 C. c., sin abandonar, por ello, la concepción de que la causa viene constituida por la *función social* del negocio (95). Pero tratando de la causa de la atribución, la cuestión se presenta todavía más clara apelando a la base sistemática que nos ofrece el art. 609 C. c.

En la misma línea criticada se sitúa, también, FLUME, como comprobación de lo que venimos diciendo, cuando al hablar de la causa de los negocios abstractos, dice, por otra parte con exactitud, que se piensa sólo en las *causa credendi, solvendi, donandi*, con olvido de la *datio ob rem* y de la *datio ob causam* (96). Lo que se comprueba, por otro lado, cuando al prestar solamente atención a la primera, expone su punto de vista. De todos modos, la *datio ob causam* se puede vincular o al juego de los *contratos reales* del Derecho romano, categoría que propiamente no ha sobrevivido en el Derecho moderno (97), o a la tesis del *contrato real causal*, anteriormente rechazada, llevando a cabo, en todo caso, una descomposición de los elementos del negocio, con lo que se construye la *causa civilis* como si fuera *causa naturalis* (*naturalis ratio*), lo mismo que en el esquema de los *innominados*.

En cuanto a la *datio ob rem*, FLUME, la mantiene vinculada al planteamiento de los *innominados* y como consecuencia de la implicación intencional en él subyacente (98). De esta manera, se dificulta la comprensión de la función que representa la intervención de la *res*,

(94) *Die causa im Konditionem-und Vertragsrecht*, loc. cit., págs. 226-227.

(95) Mi trabajo citado, en RDN, 33-34 (1961), págs. 400 y ss. En sentido contrario NÚÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, en RCDI (1961), págs. 573 y ss.

(96) *Op. cit.*, II, pág. 155.

(97) JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, páginas 93 y ss. y 117 y ss.

(98) Así, este autor dice que la *datio ob rem* es una atribución mediante un acuerdo intencional, sin que el adquirente quede obligado a la prestación, sino en relación con el fin alcanzado. La *datio ob rem* puede quedar privada de dos maneras de fundamento jurídico, cuando el acuerdo intencional no es considerado eficaz, o cuando no se alcanza el fin previsto. En este último caso, le falta a la atribución el fundamento del acuerdo intencional. La *datio ob rem*—prosigue— sólo es actualmente aplicable en relación con los contratos obligatorios, fundamentalmente, porque éstos—a diferencia del Derecho romano, donde se establecía un *numerus clausus* de tipos contractuales— son de configuración libre. Usualmente, mediante una prestación se pretende la contraria, en general, a toda

en el planteamiento que nos ocupa. Y en relación con ello, la descomposición negocial, tiene sentido cuando se trata de la *donación manual* donde la entrega de la cosa cumple función de *forma*, siempre exigida para los donaciones, y, como solución que adopta el ordenamiento que no obedece a razones dogmáticas o de sistema, sino a criterios de oportunidad y de orden público, como dice agudamente JORDANO (99). Por otra parte, la intervención de la cosa o de la prestación, se revela autónomamente, como ya hemos dicho y reiterado, en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas (art. 1.124 C. c.) y más aún que en el campo de los *innominados*, pues en el Derecho moderno todos los contratos son *consensuales*, lo que equipara a los nominados y a los innominados frente al problema de su fundamentación; se manifiesta en cambio en las obligaciones extranegociales, donde encontramos la *datio ob causam* y la *datio sine causa* (por inexistencia o error), que impide, en el primer caso, la *condictio* (art. 1.901 C. c.), rindiendo legítima la atribución (el Código habla de *pago*, impropriamente, en sentido vulgar) o que la posibilite (arts. 1.895, 1.896 C. c.) y que encuentra, por otra parte, un claro precedente romano en el terreno de las *condictiones*. Aunque hay que advertir que en esta materia nos encontramos con ciertos efectos que consolidan la *atribución*, no por causa de la aplicación del *principio de abstracción*, sino por razón de la protección de los intereses del tráfico, mediante la *protección al adquirente de buena fe* (caso del art. 1.895 en relación con el 1.160 C. c. y del art. 1.899 C. c.). Lo que al implicar esta cuestión con el pago, no quiere decir que éste pueda concebirse como abstracto, sino que aquí sucede también algo parecido a lo que ocurre en el caso de la *donación manual*, y es que la intervención de la cosa, en este caso por razón de su *naturaleza* (dinero o cosa fungible), configura una dispensa del régimen general, aparte de la implicación de la buena fe. Lo que también tiene un claro precedente romano (100).

Pero a estas conclusiones no puede llegarse sin abandonar la concepción *consensualista* de la causa y la tendencia subjetivista, tan extendida durante el siglo XIX y aun en el presente (101), a propósito

obligación corresponde la contraprestación prevista. La *datio ob rem* es sólo una pieza autónoma, actualmente, cuando una prestación es consecuencia de una intención (*Op. cit.*, II, págs. 155).

(99) *Op. cit.*, págs. 147 y ss. La colocación, por otra parte, en el artículo 609 C. c. de la donación, no debe inducir a engaño; no es que la donación sea *modo*, lo que sólo viene a tener realidad en la *donación manual* (que seguramente es lo que tuvo en cuenta el legislador y que nos explica su expresión autónoma), sino que queda también incluida entre los "ciertos contratos" a que el mismo precepto alude. Para esto, JORDANO, *Op. cit.*, págs. 117 y ss. y 147 y ss., también, VALLET DE GOYTISOLO, *Donación, condición y conversión jurídica material*, en ADC, 5 (1952), págs. 1205 y ss. En sentido diverso, últimamente, LALAGUNA, *Lor arts. 623 y 629 del C. c. y la naturaleza de la donación*, en RDP, 1964, págs. 275 y ss.

(100) Véanse las referencias indicadas anteriormente al exponer en síntesis la doctrina de M. KASER y, por otra parte, la cuestión del alcance de la anti-nomia entre el D,41,1,36 y D,12,1,18.

(101) Para esto, mi trabajo citado sobre la causa, *loc. cit.*

del negocio jurídico en general. Lo que paralelamente tiene sus manifestaciones también a propósito de la atribución patrimonial, sobre todo en aquellas cuestiones a que se extiende o pretende extenderse el principio de abstracción, como en materia de créditos documentados, negocios de garantía, confesión de dote, cesión de créditos, promesa, reconocimiento de deuda, etc. Campo en el que, conforme a aquella orientación, se llega a admitir, a través del artículo 1.274 del Código civil, cuando habla de promesa en lugar de la prestación, el principio de abstracción que, por otra parte, se desarrolla al amparo del artículo 1.277 del Código civil con un criterio expansivo que no se ajusta a nuestra tradición jurídica ni a los principios del *sistema interno* de nuestro ordenamiento, invocando como base el reconocimiento de la autonomía privada al amparo del artículo 1.255 del Código civil, bajo el pretexto de obtener una mayor seguridad en el tráfico, sin tener presentes los negocios típicos y olvidando que aquella seguridad se consigue ampliamente por la protección dispensada a la buena fe. Así, en el sentido criticado y conforme a un planteamiento parecido en el Derecho francés, en cuanto a la causa del negocio, llegará a decir CAPITANT que “el artículo 1.132 de nuestro Código civil—análogo a nuestro 1.275 C. c.—, tal y como lo hemos interpretado fundándonos en la historia, es el precedente exacto de los artículos 780 y 781 del Código civil alemán y del artículo 17 del Código suizo de las obligaciones. Entre el régimen alemán, por una parte, y el de nuestro Código civil y el Derecho suizo, por otra, no hay más que una diferencia, consistente en que el primero somete a la validez de la promesa abstracta a la redacción de escritura. Pero esta diferencia entre nuestro Derecho y el Derecho alemán se halla singularmente atenuada en la práctica por nuestro artículo 1.341” (análogo a nuestro 1.280 C. c., especialmente párrafo último) (102). Aquí vemos aparecer, en la doctrina de CAPITANT, claramente, la confusión entre *causa* y *prueba*, en relación íntimamente con los problemas de *forma* y *legitimación*. A la relación entre *causa* y *forma* ya hemos aludido en otro lugar y acabamos de hacer ahora una referencia a propósito de la donación (103), implicación que, como hemos visto, no responde a problemas de fundamentación, sino a razones de oportunidad. Pero hay otra relación entre *causa* y *forma* que no ha sido tenida en cuenta por CAPITANT, y es que la *abstracción* ha sido vinculada en los ordenamientos antiguos (*obligatio literis, stipulatio, mancipatio, Sala, Auflassung*) a la *forma*; pero la forma viene impuesta imperativamente por el ordenamiento, lo mismo que en ciertos casos el negocio abstracto, en el BGB. También es verdad, volviendo al planteamiento del sistema interno, que en el Derecho francés, como sucede en el Derecho italiano (104), la transmisión de la propiedad, aunque cau-

(102) *De la causa de las obligaciones*, trad. esp., Madrid, 1922, págs. 383-384.

(103) *La causa del negocio jurídico*, cit., loc. cit., págs. 355 y ss. y 396 y ss. Para las consecuencias de esta orientación subjetivista de la causa en la doctrina suiza, H. J. MOECKE, *Op. cit.*, págs. 8 y ss.

sal, por esa especial concepción de la causa, que ha prevalecido en particular en la doctrina francesa, se adapta mejor al Derecho justinianeo y bizantino, donde triunfa la doctrina del *negocio real causal*, que al Derecho clásico, sobre cuyas huellas, en lo que me complace llamar la “provincialización de la enseñanza de Bolonia”, se desarrollará la teoría del “título y el modo” que acaba por prevalecer en otros Derechos romanistas (Prusia, Austria, Suiza, Holanda, España, Brasil, etc.) (105).

Otro tanto, aunque relacionado con la interpretación del artículo 1.274 del Código civil, encontraremos en NÚÑEZ LAGOS, cuando pretende fundar, bien que con otros fines (pues, en definitiva, se muestra siempre decidido causalista), la *causa del documento* (como causa de la atribución) en la absorción por éste de las propiedades de la antigua *stipulatio*, cuyo lugar ocupa, haciendo con ello un juego peligroso entre causalidad, legitimación y prueba, y de este modo vincula la *stipulatio* a la interpretación del artículo 1.274, cuando dice que “en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte”, considerando que el término *promesa* equivale a *stipulatio (promissio)*, o se halla en lugar de ella; y así dice que “en la técnica de la causa no se hace referencia a la prestación debida, sino a la prestación ejecutada o que se ejecuta (*datio*). La prestación por ejecutar—añade—(en el futuro) es la promesa” (106). Pero más lógico parece interpretar el artículo 1.274 como refiriéndose al contenido de las obligaciones (dar, hacer, o no hacer). Aparte de que este precepto que hemos calificado de especular reproduce los *efectos* que se producen conforme a la causa (de acuerdo con una técnica de expresión un tanto primitiva) y no alude a la causa en sí misma (o lo hace sin completar el ciclo de expresión que hubiere sido adecuado). Lo que NÚÑEZ LAGOS no advierte, ya que para él la causa es la causa de los innominados. Tampoco podemos admitir ese alcance que se pretende para el término *promesa* del artículo 1.274, porque esto supondría desconponer, por ejemplo, en la compraventa sus propios efectos conforme a las prestaciones independientes de cada parte, con lo que caeríamos en un planteamiento arcaizante, igual que el que viene criticado por KASER para el Derecho romano, es decir, a la entrega de la cosa, el pago del precio se sustituye por una *promissio*, con lo que se desvincula de su causa (107). Entonces, el error sobre la cosa, sus vicios y defectos no impedirán el pago del precio. Consecuencia que no puede aceptarse.

(104) Vid. KASER, *Compraventa y transmisión de la propiedad*, cit., páginas 27 y ss.

(105) KASER, *Ibid.*

(106) Así, entre otros de sus muchos trabajos sobre el mismo tema, en *Contenido sustantivo de la escritura pública*, en RDN, 43 (1964), págs. 7 y ss., anteriormente, en *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid 1950, página 369, y en *Op. cit.*, en RCDI (1961), págs. 573 y ss.

(107) Según KASER, esta derivación de la antigua *venta al contado* aparece recogida en VARRON, *de re rustica*, 2,1,15 (*Römisches Privatrecht*, cit., pág. 97).

II. EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA: PRIMACÍA DE UNA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA SOBRE EL ARGUMENTO COMPARATISTA O MERAMENTE CONCEPTUAL

Ya hemos advertido al comienzo de este trabajo de las dificultades dogmáticas que encierra el planteamiento del reconocimiento de deuda, al haberse desarrollado doctrinalmente en íntima conexión con la doctrina de la abstracción, como un ejemplo típico de la manifestación del subjetivismo (fundado en el elemento intencional de la autonomía privada) en el planteamiento de la *causa naturalis*, o lo que es lo mismo, en la construcción de la *causa civilis* como *causa naturalis*, y que acaba por llevar a su descomposición. Porque no se crea que existe, por nuestra parte, ningún prejuicio teórico contra la construcción de DOMAT sobre el tema de la causa, ni siquiera porque este prejuicio se halle fundado en consideraciones históricas, lo que ya sería bastante para descargarle de su calificación como prejuicio, sino porque la concepción de DOMAT lleva en sí misma su propia destrucción y, con ello, los valores materiales que trata de proteger, como acabamos de ver en un aspecto a propósito del artículo 1.274 del Código civil, quedan indefensos. Es decir, la pretendida concepción *objetiva*, en el planteamiento de los innominados se desvanece con la implicación intencional, hacia la que su construcción se ve inexorablemente atraída, viniendo a la larga a quedar supeditada a la concepción *subjetiva*.

Por otra parte, el tema del reconocimiento, agravado por cuestiones terminológicas (confusión entre reconocimiento y confesión en la terminología medieval), aunque en un plano más aparente que real; pero que, en ocasiones, ha inducido a la confusión a la doctrina, se viene a implicar con el problema de la *prueba* y de la *legitimación*. Y aquí se establece una peligrosa relación entre estas cuestiones y la *causa*. Todo ello, además, en relación con la teoría del *documento* y a través de una implicación inadecuada entre *stipulatio* o *promissio*, antiguos negocios abstractos, hoy desaparecidos de nuestro Derecho y que pretenden vincularse al valor actual de la *escritura pública*, en el sentido de que la *escritura* ocupa el lugar de la antigua *stipulatio*, como defiende NÚÑEZ LAGOS (108), lo que constituye un planteamiento más bien idealizante y retórico que otra cosa, sin tener en cuenta los profundos cambios operados, en cualquier plano, por el Derecho moderno, lo que en el nuestro se remonta ya al *Ordenamiento de Alcalá*. Esta cuestión se manifiesta, como veremos, al distinguir entre *escrituras reconocitivas* y *escrituras dispositivas* (o mejor dicho, entre negocios de uno y otro orden) y al relacionar esta cuestión con el problema de la causa de la atribución, en los términos que antes acabamos de indicar, bajo lo cual se halla subyacente la función de la *forma* y la relación a la que antes hemos aludido entre *causa* y *forma*.

(108) *Contenido sustantivo de la escritura pública*, cit., y otros trabajos anteriores.

Por último, una profunda y variada literatura dificulta, más que facilita, la comprensión de esta problemática, al mezclarse todas estas cuestiones en la doctrina de los llamados *negocios de fijación* y al entremezclarse también los campos de los *negocios de disposición* y de los *negocios y actos aclaratorios*, aparte del parentesco de éstos con los que la doctrina alemana llama *facta concludentia*, simples actos que pueden provocar una modificación real u obligatoria (aceptación, renuncia, ocupación, percepción de frutos, *divisio. adjudicatio* (109); todo ello sin que la doctrina, salvo excepciones, trate de atenerse a criterios sistemáticos o a una adecuada ponderación de los intereses, cayendo conforme al abuso del “método de conceptos” en los mismos excesos y errores que se manifiestan ya en las “escuelas cultas” del Derecho común, por el abuso de la “*armonística*” o del “*ars combinatoria*”, como veremos aunque sea sumariamente.

Por eso renunciamos a fundar nuestro análisis de la cuestión en un estudio previo de la *naturaleza jurídica* del reconocimiento de deuda, aunque no por ello vayamos a renunciar a las referencias críticas necesarias; pero al hacerlo así pensamos, sobre todo, en la representación de los intereses en pugna que nos pone de relieve la consideración de la vida diaria del Derecho.

Pues bien, nos encontramos con que nuestro Código no guarda silencio absoluto sobre el *reconocimiento de deuda*, aunque se muestra muy parco en alusiones al mismo. Expresamente sólo alude a él a propósito de la interrupción de la prescripción el artículo 1.973, al hablar de “cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor”. Por otra parte, habla de reconocimiento, con los mismos efectos interruptorios, artículo 1.948 (“reconocimiento expreso o tácito por el poseedor del derecho del dueño”), el artículo 1.647 se refiere a que el dueño del dominio directo podrá exigir del “que se encuentre en posesión de la finca enfiteuticá” el reconocimiento de su derecho. Pero este precepto tiene un campo de aplicación particular y lo mismo el primero, aunque puede servir, como veremos, para determinar el alcance de reconocimiento de deuda, como autorizadamente se ha defendido (110). En cambio, dentro del mismo planteamiento, el artículo 944 del Código de comercio habla de “reconocimiento de las obligaciones” y de “renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor” (111). Por otra parte, hay que tener en cuenta

(109) A estas cuestiones me he referido anteriormente, DE LOS MOZOS, *La renuncia a la sociedad legal de gananciales*, en ADC, 13 (1960), págs. 80 y ss., aunque en relación con la renuncia; también, en términos generales, en *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, 1959, pág. 55 y, precisamente desde el punto de vista de la limitación de la autonomía privada, por razón de la eficacia que la ley confiere a estas “actuaciones de la voluntad”. Y por lo que se refiere al alcance de la *divisio*, en relación con este planteamiento, igualmente, en *La partición de herencia por el propio testador*, en RDN, 27 (1960), páginas 181 y ss.

(110) Así, DIEZ-PICAZO, *La prescripción en el Código civil*, Barcelona, 1964, páginas 131 y ss.

(111) La doctrina mercantil no suele ocuparse de este problema en el sen-

también, cuando se habla de "reconocimiento de los créditos" en el Derecho concursal. Y, en fin, el artículo 1.224 del Código civil dice que: "Las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados, si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del primero" (112). Aunque, además, habrá que tener en cuenta las normas que el Código dedica a la *confesión extrajudicial* (arts. 1.231, 1.232 y 1.239 C. c.).

Un análisis de estas referencias es realmente poca cosa, aunque se trate de integrarlas dentro del sistema interno del Código y aun conforme a los precedentes deducidos del Derecho histórico para poder efectuar cualquier planteamiento en relación con el reconocimiento de deuda. Esto explica el que se acuda al Derecho comparado, especialmente al Derecho alemán, y por lo demás, una vez constatada esta referencia, los intentos de elaboración dogmática serán una consecuencia lógica. Efectivamente, los §§ 780 y 781 BGB se refieren a la validez de la promesa y del reconocimiento de deuda simplemente por el hecho de que se hagan constar por escrito (113), siendo considerados como negocios abstractos al amparo de lo dispuesto con carácter general por los §§ 812 a 822 BGB. Por otra parte, en el artículo 17 OR suizo se establece que "el reconocimiento de una deuda es válido aunque no enuncie la naturaleza de la obligación". Es decir, se establece igualmente con carácter abstracto, aunque por ello no falten opiniones en contra (114). En el Derecho italiano el artículo

tido del texto: GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III, Madrid, 1964, páginas 163 y ss.; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1964, pág. 446-447.

(112) Criterio que se muestra de forma paralela en el art. 1.219 C. c. y aún con más fuerza, lógicamente, en el art. 1.230.

(113) Cifr. "Para la validez de un contrato por el cual se promete una prestación de forma que la promesa deba originar por sí misma la obligación (promesa de deuda), es necesario, en tanto no se halle prescrita otra forma, que la promesa se haga por escrito" (§ 780).

"Para la validez de un contrato por el cual se reconoce la existencia de una relación obligatoria (reconocimiento de deuda) es necesario el otorgamiento escrito de la declaración de reconocimiento. Si se ha prescrito otra forma para la constitución de la relación obligatoria cuya existencia es reconocida, requiere esta forma el contrato de reconocimiento" (§ 781).

(114) Es curioso el planteamiento de la cuestión en Derecho suizo. De una parte, la transmisión de la propiedad inmueble se organiza por el ZGB, conforme al principio causal. Durante largo tiempo se discute si la transmisión es causal o abstracta en materia de muebles, ante el silencio del art. 714, pero a partir de 1929, la jurisprudencia se inclina definitivamente por el criterio causal (MOECKE, *Op. cit.*, pág. 24). En cambio, en Derecho de obligaciones, es más amplio el imperio del principio de abstracción, aunque con muchas limitaciones, incluso a propósito de la interpretación del art. 17 OR, la jurisprudencia se manifestó siempre vacilante entre considerar el reconocimiento como negocio abstracto o dejar reducido su alcance a simple medio de prueba (W. YUNG, *La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en Droit suisse*, th. Gèneve, 1930, págs. 102 y ss.). Pero recientemente se puede decir que, a pesar del acercamiento del Derecho suizo al negocio abstracto, en el campo del Derecho de obligaciones se halla abierto un proceso de revisión

lo 1.988, que se refiere a la promesa de pago y al reconocimiento de deuda, establece que: "La promesa de pago y el reconocimiento de deuda dispensan a aquél a favor de quien se hace de la carga de probar la relación fundamental. La existencia de ésta se presume salvo prueba en contrario." Donde, sobre todo en relación con el sistema contractual italiano, su alcance meramente probatorio se revela más claro, aunque no han faltado tampoco opiniones encontradas, en particular al poner en relación esta cuestión con el tema de los *negocios de fijación* y con la *confesión extrajudicial* (art. 2.730) (115).

En conclusión, donde únicamente aparece claramente el carácter abstracto del reconocimiento de deuda es en el Derecho alemán, como una cuestión íntimamente vinculada a la admisión del negocio abstracto con carácter general, fundamentado en la autonomía privada antes de la publicación del BGB y en su propio reconocimiento y sistema con posterioridad al mismo (116), y sobre esta base se ha desarrollado en los diversos países, con los consabidos intentos de adaptación. Teniendo particular interés la doctrina italiana, por existir en aquel Derecho un planteamiento equivalente al Derecho español en materia de causa del negocio y sin que este concepto haya sido deformado por la doctrina, sino todo lo contrario, como ha sucedido en el Derecho francés (117).

Conforme a estos precedentes, la situación se plantea de la siguiente manera, CASTAN, siguiendo a PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, y lo mismo otros autores, admiten el carácter abstracto del reconocimiento de deuda, por los mismos argumentos que admiten el negocio abstracto en general, es decir, obteniendo su fundamento en la autonomía privada (art. 1.255 C. c.) y desarrollando su alcance, confor-

a fondo del principio de abstracción; el propio trabajo de H. J. MOECKE constituye una importante aportación en este sentido con relación a la cesión de créditos. Siendo interesante la sentencia que cita este autor del Tribunal Federal de 13 de marzo de 1958, porque a propósito de esta materia viene a considerar el argumento sistemático, que hemos utilizado a lo largo del presente trabajo, con base en el cambio operado en materia de muebles.

(115) Por todos, CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, págs. 237 y ss.

(116) Así, BAEHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 2.ª ed., Casel 1867 y *Zur Verständigung über den Anerkennungsvertrag*, en *Iher. Jb.*, (1858), págs. 283 y ss. y 366 y ss., fue propiamente el iniciador, seguido después por RUMELIN, *Zur Lehre von Schuldsversprechen und Schuldankennissen*, en ACP, 97 (1905), págs. 211 y ss. y ACP, 98 (1906), págs. 156 y ss. y J. SIEGEL, *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde*, en ACP, 111 (1914), páginas 1 y ss., aunque también vienen a influir las aportaciones de DEGENKOLB, *Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion*, en ACP, 71 (1887), páginas 1 y ss. y de STAMPE, *Das causa Problem des Civilrechts*, Greifswald, 1904., a propósito del negocio de fijación y de la función de la causa, respectivamente. Doctrinas que fueron expuestas por vez primera en España, por NÚÑEZ LAGOS, desde su conferencia en la Academia Matritense del Notariado en 1943.

(117) Hemos omitido, por otra parte, deliberadamente, toda referencia al Derecho francés, porque en relación con el planteamiento que aquí nos ocupa, legalmente, no presenta interés; únicamente por lo que afecta a la relación entre causa y reconocimiento de deuda, ya hemos hecho constar anteriormente, desde un punto de vista crítico, la opinión de CAPITANT. Puede verse en la

me al art. 1.277 C. c. (118). NÚÑEZ LAGOS, por otra parte, aun mostrándose causalista, si bien conforme a su peculiar concepto de la causa y a propósito de la teoría del documento, viene a hablar de *reconocimiento constitutivo* en algunos casos (119). Además, hay que tener en cuenta que al poner en relación reconocimiento y confesión, se ha dado lugar en la doctrina a algunos equívocos terminológicos muy explicables, pero que pueden llevar a producir alguna confusión innecesaria. Y, en fin, como puede comprenderse, frente al problema del alcance del reconocimiento de deuda, la cuestión de su naturaleza jurídica es puramente secundaria, sobre todo, porque la figura no presenta un planteamiento unitario (120) y, como tampoco lo presenta respecto de su función y alcance, habrá que partir de este punto de vista. De todos modos, antes de entrar en el examen de esta cuestión tenemos que rechazar la configuración abstracta del reconocimiento de deuda, por la superioridad del argumento sistemático sobre la pura construcción conceptual basada en el Derecho comparado, sin que sea preciso insistir más sobre este punto.

- a) *Tipos de reconocimiento según su alcance: reconocitivo, declarativo y constitutivo (confesión y reconocimiento).*

Para hablar de los tipos de reconocimiento tenemos que hablar tanto del reconocimiento, en sentido estricto (= reconocimiento constitutivo), como de las figuras afines del mismo; aunque todo ello se halla en el seno de una gran imprecisión terminológica, pero también es verdad que el resultado de esta imprecisión no implica consecuencias importantes, desde el punto de vista adoptado, por eso, las precisiones que hagamos en este orden no se las puede conceder más que una utilidad instrumental en relación con el mismo. Y así, en un primer término, hablamos de reconocimiento con alcance meramente *reconocitivo*, o confesión extrajudicial *extractu sensu*; reconocimiento con alcance *declarativo*, o confesión extrajudicial, en sentido amplio y, en fin, de reconocimiento *constitutivo*, del que únicamente puede admitirse con tal alcance el causal y siempre que tenga, además, carácter negocial.

Como cuestión previa, ya hemos reconocido que se halla el problema terminológico, pero de ello no vamos a ocuparnos de manera autónoma, sino al compás del somero análisis que nos proponemos.

Empecemos por el reconocimiento meramente *reconocitivo*, en sentido estricto y que hemos dicho se identifica con la confesión ex-

doctrina, no obstante, DIKOFF, *Les actes juridiques abstraits et le Code civil française*, en RTDC, 1932, págs. 352 y ss.

(118) CASTAN, *Derecho civil*, IV, págs. 792 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Notas a ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Op. cit.*, II-1, págs. 530 y ss.

(119) *Op. cit.*, en RDN, 43 (1964), págs. 99 y ss., y otros trabajos anteriores.

(120) El propio LÓPEZ VILAS llega a esta consecuencia después de hacer

trajudicial tomaça, también, con este mismo alcance. En este caso se trata de un simple medio de prueba de libre apreciación por los Tribunales (art. 1.239 C. c.), e incluso podemos pensar, siguiendo a VALLET DE GOYTISOLO (121) y, en contra de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (122), que se trata de mera confesión de hechos, para distinguirla de la confesión que recae sobre la *relación jurídica*, que tiene carácter declarativo (123), teniendo lugar, por otro lado, como un *simple acto* no negocial. Aquí no deberíamos hablar de reconocimiento, sino simplemente de confesión, tanto por razón de la materia como por razón de los efectos.

El reconocimiento con alcance *declarativo* presenta ya más dificultades. Este sería, como hemos dicho, el campo de la confesión extrajudicial en sentido amplio. Para unos, no cabe —en relación con el apartado anterior— ninguna relación posible, así GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, entiende que la confesión de una relación jurídica, no es propiamente confesión, sino reconocimiento de deuda (con o sin expresión de causa) a todos los efectos legales (124), con lo que, por otro lado, se amplía el campo del reconocimiento propiamente dicho, a costa de esta categoría intermedia. Esto supone una nueva perspectiva sobre el conjunto, de modo que según la tesis de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, se contraponen *confesión de hechos* (que provoca un efecto no querido) y *confesión de relaciones jurídicas* (= reconocimiento de deuda), que se configura siempre como negocio. Ahora bien, en esto va implícita la noción y alcance de los *negocios de fijación*, según el punto de vista de FURNO (125).

La obra de FURNO, tiene el mérito de haber reaccionado contra la extraordinaria extensión que cobró, en la doctrina italiana, la teoría de los *negocios de fijación*, debido a la influencia pandectista, llegándose a defender su naturaleza constitutiva y abstracta. Pero a la vez, arremete con los llamados *negocios declarativos*, admitidos por la doctrina dominante, especialmente partiendo de MESSINA (126), y, sobre todo, de CARNELUTTI (127), para quien las partes, en el negocio de fijación, no pretenden crear ni modificar la relación anterior, sino únicamente conferirle carácter de *certeza* (128), aunque no falten quienes, siguiendo la orientación que parte del propio MESSINA, entiendan que

una correcta exposición desde este punto de vista, *Op. cit.*, en RDP, 1965, páginas 866 y ss.

(121) *Observaciones a la Resolución de 11 de marzo de 1957, en relación con la S. del TS. de 2 de febrero de 1951*, en RCDI, 1957, págs. 477 y ss.

(122) *La confesión extrajudicial y el art. 1407 C. c.*, en AAMN, 1962, páginas 461 y ss.

(123) VALLET, *Op. cit.*, en RCDI, 1957, págs. 486 y ss.

(124) *Op. cit.* en AAMN, 1962, pág. 476, texto y nota 24.

(125) *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, trad. esp., Madrid, 1957.

(126) *Contributo alla dottrina della confessione*, en *Scritti Giuridici*, III, Milano, 1948.

(127) *Documento e negozio giuridico*, en RDPC, 1926, I, págs. 207 y ss.

(128) Esta misma opinión es seguida por G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, en RDPC, 1933, I, págs. 132 y ss.

el negocio de fijación tiene carácter constitutivo o *dispositivo* (129), lo que tiene, además, otras implicaciones a las que luego aludiremos. Otros, en fin, entenderán que, a pesar de su naturaleza *constitutiva*, cumplen tales negocios una función *declarativa* (130), opinión que es bastante atrayente y que, en sí misma, no se separa sustancialmente de la primera que es la seguida por la doctrina dominante (131). Pero volviendo a FURNO, nos encontramos con que no admite para los *negocios de fijación*, otro alcance que el meramente *probatorio*, e incluso suprime la distinción entre confesión judicial y reconocimiento de deuda (para él los arts. 1.988 C. c. it. y 2.730 del mismo, son una reiteración, un precepto doblemente expuesto en el articulado del *Codice civile*), además, el acto de confesión o de reconocimiento, así concebido, carece de significación comercial (132). Esta postura, en Italia, tuvo bastantes seguidores (133), apareciendo en España en GONZÁLEZ PALOMINO (134) y recientemente en GARCÍA BERNARDO (135). Pero, como contrapartida, el propio FURNO entiende que hay que distinguir entre *confesión extrajudicial* y su *prueba documental*, y, sobre esta base, GONZÁLEZ PALOMINO pretende que si el hecho de la *confesión extrajudicial* se acredita por un medio de prueba legal (documento público o privado reconocido) vale como *confesión judicial*, es decir, como prueba plena. Lo que parece inadmisibles, ya que se aplicaría, en vez del artículo 1.239, los artículos 1.231 a 1.234 del Código civil (136). Pero esto no es más que una muestra de las muchas derivaciones que en esta materia presentan los planteamientos puramente dogmáticos. Más interés tiene, en relación con este tema, el problema de distinguir entre *reproducción comercial*, que es sinónima al concepto y alcance aquí utilizado y admitido de *negocio de fijación* y la llamada *renovatio contractus*, pero a ello aludiremos más adelante.

Llegados a este punto, no tenemos más remedio que admitir el alcance de lo que hemos llamado *reconocimiento declarativo*, distinto de la confesión de meros hechos, que tiene una exclusiva relevancia probatoria, y distinto también del reconocimiento de deuda. La presencia de reconocimientos de esta naturaleza, en nuestro ordenamiento, es evidente. VALLET nos cita los siguientes supuestos: artículos 129 a 138 (reconocimiento de hijos naturales), 1.334 (reconocimiento de dote), 1.647 (reconocimiento por el enfiteuta del derecho del

(129) Así, ASCARELLI, *La letteralità dei titoli di credito*, en RDCom, 1932, I, pág. 276 y CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, págs. 94 y ss.

(130) GIORGIANI, *Il negozio d'accertamento*, Milano, 1939.

(131) Así, por todos, CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, págs. 238 y siguientes, y allí una ampliación de las referencias indicadas.

(132) *Op. cit.*, págs. 31 y ss.

(133) Entre otros, BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto privato*, 6.^a ed., II, Torino, 1962, págs. 725-726.

(134) *Negocio jurídico y documento*, en CCNV, 1951-II.

(135) *Formalismo jurídico y documento notarial*, en RDN, 36 (1962), páginas 89 y ss.

(136) Así fundadamente, VALLET, *Op. cit.*, en RCDI, 1957, págs. 487-488.

dueño del dominio directo) y 1.973 (reconocimiento de la deuda por el deudor a efectos de interrumpir la prescripción) (137). A los que podríamos añadir el artículo 944 del Código de comercio (reconocimiento de las obligaciones y renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor). Cabe imaginar también otros supuestos conforme a las necesidades del tráfico jurídico. Pero no siempre es necesario que se trate de *negocios de fijación*; lo verdaderamente interesante es que se trate siempre de actos o negocios, ya unilaterales, ya bilaterales, que muestren este alcance declarativo directa o indirectamente. En este sentido, y al ocuparse del reconocimiento contemplado en el artículo 1.973, DÍEZ PICAZO, refiriendo este precepto al artículo 1.948 (cualquier reconocimiento del derecho del dueño por el poseedor interrumpe la prescripción) y consiguiendo con ello una interpretación satisfactoria del mismo, dice que “en ocasiones, efectivamente, se trata de un verdadero negocio jurídico de fijación o renuncia; pero puede ser también una simple declaración con valor confesorio o un efecto indirecto de otra declaración o de otro negocio. Si el poseedor toma en arrendamiento la finca o la porción discutida reconoce el derecho del dueño” (138). Con lo que se corrobora nuestro punto de vista. Ahora bien, poniendo en relación esta materia con el reconocimiento de deuda propiamente dicho y con el alcance constitutivo de este reconocimiento, en sentido sustantivo, vemos que existe una notable diferencia. La que separa los negocios de fijación de los negocios de disposición. Esto se revela claramente desde el punto de vista de la causa, cuestión que ha sido descuidada por la doctrina o mal entendida. Los efectos de un exagerado conceptualismo en este campo son verdaderamente desorientadores. Así, la doctrina del *negocio de fijación* se ve atraída por un elemento que se desfigura en su función retóricamente, el *elemento vetus*, según el cual se justifica el negocio o acto declarativo por la vinculación con este precedente, que simplemente se trata de reconocer o de aclarar; pero esto nunca puede referirse a la *causa*, sino al *motivo*, el cual se revela, como hemos dicho en otro lugar (139), a través del *objeto del negocio* (arts. 1.271-1.273 C. c.). De este modo, y ello es cierto, se revela el alcance *subordinado* de este tipo de reconocimiento declarativo al acto o a la situación anterior. Sirve, por tanto, mérito que no cabe negar a esta doctrina, para distinguir el reconocimiento *constitutivo* del meramente *declarativo* (140); pero deja sin resolver el problema de la

(137) *Op. cit.*, en RCDI, 1957, pág. 494. Un carácter análogo en cuanto a la estructura del acto se encuentra en el art. 1364, en relación con el 1394 C. c., por cuanto hace posible la renuncia a la sociedad de gananciales, implicando el establecimiento *ab initio* del régimen dotal.

(138) *La prescripción en el Código civil*, cit., págs. 135 y ss. y, anteriormente, en *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, págs. 177 y ss., refiriendo este planteamiento a la consideración de la conducta contradictoria.

(139) DE LOS MOZOS, *El objeto del negocio jurídico*, en RDP, 1960, páginas 373 y ss.

(140) Así dice NÚÑEZ LAGOS, refiriéndose a los actos a que antes hemos aludido, que “en todos estos casos el elemento *vetus* queda “apreciado conjun-

causa, una vez más, por partir de una concepción subjetiva. Cuestión que ha sido igualmente denunciada, con relación a la doctrina italiana, por CARIOTA FERRARA (141) y satisfactoriamente resuelta al decir que las dudas sobre este punto dependen del alcance del reconocimiento, ya que “si no produce ninguna modificación de la relación preexistente, no hay razón para negar su justificabilidad incluso desde el punto de vista de la causa: cualquier función puede considerarse admisible hasta que no hay desplazamiento patrimonial” (142). Congruentemente con ello, el régimen de tales reconocimientos declarativos viene establecido por el artículo 1.224 del Código civil, aplicable tanto al reconocimiento de deuda a que alude el artículo 1.873, como a los supuestos contemplados en el artículo 944 del Código de comercio, siempre que se haga el reconocimiento mediante documento.

Nos queda ahora ocuparnos de la tercera categoría de reconocimientos, la del *reconocimiento constitutivo* o reconocimiento de deuda en sentido estricto. Antes de nada vamos a plantear una cuestión terminológica. Nos basamos al establecer esta distinción en que, respecto de las categorías anteriores, aquí se trata siempre de negocios jurídicos, unilaterales o bilaterales. Por eso podemos contraponer confesión y reconocimiento, aparte de que esta cuestión—aunque olvidada—tiene su abolengo histórico. La *confesión* siempre tiene un alcance reconocitivo o declarativo, sea de hechos o de relaciones jurídicas (nos referimos, claro es, a la confesión extrajudicial, como radicalmente distinta de la judicial, y por ello no caemos en el error de dar alcance constitutivo a algunos supuestos de confesión, como es frecuente en algunas de las tendencias doctrinales indicadas). Mientras que el *reconocimiento* es constitutivo o dispositivo y por eso tenemos que someterlo a un examen causal. No es que los reconocimientos meramente declarativos sean *abstractos*, sino que en ellos la causa cumple una función indiferente, es como si lo fueran; prueba de ello es que se puede llegar a ese alcance confesorio por medio de sim-

tamente” por las partes, y recogido en síntesis o mencionado en el texto de la escritura. En esta breve mención del elemento *vetus* está la esencia de esta clase de escrituras. Por recogerse brevemente este elemento *vetus* se diferencia la escritura de reconocimiento de la de constitución, pues en ésta jamás se recoge en modo alguno el elemento *vetus* (*Hechos y derechos*, pág. 343.)

(141) “La doctrina, especialmente la italiana, ha considerado poco el tema con referencia a la causa puesta en relación con la influencia del negocio sobre la situación jurídica preexistente y con la eventual modificación (o peor, constitución o extinción) de la relación fijada. Incluso los autores que han estudiado agudamente la función de la fijación y, por consiguiente, la causa, se han detenido en la consideración de la eliminación de la incertidumbre o de la *litis* (CARNELUTTI), pero han descuidado la necesidad de una justificación de la situación jurídica en particular en lo patrimonial.” Esto es importante para lo que luego hemos de decir en relación con el reconocimiento constitutivo y para la relación que la doctrina ha establecido entre reconocimiento y transacción. Añadiendo el ilustre profesor de Nápoles, que esto explica, cómo NICOLÒ, en general, se limita a afirmar que la función de fijación entra entre las causas lícitas (*Op. cit.*, pág. 242, nota 652).

(142) *Op. y loc. cit.*s. texto.

ples actos jurídicos. Ahora bien, lo que no cabe es confundir las cosas partiendo de un concepto expansivo, como sucede en la doctrina del negocio de fijación; por eso tenemos que volver a un planteamiento que antes, en parte, ya hemos rechazado.

En esta línea se sitúan BAEHR y todos sus seguidores, conforme a la orientación que ya conocemos. BAEHR entiende que se dan supuestos de obligación abstracta en los casos siguientes: 1) Cuando se ha elegido una forma (abstracta) determinada, admitida por la ley. 2) Cuando tal situación resulta de la posición que ocupa la promesa frente a su causa; y 3) *Siempre* que estemos en presencia de un *reconocimiento* de la existencia e inexistencia de una regulación jurídica anterior (143). Como vemos, este último es el que tiene aquí verdadero interés, sobre todo porque la presencia del elemento *vetus* excitará la imaginación de la doctrina posterior sobre los negocios de fijación negativamente, en el sentido que hemos visto al invocar el testimonio de CARIOTA FERRARA y, positivamente, al llegar a admitir (aun partiendo esencialmente del principio causalista) un inesperado efecto abstracto, olvidando que la causa del negocio de fijación, así entendida, sólo sirve para fundamentar una función meramente declarativa (144). Esta es la postura de NÚÑEZ LAGOS en relación con el documento notarial. Pero esta postura responde a otras implicaciones, como vamos a ver, entre lo que cuenta la reacción contra la propia doctrina de BAEHR. En cuanto a éste, según el propio NÚÑEZ LAGOS, el fundamento de su teoría se halla en la consideración de que el "reconocimiento es un subrogado de la relación causal de deuda (o de Derecho de obligaciones) en todo pago (o en todo desplazamiento patrimonial)". El prototipo del reconocimiento es el recibo. Por asimilación, el pagaré, la promesa de deuda, etc." (145). Por otra parte, la explicación de BAEHR de este fundamento no deja de ser artificiosa y puramente retórica; así dice que: "el reconocimiento es, pues, un producto de la generalización de los fundamentos jurídicos de la *condictio indebiti*. El reconocimiento, como su embrión el pago, es abstracto, aísla el negocio jurídico (pago, reconocimiento) de su causa (relación jurídica anterior)". Conforme a lo cual establece que el reconocimiento abstracto se da: a) En el cumplimiento, ejecución o pago de una promesa de deuda al referir y aplicar el hecho del pago a una obligación preexistente; b) Por extensión en toda *datio solvendi causa*; y c) En la *promissio debiti*" (146). En suma, en el planteamiento transcrito se encuentran al desnudo todos los argumentos de la doctrina del negocio abstracto: la estrecha implicación entre *causa* e *intención*, la relación técnica entre *causa* y *condictio*, y el vulgarismo proveniente del negocio al contado del Derecho romano arcaico,

(143) Así, NÚÑEZ LAGOS, en *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, en AAMN, 1945, pág. 483.

(144) CARIOTA FERRARA, *Op. cit.*, pág. 243.

(145) *Op. y loc. cits.*, pág. 483.

(146) NÚÑEZ LAGOS, *Op. y loc. cits.*, pág. 485.

que pone en relación *causa* y *cumplimiento* y que cobra el impulso de la *causa de los innominados*.

No vamos aquí ahora a hablar de otras críticas sobre la teoría de BAEHR, pero sí vamos a fijarnos en que, en la doctrina alemana, y al amparo del establecimiento del reconocimiento de deuda en el § 78r BGB, se distingue entre el reconocimiento como declaración de voluntad y el reconocimiento como mera declaración testimonial (147), y entonces, como al primero se le concede carácter constitutivo y en él se comprenden aquellos negocios de fijación o reconocimientos declarativos de que antes hemos hablado, resulta que se hace más fácil la equiparación para una configuración abstracta de los diversos casos, por una influencia de unos con otros comprendidos en el grupo; esto sucede, sobre todo, en la teoría de la *renovatio contractus*. Es curioso también hacer constar, para dar una idea del confusionismo terminológico en la materia, que MESSINA (148) llega a conclusiones parecidas desde el punto de vista contrario, es decir, hablando de la confesión. Por otra parte, la relación entre *transacción* y *negocio de fijación* viene a contribuir para dotar de fuerza constitutiva al reconocimiento de deuda indebidamente, sobre todo en aquella doctrina que ve el fundamento de la transacción en el *elemento vetus*: eliminación de la incertidumbre o de la litis (149), opinión que anteriormente hemos rechazado, siguiendo a CARIOTA FERRARA y que por lo que concierne a nuestro Derecho, tropieza, además, con el texto suficientemente expresivo del artículo 1.809 del Código civil (150).

Pero volviendo al tema de la *renovatio contractus*, nos encontramos con que ya desde DEGENKOLB (151), siguiendo la línea de BAEHR, se habla del *reconocimiento como causa*, o más exactamente, *en lugar de la causa*. El planteamiento no puede ser más artificioso. Según DEGENKOLB, en la práctica notarial alemana se viene a reconocer la naturaleza de contrato al acto de otorgamiento. "Pero si el reconocimiento es un contrato, el convenio preliminar es *a posteriori* un pacto de contrahendo y convenio preliminar y otorgamiento documentado posterior están en la misma situación que convenio y cumplimiento que obligación y pago." Como no se pueden cumplir ambos contratos a la vez, hay una *renovatio contractus* y sólo tiene validez el posterior, aunque todo ello depende de la voluntad de las partes (152), como una *quaestio facti*, es decir, en cuanto al alcance indicado o al meramente *reproductivo*. Después este planteamiento se

(147) *Ibid.*, págs. 486 y ss.

(148) *Op. cit.*, en *Scritti*, III, págs. 8 y ss.

(149) Así, CARNELUTTI, *Op. cit.*, en *RDPC*, 1926, I, pág. 187; CANDIAM, *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925, pág. 100; GIORGIANI, *Op. cit.*, páginas 55 y ss.

(150) Para esto, de todos modos, GULLON BALLESTEROS, *La transacción*, Madrid, 1964, págs. 53 y ss.

(151) Para una exposición de esta doctrina, NÚÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, en *AAMN*, 1945, págs. 394 y ss.

(152) NÚÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, en *AAMN*, 1945, págs. 395-396.

rectifica y perfila por sus seguidores (153) y viene aplicado por NÚÑEZ LAGOS al reconocimiento documental. Pero no hay que olvidar que en la opinión de este autor influyen otras dos cuestiones: de un lado, su configuración de la *escritura* como heredera de la antigua posición de la *stipulatio*, aunque no deje de tener para él tal configuración un carácter más bien ideal y metafórico como es justo (154), y de otro, su concepción de la causa como hemos referido (155). *Sea* como fuere, en opinión de NÚÑEZ LAGOS, “en presencia de una escritura la alternativa es clara: o es reconocitiva, si encaja en el artículo 1.224, o es constitutiva, si queda fuera de los supuestos a que claramente alude el artículo 1.224 del Código civil” (156). Al alcance constitutivo se llega mediante la configuración autónoma del documento, es decir, sin relación con la situación jurídica anterior. Así, con relación a la configuración por el Notario de un acuerdo anterior de las partes (157), lo que desde el punto de vista del Derecho material apenas ofrece trascendencia. No obstante, el propio NÚÑEZ LAGOS aplica esta construcción a la escritura de *reconocimiento de deuda*. En ella nos dice, hay una declaración de voluntad, no una declaración de verdad, lo que es absolutamente cierto. Por otra parte, añade que: “basta la voluntad del deudor para que la relación jurídica de deuda exista y desenvuelva toda su eficacia, mientras los Tribunales no le liberen declarando que la obligación de devolver carece de causa, o que la causa es ilícita de conformidad con la ley de Usura”. Lo que también es cierto, aunque no absolutamente. Lo es en sus consecuencias, no en su fundamentación. “No es lo mismo—vuelve a decir el ilustre Notario—cuando se trata de situaciones más complicadas, como reconocimiento de saldo, de servidumbres, de censos, de escrituras otorgadas por ascendientes, etc., ya que “en todos estos casos el elemento *vetus* queda *apreciado conjuntamente* por las partes, y recogido en síntesis o mencionado en el texto de la escritura. En esta breve mención del elemento *vetus* está la esencia de esta clase de escrituras. Por recogerse brevemente este elemento *vetus* se diferencia la escritura de reconocimiento de la de constitución, pues en esta jamás se recoge, en modo alguno, el elemento *vetus* (158)”. Pero el planteamiento, desde el punto de vista del Derecho material, no depende de la técnica del otorgamiento, o de su documentación, sino de la causa; prueba de ello es la relación entre reconocimiento y novación, y reconocimiento y transacción, a la

(153) Téngase en cuenta las referencias doctrinales anteriores y la exposición que hace NÚÑEZ LAGOS, *Ibid.*, págs. 397 y ss.

(154) *Hechos y derechos*, págs. 105 y ss.

(155) *Hechos y derechos*, págs. 367 y ss. y *Op. cit.*, en MUCIUS SCAEVOLA, XXX-2, págs. 257 y ss. y 452 y ss.

(156) *Op. cit.*, en AAMN, 1945, pág. 411.

(157) *Hechos y derechos*, págs. 289 y ss.

(158) *Op. cit.*, en último lugar, págs. 342-343 y *Op. cit.*, en RDN, 43 (1964), páginas 73 y ss.

(159) *Ibid.*

que alude, también NÚÑEZ LAGOS (159), pero no deduciendo, de ello, a mi juicio, conclusiones acertadas. Esta implicación tiene efectivamente abolengo en la dogmática jurídica, pero también tiene el mismo abolengo su planteamiento inadecuado que data de la armonística de los Glosadores. Efectivamente, el reconocimiento no constitutivo guarda relación con la novación, como establece el propio artículo 1.224 C. c., dejando a un lado si se trata de verdadera novación o no (160); en cambio, la relación con la transacción es de naturaleza diversa, ya que si hay propia transacción, no basta sólo la eliminación de la incertidumbre, como sucede en los nudos negocios de fijación sin atribución patrimonial, sino el que existan recíprocas concesiones de las partes (art. 1.809 C. c.). Es decir, la atribución necesita una causa (161). Pero volviendo al curso de la exposición de NÚÑEZ LAGOS, nos dice que “en su eficacia el reconocimiento fue siempre equiparado a la novación. Hay nuevo consentimiento para el elemento *novum*. Más el *vetus*, simplemente mencionado, pero expreso, queda como causa *expresa* e *intradocumental* y salvo pacto en contrario produce efectos retroactivos. El *vetus*, como causa expresa, puede producir la nulidad por las mismas causas que en la novación”. Argumento que es admisible, pero que no deja de ser rebuscado y, sobre todo peligroso, cuando a renglón seguido le da base para admitir que “firmada la escritura rige el *novum* y no el *vetus*, porque son sucesivos e incompatibles en el tiempo”, bien que luego reconozca que “si el *novum* perece, renace el *vetus*, porque *vetus* y *novum* son alternativos en su eficacia” (162). No obstante queda siempre latente el alcance constitutivo del reconocimiento, por el hecho de no guardar relación con la situación precedente y, de ahí, la posibilidad de deducir, indirectamente, un reconocimiento abstracto de deuda. Sirve a ello de fundamento, su teoría *insular* del documento, metáfora que alcanza, por otra parte, una brillante plasticidad, así dice: “cuando la escritura mantiene su insularidad en términos absolutos, sin puente de escape hacia los actos anteriores, la escritura es constitutiva” (163). Este planteamiento, aparte de su peligrosidad en el sentido indicado, presenta otro reparo que ha sido visto con exactitud por LADARIA, para quien la alternativa entre escritura reconocitiva y escritura constitutiva, no se puede hacer depender de que encaje la primera en el art. 1.224, quedando fuera la segunda, diciendo que, en cualquier forma, “las calificaciones que NÚÑEZ LAGOS aplica a la escritura notarial deben en este caso aplicarse a la declaración negocial hecha ante el Notario (164). Así mismo hay que hacer notar que mostrándose

(160) SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964, páginas 157 y ss. y 297 y ss.

(161) Volvemos al planteamiento de CARIOTA FERRARA, anteriormente expuesto, *El negocio jurídico*, pág. 243.

(162) *Fichos y derechos*, pág. 344.

(163) *Op. cit.*, en último lugar, pág. 299.

(164) *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, págs. 117 y ss. y allí referencias, en un planteamiento de conjunto muy interesante en relación

NÚÑEZ LAGOS, decidido causalista (165), debido a su concepción de la causa, a la que ya antes hemos aludido, llega a la admisión del juego abstracto (o mejor dicho como si fuera abstracto) del reconocimiento de deuda, mediando escritura pública. Así cuando dice que: "El reconocimiento es un subrogado de la *datio*, una promesa a *posteriori*; en todo caso un paralelo de la promesa. *Datio ob causam* y *promissio* son equivalentes *funcionales* en el momento de nacer el negocio jurídico. *Datio solvendi causa* y reconocimiento son también equivalentes funcionales en el momento del pago: Es decir, frente a una obligación precedente que hay que pagar (*solutio*) caben dos posiciones, *datio solvendi causa*, prestación ejecutada; o nueva promesa en signo de pago, como subrogación o subrogado del pago" (165). Pero ésto, no se da plenamente ni respecto al recibo o pagaré, sino solamente en la *escritura pública de reconocimiento*, porque sólo en ella es donde se rompe la relación con el precedente y aún de manera más acusada que en la renovación de letras de cambio (166).

Recapitulando lo que venimos diciendo, vemos que la misma evolución o perfeccionamiento del pensamiento de NÚÑEZ LAGOS, e incluso el trasplante de la misma teoría del plano de los principios al de la realidad, nos va a dar la razón. Así podemos decir, que el reconocimiento meramente *reproductivo* o *recognoscitivo* de una manifestación de voluntad anterior, o de una situación jurídica o relación ya existente, no tiene más que un alcance *declarativo*. Si se introduce una modificación, no siempre esta implicará *disposición*, o puede que esta disposición sea considerada, como *novación* o como *transacción* y, entonces la valoración de la atribución se hará *en relación* con el precedente, en cuanto supone una alteración o una fijación, pero recayendo también sobre la atribución misma. Es decir, en estos casos, el alcance *constitutivo* no impide la relación con el precedente. Por último, cuando se trate de reconocimiento *constitutivo*, con alcance *dispositivo* (escritura de reconocimiento) (167), la declaración se desconecta, si se quiere, de su precedente, pero para que tenga validez debe expresar la *causa*, ya que un reconocimiento *abstracto* no es admisible, sobre todo, por la consideración de que, en la realidad, no existe precedente alguno o sea de naturaleza ilícita. Pero no es lo mismo un reconocimiento abstracto, que un reconocimiento en el que se expresa la causa de forma *shintetizada*, en el sentido de una simple cláusula de estilo, como entiende NÚÑEZ LAGOS (168), considerando, por otra par-

con la *renovatio contractus* y respecto de la *reproducción del negocio jurídico*.

(165) *Hechos y derechos*, pág. 370 y, anteriormente, *El enriquecimiento sin causa*, 1.^a ed., págs. 39 y ss.

(166) *Hechos y derechos*, págs. 387 y ss. y *Op. cit.*, en RDN, 43 (1964), páginas 73 y ss. y 106 y ss.

(167) Un caso distinto que nada tiene que ver con esto es el contemplado en la S. de 28 de octubre de 1944, que plantea un conflicto entre declaraciones contractuales sucesivas. (Vid. LADARIA, *Op. cit.*, págs. 120-121.)

(168) *Op. cit.*, en RDN, 43 (1964), págs. 106 y ss.

te, lo que llama *confesión* de la causa, como una supervivencia histórica de la doctrina de la *cautio discreta*, cuando ésta es la única admisible en el Derecho moderno, al desaparecer los tipos generales de negocio abstracto (*stipulatio, promissio*), ya que la cuestión no depende del artículo 1.277, sino del artículo 1.261 y del 1.275, inciso primero, y precisamente, por otra parte, esto es lo que distinguía en el Derecho antiguo el *reconocimiento* de la *confesión*: la *expresión de la causa*, como vamos a ver seguidamente.

Por lo demás, la *causa* sirve de puente en relación con la situación precedente, incluso si es *falsa* por no adaptarse a él pura y simplemente, o en relación con la disposición operada, cabiendo la aplicación del artículo 1.276 (169). En cambio, el reconocimiento que no expresa la causa, se rige por el artículo 1.277, pero también por el artículo 1.275, como vamos a ver a la hora de señalar el alcance que se puede conceder e incluso que se concede usualmente a ese precepto. Pero antes vamos a ocuparnos de una breve referencia histórica.

b) *Fidelidad histórica al criterio causalista.*

MEIJERS, en un artículo importante para la historia de la causa, dada su autoridad indiscutible (170), comienza señalando la polarización en el sentido ya indicado de la investigación sobre esta materia en la doctrina alemana durante el siglo XIX, aludiendo a los trabajos de LIEBE sobre la causa de la *stipulatio* y a su influencia en BAEHR y en otros epígonos de la teoría de la abstracción. Indicando, por otra parte, que la verdadera doctrina sobre este tema ha encontrado su camino en Italia, citando a MESSINEO y RUGGIERO, autores en los que se manifiesta ya la causa como *función social* del negocio.

En los glosadores, según MEIJERS, la causa del contrato, como también hemos dicho, se acaba llevando al planteamiento de los innominados. Establecer cómo y cuándo tiene esto lugar sería importante para la historia común del Derecho europeo, lo que es imposible realizar dentro de los límites que ofrecen unas simples notas, como ocurre en el presente trabajo. Pero la observación de MEIJERS implica un punto de partida diferente necesariamente y que hace suponer una situación anterior, como hemos expuesto en otro lugar (171), a propósito de la idea de *causa naturalis* y *causa civilis*, en la teoría de los *pacta* y, sobre todo, cuando encontramos en AZON que entre las seis clases de *vestes*, cuatro son los contratos nominados de GAIUS (*res, verba, lites y consensus*), una más, la *cohaerentia contractus*, tomada, de la *aequitas* cristiana, y sólo la sexta responde a la idea de los innominados, el *pactum rei interventu* (172). Lo que se muestra

(169) De acuerdo VALLET, *Op. cit.*, en RCDI, 1957, pág. 497.

(170) *Op. cit.*, en *Tijdschr.*, 14 (1936), págs. 365 y ss.

(171) DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en RDN, 33-34 (1961), págs. 355 y ss.

(172) *Summa Codicis*, II, 3, núm. 19 y IV, 64, núm. 3 y 4 (ed. Lugduni, 1576, págs. 15 y 99).

aún más claramente en PLACENTINO, como defensor de la *causa naturalis* (173). Otro tanto hallaremos en la doctrina de la *convenientia*, según OURLIAC, en la lucha contra el formalismo representado por la *stipulatio* (174), y en fin, en el origen de todo el planteamiento de la doctrina de la causa, que, como *causa legis*, se halla en el propio planteamiento del Derecho común, según CALASSO (175). Todo esto implica, para nosotros, una consecuencia importante. De momento, basta hacer constar que tarda en imponerse, partiendo de la causa de los innominados, una tendencia subjetivista. Y mucho antes, en la época de los primeros glosadores, tiene lugar “la provincialización de la enseñanza de Bolonia”, por medio de fuentes escolares al estilo del *Liber Pauperum* de VACARIUS, que en su mayor parte han desaparecido. Por otra parte, es en ACCURSIO (gl. *causa*, al D, 2, 14.7) donde se opera el cambio, como expresión más alta de la “línea culta” entre los glosadores, cambio que también admite NÚÑEZ LAGOS (176). En cuanto a la causa de la *stipulatio*, advierte el propio MEIJERS (177) que se ha exagerado su trascendencia por algunos glosadores y posglosadores, lo mismo que ha hecho después la doctrina moderna; y su planteamiento parte igualmente de ACCURSIO, para quien la causa de una estipulación puede ser *re* o *spe* (gl. *idoneam* al D.44.4.2.3), apareciendo fuertemente implicada por la aplicación de la armonística con la causa de la *condictio*; pero como la relaciona también con los contratos *innominados*, se encuentra con una dificultad insoluble en materia de donaciones”. Cuando la estipulación se refería a un contrato a título lucrativo no atribuía acción, salvo que el contrato entre en una de las rúbricas de los contratos reconocidos. En cambio, la estipulación hecha con intención de gratificar al acreedor era siempre válida si contenía una obligación de dar, de hacer o de no hacer. Pero esto encontraba la dificultad todavía de compaginarlo con el D.44.4.2.3 (178), según el cual se podía oponer la excepción de dolo a la prestación sin causa, o con causa manifestada de esta forma, y entonces, para resolver esta dificultad, se dice a menudo que la estipulación es válida sin causa si la intención de gratificar queda probada (179). Después esta se aplica, según SÖLLNER, por la glosa accursiana, a la obligación contraída en docu-

(173) *Summa Codicis*, II, 3 (ed. Moguntiae, 1536, págs. 41 y ss.).

(174) “*La convenientia*”, en *Etudes Pétot*, París, 1959, págs. 413 y ss.

(175) *Il negozio giuridico*, págs. 225 y ss.

(176) *La estipulación en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá*, discurso de recepción en RALJ, Madrid, 1950, págs. 30 y ss. y 35.

(177) *Op. cit.*, en *Tijdschr.*, 14 (1936), págs. 369 y ss.

(178) Cifr. “Si alguno hubiese estipulado con otro sin causa y después pidiese en virtud de aquella estipulación, ciertamente, a mí me parece que no le obstará la excepción de dolo malo, aunque al tiempo que se estipuló no se haya verificado dolo malo, con todo, se ha de decir, que al tiempo de la contestación del pleito comete dolo el que persevera en pedir por aquella estipulación, aun cuando al interponerse tuviere justa causa...” (ULPIANO, *Lib. 76 del Edicto*).

(179) MEIJERS. *Op. y loc. cit.*

mento, en lugar del pago de una suma de dinero (180), pero vuelve a tropezar con el límite que viene impuesto por el C.4,30,3 (181), según el cual, en el caso de *mutuo*, se mantiene siempre la *exceptio doli* y la *non numerata pecunia*.

Y aquí viene el nervio de toda la cuestión; la causa de la obligación se fundamenta, de una parte, en el *negocio precedente* y, de otra, para solucionar el problema de la exclusión del *mutuo*; la armonística utiliza un texto que nada tiene que ver con esto, que sale de la doctrina de la *condictio* y de donde toma ACCURSIO el concepto de causa de la *stipulatio* (el texto aludido es el D.2,14,7,4) (182), al implicar la promesa con la *datio vel factum* y, además, le relaciona con otros; así, C.4,30,13 (183), C.4,30,14 (184), D.4,6,28,3 (185), con lo cual se pretende que la obligación así constituida devenga firme por la existencia del documento y el transcurso del plazo de dos años. Pero entonces, como dice SÖLLNER, la glosa viene forzada en el caso del *mutuo* al quedar situada bajo la *cautio*, en el sentido del C.4,30,13, en el que no se trata de una estipulación documental, sino de una *obligatio litteris* (186). Opinión que también comparte BUSSI (187). Y no olvidemos que estas obligaciones han dado lugar a los modernos *titulos valores*, aunque también haya que reconocer en ellos la influencia germánica; pero ésta viene por el camino de la *legitimación*, no de la causalidad. Esta diferencia entre *obligatio litteris* y *stipulatio* no era bien entendida por los glosadores, añade SÖLLNER, porque una *stipulatio* sin mención de causa debía ser en principio válida, mientras que una obligación literal, como en el caso del D.39,5,26 (188), sin indicación de una

(180) *Op. cit.*, en ZSS., *rom. abt.*, 77 (1960), pág. 223.

(181) Cifr. "Si fueres demandado en fuerza de una obligación, aun cuando hayas dado hipoteca, si opones la excepción de dolo malo, o bien la de dinero no contado, el actor deberá justificar haber hecho la entrega del dinero, y si no lo acredita serás absuelto" (*Constitución* de ANTONINO, en el 198).

(182) Cifr. "Pero cuando no hay causa alguna para la convención consta que de esto no puede resultar obligación. Por eso el pacto nudo no produce obligación, pero produce excepción" (ULPIANO, *Lib. IV del Edicto*).

(183) Cifr. "Ordenamos como ley general que, si contraída por escrito una obligación por cantidad de dinero que no proceda de préstamo, si en ella se designa especialmente la causa, no sea permitido al deudor exigir de su acreedor el que la justifique, debiendo atenerse a su propia confesión; pero le es lícito justificar por evidentes pruebas por escrito que los hechos pasaron de otro modo, y no como constan en la obligación" (*Constitución* de JUSTINO).

(184) Cifr. "Por lo tocante a los contratos en los que se declare haberse recibido alguna cantidad en dinero u otra cosa, el que lo confiesa o su heredero debe oponer la excepción de dinero no contado... dentro de un bienio, y éste transcurrido no ha lugar a formular semejante querrela (*Constitución* de JUSTINIANO, año 528). A renglón seguido se establecen numerosas excepciones.

(185) Considera diversas excepciones al cumplimiento de las obligaciones y de los plazos, sobre todo en relación con situaciones de ausencia, cautiverio en servicio de la república, etc. (situaciones derivadas del *ius postlimini*).

(186) *Op. y loc. cit.*, pág. 224.

(187) *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune*, Padova, 1937, págs. 247 y ss.

causa, era por de pronto inválida. La diferenciación es para la glosa accursiana superficial y, en lo sucesivo, *stipulatio* y obligación literal serán igualmente tratadas (189). De esta manera y según apunta también el propio autor citado, se desarrollará una teoría de la causa respecto de los negocios documentales, que es lo que quiere NÚÑEZ LAGOS respecto de la *stipulatio* (190). Ahora bien, fuera de su eco doctrinal, lo que no queda claro es el alcance que pueda tener la continuidad histórica de esta doctrina. No podemos contestar más que en parte a este interrogante, pero vamos primero a ocuparnos de una cuestión vecina.

También aparece en la glosa, a partir de ACCURSIO, un nuevo punto de vista para la *causa* de la *traditio* y en lo que se dan las mismas implicaciones que en otros aspectos de la doctrina de la causa, y, en cambio, nuestro Derecho antiguo (ley 46, tít. XXVIII, P. 3.^a) y nuestro Código civil (art. 609) siguen una trayectoria diferente (191). La observación la apunta SÖLLNER, pero no la desarrolla (192), limitándose a referir la gl. *iusta causa* al fragmento contenido en D.41,1,31,pr.; pero aún es más interesante la gl. *dissentiamus* al famoso pasaje del D.41,1,36 y sobre el *dissensus in causa*, donde parte de elevar a principio general para su discurso la expresión de que en la tradición "*nos consensimus in dominio transferendo*", situando a la promesa en el lugar del pago (193), que cumple así, como había observado LANDSBERG, función de *causa precedente* (194), pero dándole un sentido nuevo que no tenía en PLACENTINO (195), ni en AZON (196), ya que la *causa precedente* en esos autores hace la función de lo que luego se llamará *titulus*, siendo la tradición el *modus*, en lo que se halla de acuerdo BUSSI (197). Cuestión que no fue vista con claridad por LANDSBERG, ni en relación con el cambio operado por ACCURSIO, ni respecto de la diferente opinión de AZON (198).

(188) Cifr. "El consentimiento solo a ninguno constituye deudor, v. gr., lo que quiero donar al hombre libre, aunque diga en mi libro de cuentas que se lo debo, no se entiende que hay donación" (POMPONIO, *lib. 5 Q. Mucius*).

(189) *Op. y loc. cit.*, pág. 225.

(190) *Hechos y derechos*, págs. 81 y ss.

(191) Para esto, sobre todo, JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Op. y loc. cit.*

(192) *Op. cit.* en ZSS, *rom. abt.*, 77 (1960), pág. 228.

(193) *Digestum novum seu Pandectarum iuris civilis (Tomus Tertius)*, Lugduni, 1569, col. 382.

(194) *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre von Eigentum*, Leipzig, 1883, págs. 52 y ss.

(195) *In Summam Institutionis*, Moguntiae, 1537, ad 2,1,45, pág. 21.

(196) *Summa Codicis*, cit. ad C. 7,26,8, folio, 160 v.

(197) *Op. cit.*, I, págs. 36 y ss.

(198) A pesar de que en su *op. cit.*, págs. 102 y ss., siguiendo a HUGO, recoge el que el concepto de la glosa accursiana sobre la causa se encuentra ya a propósito del D, 41,2,3,4, que se refiere al *animus possidendi*, es decir, se halla en relación con la doctrina de la *usucapio*, seguramente porque LANDSBERG está influido por la concepción de los pandectistas del siglo XIX. Lo que se halla en contra de la opinión de AZON últimamente referida y que el propio LANDSBERG nos transmite en *Die Quaestiones de Azo*, Freiburg i. Br., 1888, páginas 102 y ss.

Tampoco FUCHS, recientemente, aprecia con claridad estos matices, ni se empeña en ello (199), aunque su labor sea también muy meritoria desde otros puntos de vista. En cambio, en lo que llamamos las fuentes de "la provincialización de la enseñanza de Bolonia", aparece más claro el significado de causa precedente, como título, sin responder a la implicación de la *datio pro soluto*, o sin depender de ella exclusivamente, lo que desarrolla la armonística de la *glosa ordinaria*, mientras que en estas fuentes o no aparece o presenta aquella implicación menos intensidad.

Como aquí agrupamos fuentes de diversa procedencia y, sobre todo, de procedencia confusa, luego haremos una valoración general de las mismas, sin perjuicio de indicar los particulares pertinentes a medida que aludamos a ellas.

Todavía en *Lo Codi* (VII,23 y IV,58), las cuestiones se presentan respondiendo a una mezcolanza de diversas tendencias, provenientes del Derecho postclásico e influidas por elementos germánicos y autóctonos y se refieren, más bien, a la necesidad de la *traditio* para que se efectúe la transmisión de la propiedad (200). Otro tanto sucede en el *Brachylogus iuris civilis* (2,8,1-5), aunque con mayor precisión terminológica, pues, se habla de *título precedente*, refiriéndose a la compraventa, dote, donación, *pro soluto*, etc. (201) y lo mismo hallaremos en la *Summa Decretalium* de BERNARDUS PAPIENSIS (3,11) cuando indica las causas de la *alienatio*, hablando de venta, dote donación, permuta, prenda, enfiteúsis, etc. (202). Aunque no falten otras, en las que, la influencia postclásica y vulgar, es aún más fuerte (203) y de la que, naturalmente, no pueden librarse por la continuidad del Derecho vulgar en Occidente, ni aún en las esferas más cultas, ya que todo ello se halla relacionado con la famosa antinomia entre el D,12,1,18 y D,41,1,36 de la que no se ha dado una explicación satisfactoria hasta hace unos años, como hemos visto. Pero sin caer en los extremos de la armonística accursiana, o de las posibles deformaciones posteriores, en las sucesivas ediciones italianas de la obra de ACCURSIO (204).

(199) *Iusta causa traditionis*, cit., págs. 32 y ss.

(200) *Lo Codi*, I (*In der Lateinischen übersetzung des Ricardus PISANUS*), ed. FITTING-SUCHIER, Halle, 1906, págs. 254 y ss. y 122 y ss.

(201) *Brachylogus iuris civilis*, ed. BÖCKING, Berolini, 1829, págs. 11-12.

(202) *Summa Decretalium*, ed. LASPEYRES, Graz, 1956 (reimp. de la ed. de Lübeck, 1860), pág. 76.

(203) Así, entre las fuentes romano-canónicas, la *Lex romana canonice compta* (270), según la edición de G. MOR, *Lex romana canonice compta*, Pavia, 1927, págs. 188-189 y estudio preliminar, pág. 24, donde aparece el planteamiento de los *inominados* implicado con la causa de las *condiciones*, o con el cumplimiento. O entre las fuentes escolares, el *Epitome exactis regibus* (11, 24), de mediados del siglo XII, según la ed. de M. CONRAT, *Dic Epitome exactis regibus*, Berlín, 1884, pág. 127.

(204) En este sentido opina P. TORELLI, *Scritti di storia del Diritto italiano*, Milano, 1959, págs. 279 y ss. Aunque dentro de esta línea culta tendríamos que colocar al fundador de la Escuela de Bolonia, IRNERIO, y entonces nos encontramos con que algunas de las cuestiones y tendencias indicadas en ACCURSIO tienen en aquél también su precedente. Así, en relación con el

Lo que constituye, por otra parte, un ejemplo claro de que la historia del Derecho europeo no es sólo historia de la tradición culta, sino también, historia vulgar, o mejor dicho, una amalgama entre ambas tradiciones. Y de lo que encontramos, aquí, una nueva prueba en el *Liber Pauperum* (VII,16 y IV,1) de VACARIUS, a propósito de la famosa antinomia, al distinguir la doctrina de la *causa vera*, aplicable a la transmisión de la propiedad, de la *causa putativa*, que entra en juego en el pago y se relaciona con la *condictio indebiti* (205). Breve digresión que, volviendo al argumento sistemático, nos permite intuir con alguna aproximación el significado de la recepción de esta materia en las Partidas (206).

Lo mismo sucedió en el tema tangencial de la tradición y a propósito, no del alcance de la *traditio ficta*, en alguna de las tendencias germánicas y autóctonas del Derecho medieval europeo, sino de su pervivencia y engarce con las restantes tendencias, en relación con la importancia de esta forma de tradición para la teoría del *documentum* (207) y, sobre todo, para el negocio de transmisión de la propiedad, lo que se revela con más claridad en las fuentes primitivas preirnerianas, en las romano-canónicas y, en general, en las de la provincialización de la enseñanza de Bolonia, en particular en relación con el apasionante tema del *ius ad rem* (208).

cepto de causa, al decir que consiste en *datationem seu factum vel contractum* a propósito del C,2,3,8 (BESTA, *L'opera d'Irnerio*, II, *Glosse inedite d'Irnerio alle Digestum vetus*, Torino, 1896, págs. 144 y ss.). Lo mismo, aunque no aparece tan claro, en *Quaestiones de iuris subtilitatibus* (VI, 61, XXII, 74, XXIII, 75), ed. FITTING, Berlín, 1896). En cambio, nada puede deducirse de su estudio sobre la *usucapio* (C,7,26,6), según la ed. de FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlín, 1894, págs. 246-247. Pero la observación de TORELLI también puede ser aplicada a IRNERIO y aún con mayor motivo. Para esto; A. ALBERTI, *Ricerche su alcune Glosse alle Istituzioni e sulla "Summa Institutionum"* pseudoirneriana, Milán, 1935, y también TORELLI, *Op. cit.*, págs. 43 y ss.

(205) *The Liber Pauperum Vacarius*, ed. ZULUETA, London, 1927, págs. 213 y 110, respectivamente.

(206) Cifr. "Apoderan vnos omes a otros en sus cosas, vendiendogelas, o dandogelas en dote, o en otra manera, o cambiándolas o por alguna otra derecha razón". Aunque hay que reconocer que esta misma ley (46, tit. 28, p. 3.^a) alude a la implicación de este planteamiento del *título* de la transmisión con el pago del precio, pero en esto hay que ver razones de oportunidad, no consideraciones dogmáticas. El Derecho siempre atiende a este doble plano y cualquier planteamiento histórico no debe olvidarle; lo que sucede es que las necesidades cambian a medida que cambia la conciencia de que uno queda obligado por un acto jurídico; en el Derecho antiguo, en cualquiera de sus estadios, esta conciencia no es tan clara, y por eso se implica la compraventa-causa con la compraventa momentánea, pero cuando estas circunstancias desaparecen lo único que queda del Derecho antiguo es la tendencia doctrinal, las necesidades sociales han desaparecido con los tiempos que las vieron nacer.

(207) Así la ley 4, tit. 26, P 4.^a, manifiesta la influencia de la *Gewere* all influir en el elemento corporal de la *traditio*. En cambio, en la ley 66, tit. 18, P 3.^a, a propósito de la *traditio cartae* y con un carácter más general que en otras leyes, por su contenido, vemos que se distingue ésta del apoderamiento corporal.

Pero volviendo a la teoría de la causa respecto de los negocios documentales, nos encontramos con que SÖLLNER concluye sus investigaciones, diciendo, que la propia obligatoriedad de las mismas, "no dependía tanto de la forma de la estipulación, sino de que la estipulación se fundamenta en una causa. Prácticamente, con ello, la estipulación ha venido a coincidir con su prueba documental, pero la prueba debe traer consigo la *causa*, por eso queda erigido el documento como fundamento de la obligación. Esta función probatoria era en buena parte perjudicial para la *exceptio non numerata pecunia*. Por eso quedará descartada en el documento notarial medieval, frecuentemente, mediante la regular fórmula de su renuncia (209). Pero también hay que tener en cuenta que, en esta materia, influye notablemente el Derecho canónico, como pone de relieve el propio SÖLLNER, derivándolo del concepto de *causa naturalis* en el mismo SANTO TOMÁS y de su manifestación en el *Liber Extra* de las Decretales (cc. *Antigonus* y *si cautio*) que lleva a interpretar a los canonistas, en sentido distinto, el problema de la *cautio* en la *stipulatio* (210), admitiendo únicamente la *cautio discreta*, por ello, si en un documento no se hallaba expresada la causa le consideraban absolutamente nulo, mientras que los Glosadores sólo le concedían la *exceptio doli* (211). Lo que nos ex-

(208) Sobre la *traditio ficta*, NÚÑEZ LAGOS, *Hechos y derechos*, págs. 105 y ss. y en relación con el alcance indicado en el texto, LEICHT, *Il Diritto privato preirneriano*, Bologna, 1933, págs. 136 y ss., sobre todo, pág. 140, cuando concluye que el traspaso del dominio depende de la *traditio corporalis* del siglo VI al IX, indicando después que las diversas orientaciones sobre la *traditio* dependen del diverso significado que dan al término (pág. 141). A mi juicio, en esta referencia al significado, hay que comprender no solamente el significado conceptual, sino de forma más verosímil, el de su utilización, pues si abandonamos este punto de vista nunca entenderemos el alcance del Derecho antiguo. Volviendo a LEICHT vemos que todo ello guarda, por otra parte, relaciones muy diversas; en Francia aparece bien pronto el germen de la tendencia espiritualista, ya que en el *procedimiento Carolingio*, a la investidura simbólica sigue la investidura real; pero en plena Edad Media encontramos, al contrario, la formulación de la teoría del *ius ad rem* debida a Jacques de REUVIGNY. También puede parecer lo contrario en el Derecho longobardo, a través de la confesión del precio en la escritura, pero no guarda más que una remota relación con el tema, al considerarse la compraventa como un negocio al contado, concepción que como arcaica luego no prevalece, aparte de que en sí misma la compraventa no produce la adquisición de la propiedad (*Op. cit.*, págs. 226 y 232). Para una información posterior, en relación con el contenido del texto y a propósito del tema del *ius ad rem*, aparte de los trabajos de JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Op. y loc. cit.*, págs. 300 y ss., los trabajos siguientes: EISFELD, *Beiträge zur Geschichte des ius ad rem* (juris. Diss.), Kiel, 1935; MEIJERS, *Het zogenaamde de jus ad rem*, en RIDA, 5 (1950), págs. 183 y ss., pero sobre todo una preciosa nota de KOSCHAKER, en su trabajo póstumo, *Eheschliessung und Kauf nach alten Rechten, mit besonderer Berücksichtigung der älteren Keilschriftrechte*, en *Symbolae Hrosny*, IV (1951) (= *Archiv Orientalni*, XVIII-3), págs. 210 y ss., nota 59 a las págs. 270-271, y las observaciones de H. THIEME, en *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, en ZSS, *germ. abt.*, 70 (1953), páginas 230 y ss.

(209) *Op. cit.* en ZSS, *rom. abt.*, 77 (1960), págs. 228-229.

(210) Para esta cuestión en Derecho romano, DEKKERS, *Des méfaits de la stipulatio*, en RIDA, 4 (1950), págs. 361 y ss.

plica la redacción de la ley 9, tít. I P 5.^a (212) que se interpreta según la glosa de GREGORIO LÓPEZ, en el sentido de permitir la prueba en contra, aún en el supuesto de que hayan pasado los dos años, salvo que se hubiese hecho renuncia a la *exceptio non numerata pecunia* (213). Exceptio que se conserva en nuestro Derecho antiguo, a diferencia de lo que ocurre en Alemania o en Francia, según SÖLLNER (214). Aunque, en general, como observa MEIJERS, agudamente, toda la trayectoria de la *stipulatio* hacia el Derecho moderno y la implicación que presenta con la doctrina de la *causa finalis*, como expresión de la intervención de las partes, se explica por la necesidad de evitar el incumplimiento de las obligaciones derivada del desconocimiento de reglas precisas “en relación con el error en la sustancia del contrato y en relación con los efectos jurídicos de la no-ejecución de las obligaciones de un contrato sinalagmático por defecto o por fuerza mayor” (215). Esta precisa observación de MEIJERS, nos ayuda a interpretar el carácter de la regulación de las Partidas a propósito de la *stipulatio*, o mejor dicho del antiguo campo de la misma, de la que sólo conserva poco más que el nombre de *promission* (ley 33, tít. II, P. 5.^a y siguientes), cuando, por otra parte, el principio consensualista aparece definitivamente triunfante en el Ordenamiento de Alcalá (ley única, tít. 16) (216), pero esto nos aparta, de nuevo, de la cuestión propuesta, ahora bien, volviendo al *reconocimiento de deuda*, baste transcribir un texto elocuente por sí mismo del propio Código de las Partidas, para confirmarnos en la opinión que hemos venido desarrollando. Se trata de la ley 7.^a, tít. 13, P. 3.^a, que ya tuvie-

(211) *Op. y loc. cit.*, pág. 243.

(212) Cifr. “Esperança fazen los omes a las vegadas, vnos a otros, de se emprestar alguna cosa, e aquellos a quien fazen esta promesa, fazen carta sobre sí, ante que sean entregados della, otorgando que la han rescebido; e despues acaesce, que les fazen demanda sobre esta razón, bien assi como si les ouiessem fecho el prestido verdaderamente. E quando tal cosa como esta acaesciere, dezimos, que este que fizo la carta sobre si, deue esto querellar al Rey, o a algunos de los otros que juzgan en su logar, como aquel que le prometio de prestar marauedis, e non gelos quiso prestar, nin contar, nin dar; e deue pedir, que le mande dar la carta que tiene sobre el, de los marauedis que le prometio de prestar. E si se callare, que non lo muestre assi, ante que dos años passen despues que fizo la carta dende en adelante, non podría poner tal querella. E si gela demandasse despues, sería tenuto de darle los marauedis, bien assi como si los ouiesse rescibido. E si ante que los dos años se cumpliessen, lo querellasse, segund que es sobredicho. non sería tenuto de responderle por tal carta, nin de pagarle los marauedis. Fueras eude, si el otro pudiere prouar, que le auia dado, e contado los marauedis, que le prometiera de prestar; o si el debdor, que auia otorgado, que auia rescebido los marauedis prestados, renunciase a la defension de la pecunia non contada. Ca estonce non se podria amparar por esta razon si este renunciamiento atal fuesse escrito en la carta.”

(213) *Las siete Partidas del sabio rey Don Alfonso el nono*, II, Madrid, 1799, páginas 640-641.

(214) SÖLLNER, *Op. y loc. cit.*, pág. 229.

(215) *Op. cit.*, en *Tijdschr.*, 14 (1936), págs. 395-396.

(216) Vid. NÚÑEZ LAGOS, *La estipulación en las Partidas*, cit., pág. 47, con puntos esenciales de contacto en relación con el texto, pero en un sentido diferente.

ron en cuenta, NAVARRO AMANDI y SÁNCHEZ ROMÁN (217), dice así: “Otrosi dezimos, que si algunos conocen fuera de juyzio que deuen dar marauedis, u otra cosa a otro *e non disen señalada razon* por que deuen dar aquello que conocen: Tal conocimiento como ese no empeze a los que lo fagan, nin son tenudos de pagar aquella debda, si non quisieren. Fuera ende, si aquel a quien fizieron la conocencia, prouase *quisada razon* porque ge lo querian dar. Mas si alguno conociesse la cuantia de aquella debda, o la cosa que otorgó que deue dar, *e la razon por que la deue*, diciendo: Otorgo que deuo a Fulan tantos maravedís, que me prestó, o tal cosa que me dió en guarda; o pusiesse en su conocencia otra razón derecha, estando la otra parte delante, o por personero; estonce dezimos que uale, de manera que es tenuto de pagar lo que conocio...” La ley transcrita hace referencia a la *confesión extrajudicial*, la cual constituye reconocimiento de deuda cuando expresa la *causa*, así prosigue diciendo: “Como cuando alguno dize a otro: Dote, o prometote de dar cien marauedis por tal obra, o por seruicio que me feciste. E esta palabra que dize, porque señala la razón porque fue fecha la donación o el prometimiento”.

c) *La jurisprudencia del T. S., y el alcance del art. 1.277 C. c.*

Vamos a referirnos, casi exclusivamente, a las sentencias que anteriormente hemos citado. En primer lugar, nos encontramos con la *S. de 14 de enero de 1935*, en la que se dice que “la confesión o el reconocimiento de deuda es *causa abstracta formal* del negocio abstracto de constitución de hipoteca por el deudor” (218). Expresión que resulta inadmisibles, ya que no puede existir causa abstracta, ni cabe confundir el carácter formal de la hipoteca con su abstracción. Lo que sucede es que la hipoteca es un derecho real de garantía, en el cumplimiento de una obligación pecuniaria y, como tal, su constitución como contrato y el derecho mismo constituido, es de naturaleza *accessoria*, como en todo derecho de garantía y, entonces, la *causa* de la atribución no cabe hallarla con independencia de la obligación principal que garantiza, según los arts. 1.857 y 1.858 C. c. y 104 L. H. (salvo en los casos excepcionales de la hipoteca independiente o de la hipoteca de propietario). Como nos lo prueba, la propia sentencia citada

(217) Vid. DE LOS MOZOS, *La causa*, en RDN, 33-34 (1961), págs. 393-394.

(218) Por otra parte, la misma sentencia dice que: “en los negocios de naturaleza abstracta, la causa contractual actúa como una simplificación práctica de todos los elementos complejos creadores para facilitar su inclusión bajo la forma concreta *con que la norma legal* los define, tomando así el puesto preeminente de causa única, que por el mero hecho de ser conforme a la previsión legal, encierra la sustancia de *causa justa formal*, sin que quepan contra ella —a salvo el carácter subsidiario de ciertos remedios— otras impugnativas directas que las dirigidas a combatir los vicios del consentimiento”. Y a pesar de los términos criticados en que se expresa, a que hemos aludido en el texto, es, por otra parte, aprovechable su doctrina, al poner de relieve que el negocio abstracto viene dado por la ley, en relación con lo que anteriormente hemos expuesto.

que a pesar de manifestarse en tales términos reconoce que: “los préstamos anteriores son los negocios obligacionales o causales subyacentes”. Con lo cual, por lo que atañe al *reconocimiento*, establece su alcance declarativo, no constitutivo. Esto nos recuerda lo que suele ser tan frecuente en la práctica notarial: fundamentar una hipoteca sobre un reconocimiento de diversas obligaciones anteriores del deudor, vencidas y no satisfechas, haciéndose expresión de la causa y aun del precedente, incluso si las obligaciones proceden de títulos-valores en las que se ha desenvuelto un juego abstracto, conforme al alcance reconocido por el ordenamiento (219). Entonces no es preciso hacer expresión de causa, ya que no son causales las obligaciones precedentes, en el caso de que así fuere; pero sí hará falta mencionar el precedente. Un supuesto de esta naturaleza es el recogido en la *S. de 27 de junio de 1941*, sobre las relaciones entre acreedor (tomador, endosante) y avalista, manteniendo un criterio idéntico a la anterior; pero también aquí existía un documento privado, con expresión del negocio jurídico-causal de la letra que dio origen al pleito, aunque no hubiera hecho falta por razón de la materia. Es decir, ninguna de estas dos sentencias puede invocarse para establecer el reconocimiento por la jurisprudencia del negocio abstracto en general. Otro tanto podemos decir de la *R. D.G.R.N. de 31 de julio de 1928*, en la que se contempla un caso de hipoteca constituida en garantía de un crédito ajeno, puesto que la relación entre el acreedor y el dueño de los bienes será abstracta, ya que la exigencia de la causalidad viene sustituida por la disposición del ordenamiento, el cual no sólo tipifica esta conducta, sino que justifica los efectos jurídicos: artículo 1.857 del Código civil, párrafo último y 138 L. H. Por otra parte, y en general, la *R. de 11 de febrero de 1931* negó la inscripción de las transmisiones abstractas, en base a la teoría del título y el modo.

Según la doctrina, son las *SS. de 8 de junio de 1956* y *13 de junio de 1959* las que dan entrada al *negocio abstracto de reconocimiento de deuda*; pero, como vemos, se trata en todo caso de mera abstracción *procesal*, que no impide la prueba en contrario por el deudor. Aún más que esto, si vemos los antecedentes que sirven de base a la *S. de 8 de marzo de 1956*, nos daremos cuenta del mero alcance *probatorio*, no constitutivo, del documento en que se fija el reconocimiento. Tiene alcance constitutivo, en cuanto a la determinación del *quantum* de la deuda y en cuanto a su *existencia*, pero no sirve para fundar propiamente una obligación autónoma. El demandante, en este caso, no se basa únicamente en el documento, sino que le pone en relación con otras circunstancias que fundamentan la obligación; así, según el primer *resultando* de la sentencia, el demandante apoyaba la reclamación diciendo que el demandado compró, en este caso, a las demandantes unas participaciones indivisas que pertenecían a éstas, quedando adeudando dicho señor, como consecuencia de tal adquisición, unas cantidades que, según documento

(219) Por todos, GARRIGUÉS, *Tratado*, II, págs. 197 y ss., 252 y ss. y 548 y ss.

privado que se formalizó para *fixar* dicha deuda, ascendían a la cantidad determinada que expresa el documento y que se compromete a pagar dicha cantidad antes de la fecha que también se indica, ofreciendo aval (fianza) de una sociedad, que se confirma por carta de la misma dirigida a las demandantes. Con estos precedentes, se explican las declaraciones contenidas en la sentencia, aunque sí sería de desear en ellas una mayor sobriedad de expresión, por ejemplo, cuando dice que el “reconocimiento funda una obligación *independiente*, con sustantividad propia, o sea, independiente de la existencia de la deuda reconocida, pues el que declara querer pasar por la existencia de una deuda contra él, declara también, por ese sólo hecho, querer conducirse con esa conformidad, o sea, querer hacer la prestación que se reconoce deber”. Por que esto no se compagina con lo que dice, por otra parte, el querer determinar el *alcance* del reconocimiento de deuda, señalando que “es contrato por el cual se considera como existente contra el que la reconoce, pudiendo tener por objeto exclusivo dar a la otra parte *un medio de prueba*, o comprometerse a *no exigir* prueba alguna de la deuda o, finalmente, querer considerar la deuda como *existente* contra el que la reconoce”; y, sobre todo, al señalar la forma de proceder en estos casos, diciendo que: “la cuestión de que existe reconocimiento constitutivo de deuda ha de resolverse por interpretación, según el tenor literal del reconocimiento, su finalidad y las circunstancias concurrentes”. Como vemos, un planteamiento de esta naturaleza hace muy distinto un reconocimiento en estas condiciones, al que resulta de la renovación de uno o varios préstamos o de renovación de obligaciones cambiarias mediante un reconocimiento de deuda en documento público, donde necesariamente habrá de aludirse al *precedente* o a la *causa*, en defensa de los intereses en juego. Por eso no tienen sentido ni las analogías conceptuales que se invocan ni ciertas expresiones que pueden inducir a error.

Es curioso, por otra parte, que la sentencia citada, seguramente por tener presente un concepto subjetivo de causa, diga igualmente que si no se indica en absoluto la causa de la obligación o se indica, en general, el valor constitutivo del reconocimiento, ha de resolverse de manera afirmativa, mientras que si se indica, salvo razones especiales, ha de rechazarse. Solución que responde a un prejuicio absurdo, contraria a una adecuada valoración sistemática del problema y de la tradición de nuestro Derecho histórico y que no tiene otra razón explicable que la de desconfianza hacia las partes, desconfianza infundada porque la expresión de la causa establece el *punte* con la situación precedente y siempre es posible, además, su impugnación: conforme al artículo 1.276 del Código civil.

Lo mismo sucede con la *S. de 13 de junio de 1959*, la que apareciendo como confirmatoria, doctrinalmente, de la anterior, se refiere a un caso que guarda más bien relación con las anteriores, ya que se trata de un reconocimiento que recoge el *precedente*, consistente en unas letras de cambio y sus intereses, en que no se pone

en juego, pues no es impugnada por los demandados la acción de los actores, conforme a argumentos materiales, sino solamente mediante excepciones que no afectan a su fundamentación causal, cuando, por otra parte, aunque se hable en la sentencia de que las partes constituyen un negocio abstracto de reconocimiento de deuda que sustituye a las obligaciones cambiarias anteriores, lo que las partes llevan a cabo es una *documentación* de un negocio jurídico anterior, buscando el efecto típico del artículo 1.973 del Código civil para interrumpir la prescripción y para dotar al acto, nuevamente documentado, de un régimen más favorable respecto a la duración del ejercicio de las acciones fundamentalmente.

Porque efectos de esta naturaleza no cabe negar al reconocimiento de deuda, pero esto es independiente de su fundamentación causal; así, es perfectamente correcta la opinión de NÚÑEZ LAGOS cuando dice que la escritura de reconocimiento produce, "*por lo menos*, estos cuatro efectos: interrumpe la prescripción en las relaciones jurídicas reconocidas, las dota de título ejecutivo, de un título para el tráfico y de un medio de prueba privilegiado. Esto sin contar la eficacia declarativa en cuanto a las relaciones jurídicas de fondo" (220).

Interpretada así esta jurisprudencia, queda más claro el alcance que ha de darse al artículo 1.277 del Código civil, a cuyo amparo se permite, en nuestra doctrina, la admisión, más de una manera ideal y genérica que, en concreto, del llamado *negocio abstracto procesal*, siempre vinculado de una u otra manera, hasta en el planteamiento de la demanda por el actor, a un precedente causal (221), salvo que ese precedente se refiera a negocios o a aspectos negociales más bien que, el ordenamiento, configura singularmente como abstractos. Tanto más cuando, en tales casos, la *excepción de cosa juzgada* haría imposible el ejercicio de la *condictio* que, por enriquecimiento injusto, podría intentar el demandado ulteriormente, como en el caso de los artículos 1.895 y siguientes del Código civil.

(220) *Hechos y derechos*, pág. 345. No obstante, no es aceptable la afirmación referida a "un título para el tráfico", aunque cabe pensar que el propio autor citado esté pensando al decirlo en un reconocimiento causal, o con expresión abreviada o elíptica de la causa, que es lo mismo.

(221) En el mismo sentido, ESCRIVÁ DE ROMANÍ, en *Op. cit.*, en RCDI, XLI (1965), pág. 1058, con base en el art. 524 LEC.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

Índice de la Civilística Alemana del último trimestre de 1964 al de 1965 (*).

SUMARIO: 1. Cuestiones fundamentales de Derecho privado.—2. El Derecho civil en general.—3. Las ediciones del Código civil alemán (B. G. B.).—4. La parte general del Código civil.—5. El derecho de obligaciones.—6. Los arrendamientos rústicos y urbanos.—7. El derecho de cosas.—8. El derecho de familia.—9. El derecho hereditario.

1. Para la ciencia jurídica alemana los problemas y cuestiones fundamentales, como el de la esencia del Derecho, han sido motivo de especial consideración; así, la obra de ZIPPELIUS (*Das Wesen des Rechts*. München, 1965) resulta un ensayo de interés. En consideración al Derecho privado se hace un análisis sistemático de la situación jurídica que se percibe en un Estado de tendencia social, como en la obra de SIMITIS (*Privatrecht im Sozialstaat. Eine systematische Darstellung der Rechtssituation des Privatrechts im modernen Staat*. Frankfurt am Main, 1965). Acerca de las tendencias y el desarrollo del Derecho y de los tribunales de nuestro tiempo es de importancia el escrito de WERNER (*Über Tendenzen der Entwicklung von Recht und Gericht in unserer Zeit*. Karlsruhe, 1965).

Monográficamente se han tratado aspectos concretos acerca del derecho subjetivo en cuanto facultad normativa, como en la obra de BUCHER (*Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*. Tübingen, 1965), así como sobre el concepto de la naturaleza de las cosas u objetos jurídicos, DREIER (*Zum Begriff der "Natur der Sache"*. Berlín, 1965), o ya sobre la persona, la personalidad y la persona jurídica, NASS (*Person, Persönlichkeit und juristische Person*. Berlín, 1964). El acuerdo o pacto, como medio técnico jurídico o función orgánica en el derecho privado, es el tema del libro de BALTZER (*Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organischer Funktion*. Köln, 1965).

2. En cuanto a la temática del Derecho civil en general, la obra de BÖHMER (*Einführung in das Bürgerliche Recht*. Tübingen, 1965) llega a su segunda edición.

Entre los manuales elementales de Derecho civil hay que mencionar el realizado con especial atención para comerciantes y empleados de Banca, de HEPP (*Bürgerliches Recht für den Kaufmann und Bankfachmann*. Stuttgart, 1965) y

(*) En este índice sólo se recogen las publicaciones aparecidas en libros. ó publicaciones separadas.

un compendio elemental sobre el Derecho privado alemán, de BAIER (*Deutsches Privatrecht*. Düsseldorf, 1965).

Una colección de casos prácticos sobre el Derecho civil es reunida por BERG (*Übungen im Bürgerlichen Recht. Eine Einleitung zur Lösung von Rechtsfällen und von praktischen Beispielen*. Berlin, 1965), ahora en su 8.º edición.

Un especial interés informativo, al reunir la bibliografía civilista alemana (de obras y revistas), así como la jurisprudencia del año 1964, es el tomo X, publicado por la "Neue Juristische Wochenschrift", a cargo de THOMAS (*Fundhefte für Zivilrecht. Band X: Systematischer Nachweis der deutschen Rechtsprechung, Zeitschriftenaufsätze und selbständigen Schriften*. München, 1965).

3. En este período de tiempo son varias las ediciones que se han publicado del Código civil alemán y de las leyes especiales que lo han complementado. Una edición escolar, bien presentada y con valor científico, por el estudio introductorio del profesor LARENZ, es la de la Editorial Goldmann (*Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, Verschollenheitsgesetz, Abzahlungsgesetz, Erbsenrechtsverordnung, Ehegesetz und Hausratsverordnung*. München, 1964). La clásica y renovada edición del insustituible PALANDT (*Bürgerliches Gesetzbuch*. München, 1964) llega a su 24 edición a cargo de DANCKELMANN, GRAMM, HOCHKE, KEIDEL y LAUTERBACH; también aparece la undécima edición de los comentarios de STAUDINGER (*Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin, 1964). Igualmente destaca la novena edición de SOERGEL y SIEBERT (*Bürgerliches Gesetzbuch. Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Stuttgart, 1964) puesta al día por ABRAHAM. Otra edición de mérito es la de ROSENTHAL (*Bürgerliches Gesetzbuch*. Köln, 1965), puesta al día en su quince edición por KAMNITZER y BOHNENBERG.

La Editorial Beck lanza su 82 edición (*Bürgerliches Gesetzbuch und zugehörige Gesetze*. München, 1964) y la Editorial de Gruyter añade nuevas entregas a las ya publicadas de su obra (*Das Bürgerliche Gesetzbuch*. Berlin, 1964) con especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán.

Entre las ediciones didácticas del Código Civil alemán se encuentran las de MASS, NISCHK y RATTAY (*Das Bürgerliche Gesetzbuch in Frage und Antwort*. München, 1964) y la de NAWRATIL (*BGB leicht gemacht*. München, 1965).

4. Sobre la parte general del Código civil hay que mencionar los breves tratados con finalidad escolar, como los de BURKHOLZ (*Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil des BGB*. 2.ª parte. Herne, 1965) y (*Bürgerliches Recht. Das Recht und die Rechtsordnung: Allgemeiner Teil des BGB*. 1.ª parte. Herne, 1965), KSOLL (*BGB. Allgemeiner Teil*. 4.ª ed. Düsseldorf, 1965), LANGE (*BGB. Allgemeiner Teil*. München, 1964) y LEHMANN (*Allgemeiner Teil des BGB*. 15 ed. Berlin, 1965).

Entre los estudios monográficos de la parte general se destaca el que se refiere al negocio jurídico de FLUME (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Band II: Das Rechtsgeschäft*. Berlin, 1965). Se cuenta ahora con una reedición de la clásica obra de HELLWIG (*Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*. Aalen, 1965), aparecida en 1901, sobre el tema tan importante como es el del fundamento y límite subjetivo del poder jurídico.

Un estudio que toma en consideración la jurisprudencia más actual referida a las asociaciones inscritas en el registro es el de SAUTER (*Der eingetragene*

Verein. 6.^a ed. München, 1965); también es de interés la colección legal de los textos más fundamentales y específicos sobre asociaciones que publica la Editorial Beck (*Vereinsgesetz. Versammlungsgesetz mit Nebenbestimmungen*. München, 1965). Sobre la situación legal de las fundaciones se refiere la obra de STRICKRODT (*Stiftungsrecht*. Baden-Baden, 1965).

5. En la parte correspondiente al derecho de obligaciones es una novedad importante el amplio tratado de FIKENTSCHER (*Das Schuldrecht*. Berlin, 1965). El sólido y fundamental tratado de LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts. I. Allgemeiner Teil y II. Besonderer Teil*. München, 1964 y 1965, respectivamente) llega ahora a su séptima edición. La segunda edición de la obra de casos prácticos de ESSER (*Fälle und Lösungen zum Schuldrecht*. Karlsruhe, 1965) sigue su finalidad escolar y de adiestramiento para exámenes de licenciatura.

Entre los manuales breves de iniciación se encuentran los de BURKHOLZ (*Bürgerliches Recht. Allgemeines Schuldrecht und Einzelne Schuldverhältnisse*. Herne, 1965), WEJMER (*Schuldrecht. Besonderer Teil*. 2.^a ed. Regensburg, 1964) y WIEFELS (*Bürgerliches Recht: Allgemeines Schuldrecht*. Düsseldorf, 1964).

Monográficamente se destacan los estudios que tratan la parte de daños materiales, como la obra de BYDLINSKI (*Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*. Stuttgart, 1964), la de ROTHER (*Haftungsbeschränkung im Schadenrecht*. München, 1965) y de HELLWIG (*Der Schaden*. Regensburg, 1964); sobre daños inmateriales se cuenta con los estudios de WIESE (*Der Ersatz des immateriellen Schadens*. Tübingen, 1964), de STRASSER (*Der immateriellen Schaden im österreichischen Recht*. Wien, 1964) y de STOLI (*Empfiehl sich eine Neueregulung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Gutachten für den Deutsche Juristentag*. München, 1964).

En materia de responsabilidad se advierte un estudio minucioso de las diversas relaciones obligatorias; sobre la responsabilidad de los empresarios y trabajadores, la Editorial Klages publica un manual (*Das neue Handbuch über die Haftung des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers*. Hannover, 1964); para la responsabilidad de los industriales y sus dependientes se llega a la tercera edición de la obra de GUNKEL (*Die Haftung von Unternehmern und Betriebsangehörigen*. Berlin, 1965). En cuanto a la responsabilidad de los contratistas, especialmente en materia de seguro, está el estudio de WUSSOW (*Die Haftung des Bauunternehmers bei der Bauausführung*. Köln-Braunsfeld, 1964), así como la que afecta al riesgo de responsabilidad en cuanto director o encargado de la obra (*Das Haftungsrisiko des Bauunternehmers als verantwortlicher Bauleiter*. Köln-Braunsfeld, 1964). Sobre la jurisprudencia que se refiere a la previsión de cuotas de responsabilidad tiene interés la completa obra de DEICHMANN (*Rechtsprechung zur Haftungsquote*. Köln, 1965).

Las indemnizaciones por accidentes vienen tratadas en el estudio de LIEBERWIRTH (*Das Schmerzensgeld*. Heidelberg, 1965) y para casos médicos y jurídicos en el de JAROSCH, MÜLLER, PIEGLER (*Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht*. 2.^a ed. Wien, 1965).

En cuanto a la revisión judicial de los contratos-tipo o standard tiene especial significación el trabajo de AUER (*Die richterliche Korrektur von Standardverträgen*. Karlsruhe, 1964); también es importante el estudio sobre las obligaciones alternativas y el derecho de opción del acreedor de ERLER (*Wahls-*

chuld mit Wahlrecht des Gläubigers. Köln, 1964). Sobre el modo de defenderse de las pérdidas en negocios de participación de compra o arrendamiento destaca la obra de BRIGG (*Wie schütze ich mich vor Verlusten bei Beteiligung oder Ankauf und Pacht von Geschäften*. Wien, 1964). Para la ley sobre ventas a plazos es de interés el comentario de WINKLER (*Abzahlungsgesetz*. Frankfurt am Main, 1965); en cuanto al derecho contractual referente a las muestras, está la séptima edición de MACHLEID y WIEDEMANN (*Vertragsmuster-Vertragsrecht*. Stuttgart, 1964), así como dos importantes reproducciones de antiguas obras; una sobre contratos a favor de tercero, de HELLWING (*Verträge auf Leistung an Dritte*. Aalen, 1965), cuya primera edición aparece en 1899, y la de KARLOWA (*Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*. Aalen, 1965) que trata la materia de los negocios jurídicos y sus efectos, ya en su primera edición de 1877. Otra monografía de interés es la de HUBER (*Die Sicherungsgrundschuld*. Heidelberg, 1965) acerca de las deudas seguridad inmobiliaria.

Por último, hay que citar la cuarta edición del manual dedicado a la contratación para las industrias de cerveza y malta, a cargo de COLLIGNON, DÜSTERSIEK, GROTE y SEEGER (*Carls Vertragsbuch für Brauerei und Mälzerei*. Nürnberg, 1964), así como la elemental obra sobre contratación de CRANZ (*Das Vertragsbuch. Ein Wegweiser durch das Vertragsrecht*. Frankfurt am Main, 1964).

6. Actualmente, el arrendamiento rústico puede considerarse una materia del Derecho agrario y por esto se considera bajo su rúbrica. Dos importantes obras hay que recoger: la de NONHOFF y la de STEIGER (*Das Deutsche Agrarrecht*. München, 1965) y la de WÖHRMANN (*Das Landwirtschaftsrecht mit ausführlichen Erläuterungen der Höfeordnung*. 2.ª ed. Bleckede/Elbe, 1965). Las cuestiones sobre el mejoramiento de la estructura agraria son tratadas en su segunda edición por KOCH y KROSIGK (*Bestimmungen zur Verbesserung der Agrarstruktur*. Frankfurt am Main, 1964) y por BOHTE (*Die Verbesserung der Agrarstruktur in der Gesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Länder*. 2.ª ed. Bonn, 1965).

Los arrendamientos urbanos cuentan también con una amplia literatura que aborda los problemas más acuciantes de esta relación jurídica. Para su aspecto social está el tratado de BORMANN (*Das soziale Mietrecht des BGB*. Frankfurt am Main, 1965), así como el comentario de BORMANN, SCHADE y SCHUBART (*Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnungsrecht*. Frankfurt am Main, 1965) y el opúsculo de HESBERG y LAUT (*Das soziale Miet- und Wohnrecht*. Köln, 1964).

En cuanto a la protección legal del arrendamiento aparecen los comentarios de BETTERMANN (*Kommentar zum Mieterschutzgesetz*. Tübingen, 1965), la colección legal de ANDEREGG (*Miet- und Lastenbeihilfen in Niedersachsen*. Celle, 1965), los textos legales reunidos y clasificados por ROQUETTE (*Mietengesetze*. München, 1965) y por la Editorial Beck (*Miet-, Wohn- und Wohnungsbaurecht*. München, 1964), así como un *Merkblatt über Wohnbeihilfen*. Köln, 1964. En general, las colecciones legales en materia de arrendamientos urbanos se han renovado, como las referentes a la economía de la vivienda a cargo de SCHNEIDER, BRÜGGEMANN, HEVER, JASCHINSKI, WESTERMANN (*Der Abbau der Wohnungszwangswirtschaft*. Köln, 1964), los comentarios de BORMANN (*Erstes Bundesmietengesetz*. Frankfurt am Main, 1965), el comentario a cargo de FIS-

CHEK-DIESKAU, PERGANDE, WORMIT y OSCHMANN (*Das Bundesmietrecht*. Köln, 1965), la colección de HANS (*Das neue Mietrecht in den weissen Kreisen*. München, 1964), de HOLTGRAVE (*Das neue Mietrecht ab 1. August 1964 in der Weissen Kreisen*. Düsseldorf, 1964), los textos reunidos por KAKIES (*Mietgesetze*. München, 1964), LUTZ (*Das neue Mietrecht des BGB ab i. 8. 1964*. Berlín, 1964), los publicados por la Editorial Beck en su novena edición (*Mietengesetze mit preisrechtlichen Vorschriften*. München, 1964), los comentarios de PERGANDE (*Wohnraummietrecht*. München, 1965), la impartante obra de ROQUETTE (*Mieten- und Berechnungsverordnungen*. München, 1965), el manual de THIELE (*Das neue Wohnrecht 1963*. 2.ª ed. Stuttgart, 1964) y la colección de ULLRICH y BÖCKEL (*Das gesamte Miet- und Wohnungsrecht*. Neuwied, 1965).

En materia de precio o renta del arrendamiento urbano es de interés la colección de la Editorial "Haus und Grund" en su quinta edición (*Die Berechnung del Kostenmiete vor und nach der Mietpreisfreigabe*. Köln, 1964), el comentario de BORMANN (*Das geltende Mietpreisrecht*. Frankfurt am Main, 1965), el texto de la Editorial Beck (*Mietengesetz mit preisrechtlichen Vorschriften*. München, 1964), la colección legal de NETZBAND y HÖFFKEN (*Gesetz über Massnahmen auf dem Gebiete des Mietpreisrechts*. Hamburg, 1964) y la undécima edición de SCHLICH (*Ratgeber für Miete über Mieterhöhungen, Mietbeihilfen, Kündigungen*. Köln, 1964), con consejos para la elevación de la renta, ayudas al inquilino y sobre desahucio.

Sobre la legislación de ayuda financiera para los arrendamientos urbanos tratan las obras de ANDEREGG (*Wohngeldgesetz mit einschlägigen Bestimmungen*. Göttingen, 1965), de LUTZ (*Was man vom Wohngeld wissen sollte*. Düsseldorf, 1965), de PERGANDE y SCHWARZ (*Wohngeldgesetz*. München, 1964), los comentarios de STADLER y MEMMER (*Wohngeldgesetz*. Köln, 1965) y la obra de ULLRICH (*Wie erhalte ich Wohngeld?* Neuwied, 1965).

Tienen especial interés las obras que abordan puntos concretos, como el comentario a la legislación de locales de negocio de BORMANN (*Geschäftsraummietengesetz*. Frankfurt am Main, 1965) y la obra de ROQUETTE y HENSELER (*Geschäftsraummiete*. Heidelberg, 1964). También aparecen colecciones de textos sobre viviendas en villas o bloques urbanos, como el de EHRENFORTH (*Wohn- und Siedlungsrecht*. München, 1965), o sobre arrendamientos de viviendas de empresas para sus empleados, como la segunda edición de la obra de HOHN (*Mietverträge über Werkswohnungen mit Muster für eine Hausordnung*. Heidelberg, 1964); para arrendamiento de solares, como la décima edición de KIEFERSAUER y GLASER (*Grundstückmiete*. Berlín, 1965); sobre las modificaciones o cambios habidos en el derecho de arrendamientos, como el opúsculo de MEISENBERG (*Anderungen des Mietrechts*. Stuttgart, 1964); sobre la propiedad de casas por pisos, como la obra de MONTCHAL (*Das Stokwerkeigentum*. St. Gallen, 1964) y de FREISE y MAI (*Wohnungseigentumsgesetz*. Frankfurt am Main, 1965); la monografía acerca de la formación judicial de las relaciones arrendaticias de BELLINGER (*Die richterliche Gestaltung des Mietverhältnisses*. Düsseldorf, 1964). Hay que añadir las colecciones jurisprudenciales sobre arrendamientos urbanos de GLASER y ULLRICH (*Entscheidungsammlung für das gesamte Miet- und Wohnungsrecht*. Neuwied, 1964) y de HELLER y JENSIK (*Mietrechtliche Entscheidungen des Jahres 1963*. Wien, 1964).

7. En el ámbito del derecho de cosas o de los derechos reales se encuentran dos tratados elementales: una nueva edición de WIEFELS (*Bürgerliches Recht. Sachenrecht*. Düsseldorf, 1964) y el de BURKHÖLZ (*Bürgerliches Recht. Sachenrecht*. Herne, 1965). Se debe añadir la colección jurisprudencial de los casos más importantes en este ámbito del derecho de cosas pronunciados por el Tribunal Supremo alemán (*Das Bürgerliche Gesetzbuch. Sachenrecht. Drittes Buch. Definitionenkalender*. München, 1964) y la colección de casos prácticos y sus soluciones de WIEFELS (*Bürgerliches Recht. Sachenrecht*. Stuttgart, 1965).

Monográficamente se estudian varios aspectos. Sobre el tema de la usurpación de ganancias y desplazamientos patrimoniales en la teoría del enriquecimiento sin causa, tiene especial importancia la obra de JAKOBS (*Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*. Bonn, 1964), así como los estudios sobre la propiedad socialista en la Unión Soviética y Alemania oriental de PFAFF (*Das sozialistische Eigentum in der Sowjetunion*. Köln, 1965) y WIEDEMANN (*Das sozialistische Eigentum in Mittelddeutschland*. Köln, 1964).

Hay que contar otro estudio, referido a la protección jurídica privada de las inmisiones, de KLEINDIENST (*Der privatrechtliche Immissionsschutz nach § 906 BGB*. Tübingen, 1964) y una colección con comentarios sobre las hipotecas y otras cargas de LUCKAS y WEIMAR (*Hypotheken und andere Belastungen*. Frankfurt am Main, 1965). En cuanto a la materia de daños ocasionados por los poderes públicos y la expropiación, están las obras de LUHMANN (*Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*. Berlín, 1965) y de SCHNEIDER (*Enteignung und Aufopferung*. Berlín, 1964), respectivamente.

8. Para el Derecho de familia aparecen dos obras fundamentales: un tratado del Derecho de familia alemán, en dos tomos, con referencias de Derecho comparado, del profesor DÖLLE (*Familienrecht*. Karlsruhe, 1964) y el de GERNHUBER (*Lehrbuch des Familienrechts*. München, 1964).

Una síntesis elemental es la que publica BURKHÖLZ (*Bürgerliches Recht. Familien und Erbrecht*. Herne, 1965). Una colección de textos legales referentes al Derecho de familia (matrimonio, divorcio, igualdad de derechos del marido y mujer, nacionalidad, etc.) se hace por la Editorial Goldmanns (*Familienrecht*, 1965), así como el comentario a las leyes referentes al estatuto personal y familiar realizado por MASSFELLER y HOFFMANN (*Personengesetz*. Frankfurt am Main, 1965).

Cuestiones concretas son tratadas en monografías de gran utilidad y valor. En materia de decisiones judiciales, Derecho de familia, tutela y asistencia material, se aborda una segunda edición por BRAND y HENSEL (*Die Vormundschafts-, Familienrechts- und Fürsorgesachen in der gerechtlchen Praxis*. Berlín, 1965); sobre las limitaciones al poder paternal trata GÖPPINGER (*Beschränkungen der elterlichen Gewalt*. Berlín, 1964); en cuanto a la situación de los bienes y los contratos matrimoniales, son de interés los estudios de HARGELE (*Güterstände und Eheerträge*. Bonn, 1965) y de HOERES (*Vermögensfragen unter Ehegatten richtig regeln*. 3.^a ed. München, 1965). En cuanto a la limitación y retirada de la obligación de los cuidados paternos está la obra de HIRSCH (*Entzug und Beschränkung des elterlichen Sorgerechts*. Neuwied, 1965). Por último, los derechos de la infancia legítima e ilegítima, así como los de

la madre, tienen importancia la quinta edición de TOMFORDE, DIEFENBACH, WEBER (*Das Recht des Unehelichen Kindes und seiner Mutter im In- und Ausland*. Köln, 1965), y para la Alemania oriental, la obra de WASSERMEYER (*Die Entwicklung des Kindschaftsrechts in Mitteldeutschland*. Frankfurt am Main, 1965).

9. En materia del derecho de sucesiones se destaca la obra de Derecho comparado de FIRSCHING (*Deutsche-amerikanische Erbfälle. Die Bedeutung der Qualifikation und der Angleichung, der Anpassung und der Umdeutung bei ihrer rechtlichen Behandlung*. München, 1965). Desde el punto de vista práctico, alcanza una segunda edición el libro sobre consejos acerca de los derechos y obligaciones de los herederos de MODEL (*Im Falle meines Todes*. Köln, 1964).

La materia de testamentos se estudia desde diversos aspectos; sobre el estudio de los testamentos y las liberalidades está la obra de HAEGELE (*Testamente und Schenkungen*. Bonn, 1965), un estudio muy cuidado. Más elementales son las obras que se refieren a muestrarios testamentarios o consejos prácticos a seguir por los testadores, como el libro de KARGER (*Das Testament wie es sein soll*. 3.ª ed. Stuttgart, 1965), o los breves manuales sobre sucesiones testamentarias, como los de HOERES (*Das Testament und die Erbschaft*. Wiesbaden, 1964), HAEGELE (*Testaments-Muster*. Stuttgart, 1965) y de BAUER (*Mein Testament, unangreifbar, zweifelfrei, vernünftig*. 5.ª ed. Düsseldorf, 1965).

JOSÉ BONET CORREA

II. NOTAS CRÍTICAS

“Sociedades Anónimas” (1)

I. Cuando parecía haber cesado la actividad exegética y constructiva de los mercantilistas españoles alrededor de la Ley sobre régimen jurídico de la sociedad anónima, un nuevo libro sobre este tipo social ve la luz. Su aparición coincide, además, con el momento en que se insinúan —y ahora toman cuerpo— los anuncios de una reforma de la ley de 1951, reforma parcial —en cuanto a la extensión que, según las noticias publicadas, alcanzará—, pero que ha de afectar profundamente algunos aspectos de la disciplina actualmente vigente. Así, pues, el nuevo “Curso” ha colmado, por de pronto y hasta que se apruebe la ley que reforme el Derecho de sociedades anónimas, una laguna que, por el corte en la publicación de obras generales, se había ido haciendo muy ostensible en este sector de la literatura española, y, una vez publicada la reforma, permitirá comprobar el camino recorrido desde que se promulgó la Ley de 1951 hasta el momento de su publicación. Por otro lado, el libro, en sí mismo considerado y al margen de cualquier consideración de oportunidad, contiene valores que, a través de las ediciones sucesivas, le incorporan al elenco —no muy numeroso— de los libros de consulta necesarios para resolver los problemas propuestos por la LSA.

Por eso, antes de indicar brevemente la estructura del libro y sus principales desarrollos, es necesario aludir al significado que el mismo posee para la literatura española de sociedades, a la vista de los materiales utilizados y de la estructuración de la materia tratada.

El “Curso” no se destina, según la propia declaración del autor, a los “profesionales ya formados”, sino a los alumnos de las Facultades de Derecho. Mas, pese a este designio, no es aventurado predecir que, por los valores del libro, por la importancia de la materia tratada para el desarrollo de la vida económica, por la personalidad del autor y por la inexistencia de libros que recojan al día estos problemas, obtendrá una difusión superior a la correspondiente al destino previsto por su autor, no limitándose su empleo en la actividad académica y extendiéndose a la práctica de la vida cotidiana.

En el plano didáctico, ha de subrayarse el esfuerzo que realiza el profesor Rubio para sistematizar y clasificar las distintas instituciones que integran el fenómeno de la sociedad anónima, esfuerzo patentizado en varios lugares, a lo largo de la obra: aumento de capital; derechos del accionista; contenido de los documentos contables: v. partidas del balance... En este mismo plano, el libro, nacido de las explicaciones de clase a los alumnos de la Licenciatura, conserva un estilo ágil, nervioso, próximo a la expresión oral. Y conserva igualmente la neta contraposición de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales que, durante los diez años largos en que la LSA ha estado vigente, han ido desarrollándose alrededor de los puntos discutibles de la Ley de 1951. Esta con-

(1) RUBIO, Jesús: *Curso de Derecho de sociedades Anónimas*. Madrid, Editorial de Derecho financiero, 1964; X + 470 págs.

traposición —que, sin duda, el autor estimó necesaria para alcanzar la claridad expositiva exigida por el destino del libro— proporciona al “Curso” una apariencia polémica que atrae y mantiene el interés del lector al presentar los problemas y sus soluciones a través del claroscuro de las opiniones vertidas sobre los mismos y de la propia opinión del autor, casi siempre bien definida, después de haber valorado la literatura y jurisprudencia españolas, así como la literatura del Derecho comparado.

Con relación a estos últimos extremos —Derecho comparado; jurisprudencia—, alguna afirmación del Prólogo suscita cierta perplejidad, que, sin embargo, se disipa al examinar la información bibliográfica que encabeza cada capítulo —en la que se separa la literatura española y la de otros países— y al leer algunos pasajes del libro: los referentes, p. e., al remanente a cuenta nueva (donde se acepta la doctrina predominante a falta de precepto legal expreso en el Derecho español); los referentes también a las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de las acciones, para cuya construcción se aceptan las conclusiones a que ha llegado, sobre la base de los preceptos vigentes en las principales legislaciones que ofrece el Derecho comparado, la doctrina más autorizada. Y es que la consideración del Derecho comparado no desemboca —o ha desembocado— fatalmente, como el autor señala (o teme al menos) en el Prólogo, en la formación de una “especie de intangible Derecho filosófico”, con independencia de la historia, de la estructura económica y social y de los intereses o ideales de cada comunidad nacional. Afirmada la “patente uniformidad de supuestos” del tráfico español con los supuestos ofrecidos en otros países, sólo un defectuoso análisis de los ordenamientos extranjeros puede desembocar en un resultado repudiable en la formación del Derecho o en la interpretación del Derecho constituido: pues no se trata de trasplantar soluciones, sino de acoger, en el marco del ordenamiento español, soluciones dadas para supuestos que, después de cuidadosos análisis, se revelan semejantes o idénticos a los existentes en España. La literatura española, forzada por la tardía incorporación del ordenamiento español a las modernas corrientes legislativas para la sociedad anónima, ha tenido que recurrir con frecuencia a este camino, a fin de suplir los vacíos de una legislación y de una tradición doctrinal prácticamente inexistentes. Y lo ha hecho, igual que el autor del libro comentado, con acierto en casi todas las ocasiones. El Derecho extranjero no es —y, según lo dicho, no lo ha sido, para los autores españoles— un modelo a seguir por su prestigio, sino un modelo en el que pueden examinarse, anticipadamente, las conexiones entre supuestos planteados y soluciones, descubriendo la “ratio” de cada precepto y, sobre todo, la aptitud de las posibles soluciones para alcanzar el objetivo perseguido por las mismas.

Por otro lado, el autor, lejos de estimar que la jurisprudencia del T. S. sea irrelevante para la interpretación de la LSA, incorpora, valorándolas, las principales decisiones dictadas al aplicar la LSA, entendiéndolas rectamente que, con independencia del número más o menos elevado de las mismas y de su acierto o desacierto, constituyen un elemento indispensable para el conocimiento más depurado de los problemas reales de este sector de la vida económica.

II. A continuación, sin pretender, dado el carácter general del libro, exponer exhaustivamente todos los problemas abordados por el “Curso”, voy a

indicar algunos de los más relevantes que el lector encuentra en los nueve capítulos —divididos en secciones y éstas en párrafos— de que se compone el libro.

El primer capítulo, de introducción, dibuja la evolución histórica seguida por la sociedad anónima desde los primeros antecedentes señalados a esta institución hasta el momento actual, en que se anuncian nuevas direcciones en los movimientos de reforma emprendidos últimamente en casi todos los países —incluso en España— para poner de acuerdo la reglamentación de la sociedad anónima con las modificaciones de la estructura económica. En esta primera parte estudia el autor las relaciones entre sociedad anónima y Estado, fijándose en dos aspectos fundamentales: en las facultades del Estado cuando se funda una sociedad anónima; y en la organización de los poderes que corresponden a cada uno de los órganos sociales, materia en que se refleja la evolución experimentada por las formas políticas de organización. A este respecto señala, con acierto, que “el movimiento ideológico supraindividualista ni puede considerarse superado ni es exclusivo de aquellas posiciones que la prudencia política ha aconsejado abandonar”. Y aún habría de añadirse, a juicio del recensor, que —como el profesor Rubio hace en más de una ocasión— el mantenimiento de una ideología individualista o supraindividualista no determina inequívocamente la solución a todos los problemas interpretativos que cualquier ley de sociedades anónimas propone al intérprete. Por otro lado, es igualmente necesario señalar que la innegable tendencia recogida por el autor a considerar la sociedad totalmente separada de los socios y a la atribución de fines privados en conexión estrecha con los de la comunidad política en que se desenvuelve su acción, está casi totalmente desconocida en el ordenamiento español, ya que la LSA, forzada acaso por la inclusión en su ámbito normativo de la sociedad anónima familiar, ha encarnado, por el contrario, uno de los sistemas más individualistas en materia de sociedad anónima.

En el capítulo segundo, estrechamente vinculado al concepto de sociedad anónima expuesto en el primero, se ocupa el autor de los conceptos fundamentales de la estructura de la sociedad anónima: capital, acción, responsabilidad limitada.

En primer lugar estudia el concepto de capital, separándolo del de patrimonio, y los llamados “principios” que presiden su regulación. Además, en esta ocasión, se estudia el régimen establecido para la modificación de la cifra capital —donde sería conveniente dedicar mayor atención al capital autorizado—. Entre las reservas —que, por su semejanza de estructura con el capital, se estudian ahora— se considera incluido el remanente a cuenta nueva, con la consecuencia de que será necesario un nuevo acuerdo de la Junta para que pueda repartirse como dividendo entre los socios. Rechaza el profesor Rubio la posibilidad de reservas ocultas ficticias, esto es, las originadas no por el juego técnico de valoraciones máximas para proteger a los acreedores, sino por la excesiva infravaloración o por la inclusión de partidas ficticias en el pasivo o la omisión de partidas en el activo.

La acción se estudia —siguiendo en esto la postura ya tradicional— desde su triple consideración de parte de capital, de derecho y de título. Sin tomar partido en la polémica que divide a la jurisprudencia y a la doctrina españolas

acerca de la relevancia jurídica que posee la exigencia de fedatario público para la transmisión de las acciones al portador, señala que, con estas normas nacidas de circunstancias excepcionales, se manifiesta en el ordenamiento español la tendencia a la total nominatividad de las acciones, llegando a la conclusión de que “en el fondo, puede decirse que ya no hay acciones al portador” en el Derecho español (afirmación un tanto absoluta, si se piensa en que la legitimación para el ejercicio de los derechos incorporados a estos títulos continúa siendo la propia de los títulos al portador y no la de los títulos nominativos). Con un criterio realista estudia el profesor Rubio el ámbito a que pueden extenderse las limitaciones en la circulación de las acciones, sosteniendo, acertadamente (pese a la letra del art. 104 del RRegMer de 1956), que tales restricciones carecen de sentido referidas a las acciones al portador, ya que, lógicamente, no se comprende la emisión de unas acciones que prescindan de la persona del titular para, a continuación, imponer limitaciones en cuanto al círculo de los posibles titulares sucesivos, dotando, así, de relevancia la persona del titular. Igualmente son interesantes las consideraciones que hace sobre la posibilidad de prestar sobre las propias acciones o de ofrecerlas en garantía.

Por último, estudia, enter los conceptos fundamentales de la sociedad anónima, la limitación de responsabilidad, que se pone en conexión con la personalidad jurídica de la sociedad anónima, la cual, al instrumentalizarse abusivamente en determinados casos, hace desaparecer aquélla. La temática de la superación de la personalidad jurídica retorna en otros lugares de la obra, enfocando los problemas a resolver con criterio realista (v., p. ej., la posible calificación de los dividendos como frutos) que permita resolver el conflicto de intereses planteado, y acentuando en toda ocasión la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso concreto (v., p. ej., las observaciones a la jurisprudencia sobre el mantenimiento de la identidad de la sociedad transformada).

El capítulo tercero se ocupa de la constitución de la sociedad anónima. Antes de exponer los procedimientos de fundación sucesiva y de fundación simultánea regulados por la LSA, unos apartados generales tratan de “la tutela de la fundación de la sociedad anónima”, rúbrica bajo la cual se refiere a la tutela de los intereses públicos y privados implicados en el proceso fundacional. Este es el momento de estudiar la distinción (no siempre aceptada) entre escritura y estatutos, el contenido de los estatutos y la modificación de los estatutos —algunos de cuyos supuestos ya se han tratado previamente al estudiar la modificación del capital—. Es interesante hacer notar que el art. 11, 5.º, LSA —que permite incluir otros pactos lícitos en la escritura— se interpreta restrictivamente, ya que, aplicando la distinción entre escritura y estatutos, se estima que dichos pactos tendrán siempre carácter contractual y no corporativo, afirmación que posee una gran trascendencia al determinar el régimen a que se somete su modificación.

La inscripción constitutiva de las sociedades anónimas plantea el problema de la sociedad anónima irregular. Conforme al criterio del autor (discutible, pero que encuentra un indudable apoyo en el texto de la ley) si no hay inscripción no hay —por supuesto— sociedad anónima, pero tampoco sociedad (ni como contrato ni como organización). Los acreedores que creían haber contratado con una sociedad no podrán dirigirse, según esta opinión, más que contra los ges-

tores, y, utilizando los recursos del derecho común, acaso contra el capital resultante de las aportaciones (si existió escritura pública). La última afirmación no significa, sin embargo, que pueda construirse un patrimonio de ejecución preferente, que perjudicaría los intereses de los acreedores particulares de los socios, quienes, al intentar hacer efectivos sus créditos, tropezarían, en caso de que se admitiera, con un patrimonio separado, constituido en beneficio de los acreedores que han contratado con la aparente sociedad anónima, sin que se hayan cumplido las normas legales preceptuadas para ello —y entre las que destacan las referentes a la publicidad.

El capítulo cuarto, dedicado a los órganos de la sociedad anónima, trata sucesivamente de las generalidades atinentes a esta materia, de la junta general, de los administradores y de los censores de cuentas. La complejidad de este capítulo —que juntamente con el siguiente, dedicado a la posición jurídica del socio, ponen de relieve los puntos más sensibles del ordenamiento de la sociedad anónima, sometidos a constante reelaboración en el plano legislativo, jurisprudencial y doctrinal— hace imposible dar cuenta de todas las cuestiones abordadas, ni siquiera de las más relevantes. Las relaciones entre junta general y órgano administrativo en la estructura orgánica de la sociedad, el régimen de deliberación y el de acuerdos de la junta han sido tratados con la extensión requerida.

Creo necesario, sin embargo, resaltar que, al tratar de la impugnación de acuerdos sociales, el prof. Rubio adopta como criterio interpretativo la existencia legal de un interés cualificado de la sociedad frente al interés común de los socios, aun cuando —con la doctrina dominante en España de la que el recensor disiente— no admite la existencia de un deber de abstención a cargo del socio que se encuentra en situación de conflicto con el interés de la sociedad. Esta doble tesis muestra la correcta disociación —ya señalada en esta misma recensión— entre ideología y consecuencias a que se llega en la interpretación de las normas positivas, ya que habitualmente se considera la existencia del deber de abstención ligado al mantenimiento de una concepción transpersonalista de la sociedad anónima. Por otro lado, sin entrar a fondo en la cuestión, el recensor —por haber mantenido posturas contrarias que el prof. Rubio, naturalmente, y ha valorado críticamente— se cree en el deber de indicar que la primera tesis —aun cuando se mantenga dentro de límites prudentes y no se configure un interés absolutamente extraño al de los socios— no ha considerado —aun cuando no desconozca algunas de ellas— todo el peso que ciertas normas de la ley ofrecen para el mantenimiento de la tesis contraria en el ordenamiento español: impugnación de los acuerdos sociales lesivos sólo por el votante en contra; inimpugnabilidad de los acuerdos contrarios al interés social (no nulos, por lo tanto) adoptados por unanimidad; organización de la censura de cuentas —cuya estructura analiza acertadamente el autor en el lugar correspondiente.

En cuanto al órgano administrativo se analizan su naturaleza —órgano por su establecimiento legal; arrendador de servicios por su nombramiento—, su estructura —con el significado que posee la constitución voluntaria de comisiones ejecutivas y consejeros delegados para caracterizar el sistema español—, las facultades de representación del consejo, su nombramiento, remuneración

y responsabilidad. En cuanto a los censores de cuentas, pone de relieve el autor que es dudoso que la LSA haya alcanzado con su sistema de control y vigilancia las finalidades que declara perseguir con el mismo en su Exposición de Motivos. El sistema de censura "se resiente en una doble dirección", según indica con acierto el profesor Rubio: es inadecuado para la gran sociedad y no tiene posibilidades de actuación en la sociedad familiar; y, por otro lado, para su estructuración y funcionamiento no tiene presentes más que los intereses internos de la sociedad, en contradicción con el significado que la sociedad anónima posee como medio de canalizar ingentes masas de ahorro nacional.

Como acaba de señalarse, uno de los aspectos más importantes de la regulación de la s. a. es el referente al "contenido y ejercicio de los derechos de socio", al que se dedica el interesante capítulo quinto. Habiendo rechazado el concepto de "status", el autor califica el derecho de socio en la categoría de los derechos derivados de relaciones asociativas, que, "en virtud de una relación de cooperación entre varios sujetos, ordenados hacia un propósito común, se manifiesta en una situación estable de socio —en nuestro caso, de socio de sociedad anónima— comprensivo de un sistema específico de facultades: los derechos de accionista". Y partiendo de la enumeración que hace el artículo 39 LSA, distingue el prof. Rubio entre derechos materiales (derecho a las ganancias sociales; derecho de participar en el patrimonio de liquidación) y derechos instrumentales (derecho de voto, de información, de suscripción preferente). El tratamiento por separado de estos derechos está precedido por una definición de los deberes del accionista, con lo cual se completa el análisis de la situación jurídica del socio. Después de haber aludido al deber de aportación —tratado con motivo de la fundación— rechaza el deber de fidelidad —que no es "sino una ampliación del principio general de buena fe", manifestación del "deber jurídico general de cooperar lealmente al fin perseguido por el ordenamiento y las relaciones convenidas a su amparo"— y señala, como posibles implicaciones del deber de fidelidad, los deberes —llamados colectivos— cuyo contenido consiste en "deliberar y votar con arreglo al principio de buena fe y sin lesionar el interés social", y el deber, también colectivo pero de carácter indirecto, de "deliberar y acordar sobre el balance y el reparto de beneficios". A continuación emprende el estudio individualizado de cada uno de los derechos del socio. Es de señalar el esfuerzo dedicado a precisar el contenido y alcance del derecho a los beneficios sociales —donde vuelve a utilizar el criterio del interés de la empresa como tal para resolver algunas cuestiones sobre la cuantía en que han de repartirse los beneficios sociales. Y son igualmente muy interesantes las consideraciones que desarrolla alrededor del derecho de información y del derecho de suscripción preferente —cuya eliminación, apoyada en la invocación del interés social, rechaza en los casos dudosos, por considerar preponderante el interés del socio a conservar inalterada la proporción de su participación en la sociedad.

Al tratar en el capítulo sexto de "los libros y la contabilidad", afirma que la junta no emite una declaración de voluntad cuando aprueba el balance, sino una declaración de conocimiento que no produce consecuencias dispositivas ni en el aspecto externo —como se sostiene ciertamente por la doctrina— ni en el interno de las relaciones sociales. Por el contrario, el acuerdo de distribu-

ción de beneficios —íntimamente unido al anterior, pero diferente— posee eficacia dispositiva. La junta puede modificar los documentos contables que no haya aprobado, aunque, de hecho, el balance no aprobado se devuelva a los administradores para su rectificación, no por razón de incompetencia de la junta, sino por razón de la complejidad de esta operación, poco apta para realizarse por un órgano compuesto de muchos miembros no especializados en la técnica contable.

Para concluir, basta indicar que el capítulo séptimo se dedica al estudio de las obligaciones, y los dos últimos a la transformación y fusión (cap. octavo) y a la disolución (cap. noveno). Entre las afirmaciones más destacables de este capítulo se hallan las siguientes:

Ante la divergencia que separa a los autores españoles al configurar las relaciones entre el convenio de fusión y los acuerdos corporativos, se inclina a considerar la fusión como un negocio jurídico complejo, en el que intervienen decisivamente ambos elementos, aun cuando la disciplina legal se resienta de una influencia excesiva de la visión corporativista. Es igualmente certera la distinción que el autor hace de la distinta función que cumple el derecho de separación del accionista en los supuestos de transformación y de fusión, en orden a la valoración de su trascendencia.

En el capítulo de liquidación, el problema de la revocabilidad de la disolución es sometido a un análisis cuidadoso de los supuestos que pueden presentarse en el tráfico, atendiendo a las circunstancias y a la naturaleza de la causa de disolución. Separándose de la opinión más generalmente admitida en la literatura española, el autor, al amparo de consideraciones realistas, niega que puedan encauzarse las cuestiones de la sociedad unipersonal por el régimen de la disolución. Al desaparecer el presupuesto —esencial, para Rubio— de la pluralidad personal, “no sabe hablar de sociedades ni, sobre todo, aplicar el Derecho para éstas previsto cuando se trata de las llamadas sociedades unipersonales”. El régimen de la sociedad anónima exige que se conserven los tres socios exigidos para la fundación (¿y en caso de fundación sucesiva?).

III. Como puede observarse a través de la veloz revista pasada a los nueve capítulos del libro, no es factible leer la obra recensionada con una actitud pasiva o receptiva. Sus páginas, con las cualidades ya indicadas, son estimulantes en sumo grado de la reflexión del lector, y éste, conducido inexorablemente por ellas, ha de comprometerse adoptando su propia postura. Fruto de ella, y no de un espíritu polémico, las anteriores consideraciones apuntadas al hilo de la exposición del profesor Rubio. Por esto, por haber lanzado una obra que inquiete las tranquilas aguas en que se había remansado la literatura sobre sociedades anónimas, hay que felicitar al autor, y tiene que felicitarse la ciencia jurídica española, que, a partir de este momento, cuenta con una obra que, en muchos puntos, va a contribuir a un replanteamiento —y a la consiguiente discusión— de los problemas de este tipo social en un momento especialmente significativo para la historia de la sociedad anónima en España.

J. F. DUQUE

*Catedrático de Derecho mercantil.
Universidad de Salamanca.*

INFORMACION LEGISLATIVA

OCUPACION DE AUTOMOVILES

ORDEN del Ministerio de la Gobernación de 15 de junio de 1965 sobre adopción de medidas por las Jefaturas Provinciales de Tráfico y Fuerzas encargadas de la vigilancia del mismo respecto a los vehículos que se encuentren abandonados o estacionados en las vías públicas.

“...3.º Si el vehículo o sus restos, en caso de accidente, permaneciera abandonado en la vía pública, o en los terrenos adyacentes, sin interrumpir ni perturbar la circulación ni constituir un riesgo para la misma, los Agentes comunicarán el hecho a la Jefatura de Tráfico de la provincia en que este tuviera lugar, o a los Alcaldes cuando el vehículo se encontrará dentro de los núcleos urbanos, siempre que por los signos exteriores que el vehículo presente y el tiempo que lleve en tal situación e inmovilizado pueda deducirse su condición de abandono.

Los Alcaldes pondrán en conocimiento de la Jefatura de Tráfico de la provincia la existencia de los vehículos que, por las circunstancias expuestas, se presuman abandonados.

4.º Las Jefaturas de Tráfico y, en su caso, los Alcaldes ordenarán, desde luego, la retirada de la vía pública o de los terrenos adyacentes del vehículo abandonado, utilizando incluso los servicios retribuidos de grúas particulares u otros auxilios necesarios.

A dicho fin, los Ayuntamientos designarán un lugar o local en condiciones adecuadas para el depósito de los vehículos retirados de las vías públicas.

6.º Si el vehículo abandonado estuviera matriculado en España, la Jefatura de Tráfico correspondiente notificará formalmente el encuentro y depósito del mismo a quien, según el Registro Central de Vehículos o, en su defecto, los ficheros relativos a la Cédula de Identificación Fiscal, aparezca como titular de aquél.

Cuando dicho titular fuese desconocido, se encontrase en ignorado paradero, manifestase de forma expresa a la Jefatura Provincial de Tráfico que es su intención abandonar el vehículo o si, transcurrido un mes desde su acreditada localización, no adoptase las medidas adecuadas para hacerse cargo del mismo, dicho organismo pondrá el hecho en conocimiento del Alcalde de la localidad o término donde aquél hubiera sido encontrado, a fin de que esta autoridad lo publique conforme previene el artículo 615 del Código civil y en la forma ordenada. Transcurrido el plazo de dos años que este precepto determina sin que el dueño del vehículo sea localizado o se presente, la adjudicación del último se hará al Estado o al Ayuntamiento respectivo, según que lo hubieran encon-

trado miembros de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil o de la Policía Urbana de Circulación.

Cuando los Agentes actúen en virtud de denuncia de particular que tome a su cargo los gastos de consignación, anuncios y depósito, la adjudicación se hará en favor del denunciante.

7.º Los gastos del transporte del vehículo o de retirada de la vía pública, así como los que origine su depósito, serán a cargo de su titular o dueño, de tal forma que no se levantará dicho depósito ni se permitirá la circulación posterior de aquél mientras no se acredite o garantice el pago de los gastos aludidos.

8.º Por la Jefatura Central de Tráfico se dictarán las instrucciones necesarias para el cumplimiento de las disposiciones que anteceden, que en ningún caso serán aplicables cuando los vehículos se hallaren implicados en hechos de tráfico sometidos a procedimiento judicial, mientras se halle éste en tramitación.

COMENTARIO

1. Esta Orden, especialmente dirigida a los agentes del tráfico, trata de la suerte de los vehículos perdidos o abandonados en las vías públicas.

Son requisitos para que una cosa que haya tenido dueño pase a ser *nullius* el *animus derelinquendi* y el abandono material por el titular del derecho. Pero en la práctica es difícil distinguir las cosas abandonadas de las perdidas, también desconectadas de su titular, pero en las que no se da el *animus derelinquendi*. Dadas las diferencias de efectos jurídicos, el Código civil establece en el artículo 615 la presunción de pérdida; aplicándose, consecuentemente, este régimen a los casos dudosos.

En este campo nos encontramos la primera irregularidad de la Orden ministerial, ya que califica de abandonados los vehículos que por los signos exteriores pueda deducirse que lo están, a pesar de ser datos externos y comunes con la pérdida. Pero esto no puede inducirnos a creer que se establece una presunción de abandono, y que aplica en los casos dudosos el grave régimen jurídico connatural a éste, pues su artículo 6.º nos conduce a la aplicación del artículo 615 del Código civil, incluso a los casos de abandono manifestado en forma expresa. Lo cual supone la ilegalidad de la Orden en este punto.

Hay que hacer notar que los vehículos abandonados no pasan a ser *ipso iure* del Estado, pues el artículo 26 de la vigente Ley del Patrimonio del Estado establece que la ocupación de las cosas muebles por el Estado se somete a la regulación del Código civil y de las leyes especiales.

2. Transcurridos los años (dos) que preceptúa el artículo 615 sin que se haya presentado el dueño, el vehículo se adjudicará al Ayuntamiento respectivo, al Estado o al particular, según la persona que lo hubiese encontrado. Pero tanto si se presenta el titular como si es adjudicado a un particular, uno u otro se habrán de hacer cargo de los.

gastos originados (artículos 6.º y 7.º de la Orden ministerial y 615 del Código civil). Ahora bien, en caso de no hacerlo, ¿cabe que el Ayuntamiento use el derecho de retención? El artículo 615 del Código civil y la Orden ministerial hablan de consignación, y bien se puede entender en este sentido, pues quien encuentra el vehículo desea cumplir una obligación legal: devolverlo a su anterior poseedor, pero no pudiendo cumplirla por desconocer a quien pertenece, la "consigna" en el Ayuntamiento. La relación de éste con el vehículo es similar a la de la Autoridad Judicial en los artículos 1.176-1.181 del Código civil. Siendo la consignación un depósito necesario y estando establecido en el artículo 1.780 para el depósito el derecho de retención, habrá que considerar que el Ayuntamiento en estos casos tiene concedido el *ius retentionis*.

3. En caso de que el vehículo estuviese hipotecado, se plantea el problema de si el adjudicatario se ha de hacer cargo de la hipoteca. Roto, por la adjudicación, el vínculo del vehículo con el propietario, pudiera pensarse que quedan también disueltos los restantes. Sin embargo, la respuesta ha de ser contraria por expresar el artículo 16 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria que ésta subsiste cualquiera que sea el poseedor. Y, asimismo, por la existencia de un Registro de hipoteca mobiliaria que asegura su publicidad.

4. Ahora bien, ¿qué sucederá con el vehículo si no ha sido reclamado por su dueño, ni pasados dos años se presenta el adjudicatario? Depende de la naturaleza jurídica que le asignemos a la adjudicación. Se puede pensar que es una ocupación por estar incluido el artículo 615 en el título dedicado a la ocupación. De esta forma la cosa perdida se convertiría en *nullius* por voluntad del legislador al transcurrir los dos años, y habría de entregarse a quien la encontró por presumirse la voluntad de apreciación sustitutiva de la de restitución a su anterior propietario. En caso de no presentarse el adjudicatario habría que considerar inexistente esa voluntad sustitutiva y, en consecuencia, pasaría a ser del primero que la ocupase; normalmente, el Ayuntamiento.

En contra está el principio *res ubicumque sint pro domino suo clamant* y el que el artículo 615 no mencione la ocupación. Parece que este artículo tiene dos finalidades: a) amparar el derecho del propietario; y b) prestar seguridad al tráfico y a la economía disponiendo que cada cosa tenga su dueño. Cumple la primera finalidad con la doble publicación y la consignación durante dos años en lugar fijo. Pero, armonizando la primera finalidad con la segunda, limita aquélla al plazo de dos años, pasado el cual juega la segunda, entregándose a quien la encontró. De esta forma la adjudicación sería un modo de adquirir la propiedad *sui generis*. Si el adjudicatario no se presenta, la cosa (aquí el vehículo) sigue clamando por su dueño, hasta que, transcurridos seis años, juegue la prescripción extintiva, se convierte en *nullius* y queda a merced del primero que la ocupe; normalmente, el Ayuntamiento.

JOSÉ M. BURGOS

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BROSETA PONT, Manuel: "La Empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil". Editorial TECNOS, Madrid, 1965, 298 páginas.

Los mercantilistas son gente tradicionalmente preocupada por aprehender la sustancia de su asignatura y por delimitar el contenido de la misma frente a otras disciplinas cercanas con las cuales parece poseer aquella su frontera. Es clásica en este sentido la polémica sobre la delimitación entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil. En la actualidad, además, el Derecho Mercantil necesita también fijar sus límites con el Derecho del Trabajo, con el Derecho de la Economía y con el Derecho Industrial. Nada tiene de extraño, por ello, que, como decía, los mercantilistas se afanen incesantemente por dotar de un claro fundamento y de una clara justificación a la disciplina que cultivan. "Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil", se titula un estudio de magistral perfección que en nuestra doctrina el profesor Garrigues llevó a cabo hace no mucho tiempo (R. D. M., 71, 1959). Monografías sobre el concepto del Derecho Mercantil han realizado también en los últimos años con valiosas aportaciones al tema los profesores Rubio y Girón Tena.

Este libro del profesor Broseta se sitúa dentro de esta línea general de preocupaciones y trata de encontrar un sentido actual (qué debe ser actualmente) al Derecho Mercantil. Nos equivocáramos sin embargo si pensáramos que estamos ante un puro trabajo de delimitación del concepto de la asignatura. Al hilo de esa ocupación central —el sentido actual del Derecho Mercantil— el autor de este libro encuentra ocasión para estudiar otros dos problemas sin duda entrelazados íntimamente con aquél, pero claramente distintos: la cuestión central de la teoría de la empresa y la cuestión de la unificación del Derecho Privado —unificación legislativa y unificación científica— con particular referencia al problema de la unificación del Derecho de Obligaciones.

El Derecho Mercantil es para el autor ante todo una categoría histórica (pág. 17). Sin embargo, entiende que sus diversas concreciones jurídicas se deben a la conjunción de una serie de factores económicos y políticos sociales al lado de otros estrictamente jurídicos. No trata por ello de preconizar la exclusiva utilización de un método histórico, sino también, mediante la utilización de un método de auténtica observación de la realidad, de establecer la esencia del Derecho Mercantil moderno. El análisis histórico de las diversas concreciones legislativas en las que se ha plasmado la constitución del Derecho Mercantil, pone de manifiesto a juicio del autor la virtualidad de tres fenómenos fundamentales:

- a) En primer lugar, la presencia de una extensión o ampliación del ámbito del Derecho Mercantil;
- b) En segundo lugar, la presencia de una constante y paralela ten-

dencia a la generalización y a una posterior y correlativa objetivación de parte de su contenido, y'

c) En tercer lugar, la presencia de una reciente tendencia a reducir el ámbito del Derecho Mercantil como consecuencia de la generalización y de la objetivación anteriormente mencionadas.

Un desarrollo minucioso de este análisis histórico lo va realizando el autor a través de los tres primeros capítulos de su libro, en los cuales estudia el nacimiento y evolución del Derecho Mercantil y su concreción legislativa y conceptual en cada una de las fases de esta evolución. La primera de estas fases, que comprende el período histórico que transcurre desde que el Derecho Mercantil surge como ordenamiento especial en la época medieval, esto es, como un ordenamiento propio de los gremios y de las corporaciones de mercaderes, que crearon, interpretaron y aplicaron su propio derecho en virtud de la jurisdicción para resolver los litigios entre comerciantes, la caracteriza calificando al Derecho Mercantil de esta época como el Derecho de los comerciantes en el ejercicio de su tráfico profesional. Consecuente con su idea de que las diversas concreciones legislativas y científicas del Derecho Mercantil obedecen a una serie de factores condicionantes de signo económico y político social, el autor estudia detenidamente como datos previos a la fijación de la idea del Derecho Mercantil en esta fase histórica, la estructura económica y política social de la misma.

La segunda etapa comienza, según el autor, cuando a finales del siglo XVIII o principios del siglo XIX surge un orden nuevo de considerable influencia en la concepción positiva y doctrinal de esta parte del Derecho privado. Hay una serie de transformaciones ideológicas, económicas y políticas que lo justifican: la Revolución francesa con sus secuelas de la desaparición de los sistemas de privilegios corporativos y la consagración del principio de libre ejercicio de las actividades económicas; la superación del intervencionismo de la época de la economía mercantilista; la revolución industrial, el maquinismo, etc. A una época histórica de estas características corresponde una concepción del Derecho Mercantil como el Derecho de los actos objetivos de comercio, que plasma sobre todo en el Código civil francés de 1807.

Una tercera fase histórica, en alguna medida distinta de la anterior, la encuentra el autor en los tiempos contemporáneos. En ella se pueden diferenciar dos grandes etapas: la primera, durante la cual el capitalismo alcanza un máximo apogeo, comprende hasta la guerra de 1914-18; la segunda, durante la cual comienzan a periclitarse los principios capitalistas, se prolonga hasta nuestros días, en que aparece un creciente intervencionismo estatal en la economía que cercena primero el principio de absoluta libertad de iniciativa y de empresa que ha caracterizado a la época anterior y que da en segundo lugar participación activa al Estado y a las entes públicos en la producción y en la distribución de bienes y de servicios. En esta época se producen dos nuevos intentos de fijación conceptual del Derecho Mercantil. El primero lo caracteriza como el Derecho que regula los actos jurídicos realizados

en masa. El segundo contempla el Derecho Mercantil como el Derecho de la Empresa.

Concluida toda esta labor de detenida revisión de antecedentes, el autor comienza el cuarto capítulo de su libro y con él su personal toma de posición (pág. 165). La tesis hoy dominante, que sitúa al Derecho Mercantil como Derecho de la Empresa, lleva al autor a hacer un agudo estudio del concepto de la empresa y de la teoría de la empresa (págs. 166 y sigs.).

No cabe duda que existe un concepto económico de la empresa. Desde un punto de vista económico, la empresa puede definirse, nos dice, como organización de capital y de trabajo destinada a la producción o mediación de bienes o de servicios para el mercado (pág. 167). Partiendo de este dato, el autor cuestiona si cabe un concepto jurídico de la empresa y si este concepto jurídico ha de ser idéntico al concepto económico antes establecido o si, por el contrario, ha de ser diverso como han sostenido recientemente algunos autores. La respuesta a los dos interrogantes es afirmativa: de la empresa puede formularse un concepto jurídico; este concepto jurídico de la empresa debe necesariamente coincidir con el concepto económico.

Ahora bien, la empresa, como fenómeno económico unitario, está sometida a normas que proceden de disciplinas o ramas distintas según cual sea la naturaleza del elemento, del interés o del sujeto regulador o la finalidad de la norma que incide sobre ella (pág. 172). Regulan aspectos o "perfiles" de la empresa el Derecho del Trabajo o el Derecho de la Economía, además del Derecho Mercantil (pág. 174). A lo cual podríamos añadir nosotros que la empresa está regulada también por el Derecho Administrativo, por el Derecho Fiscal, por el Derecho Civil (vgr., hipoteca de establecimiento mercantil) o incluso en nuestros días por el Derecho Internacional (vgr., en un gran número de aspectos por el Tratado de Roma, que estructura la C. E. E.). La consecuencia de todo ello es obvia: No todo el Derecho de la Empresa puede ser Derecho Mercantil. Por otra parte, empresas de naturaleza especial como las empresas agrícolas, empresas artesanas, etc., tampoco constituyen objeto de aquella disciplina jurídica. La conclusión es evidente: hay una imposibilidad de identificar el Derecho Mercantil con el Derecho de la Empresa.

Para obtener el fundamento y el concepto del Derecho Mercantil hay que analizar, a juicio del autor, dos datos esenciales: por un lado, el fenómeno de unificación del Derecho privado de las obligaciones; de otro lado, el contenido o ámbito de aplicación del Derecho Mercantil sobre la realidad económica actual. El autor constata, para tratar de resolver ambos problemas, en primer lugar, un constante fenómeno de generalización de ciertas instituciones mercantiles; en segundo lugar, una progresiva mercantilización de todas las clases sociales, y en tercer lugar, un poderoso robustecimiento y una mayor complejidad del ejercicio profesional de ciertas actividades económicas. Consecuencia de ello es la creciente emigración de normas e instituciones nacidas en el Derecho

Mercantil hacia los Códigos Civiles—la llamada comercialización del Derecho Civil, que señalara Riesser por primera vez en 1894—. También, una progresiva postergación de los contratos civiles por los mercantiles. Todos estos factores determinan una nueva evolución que en nuestros días en el seno del Derecho privado produce la llamada “unificación legislativa”. El autor estudia (págs. 206 y sigs.) el fenómeno de la unificación legislativa en el Derecho inglés, en el Derecho suizo y en el Derecho italiano. Analiza después aquellos sistemas, como el Derecho alemán, el francés y el español, donde la unificación no se ha producido, pero donde el problema se encuentra planteado. ¿Debe o no debe postularse la unificación legislativa?, se pregunta finalmente. A esta pregunta no puede dársele, a su juicio, una respuesta general, sino que es necesario analizar sus posibles efectos en diferentes puntos del sistema, como son, por ejemplo, el estatuto profesional del empresario, la teoría general de las obligaciones y de los contratos y los contratos en particular. Tras realizar el análisis del problema en cada uno de estos puntos, el autor llega a la conclusión de que debe proponerse una unificación parcial del Derecho privado. Señaladamente debe suprimirse el cariz dualista de la teoría general de las obligaciones y de la regulación de ciertos contratos en particular. Por virtud de la reducción de esta manera operada en el ámbito del Derecho Mercantil, la nueva materia mercantil se define, delimita y estructura en torno a tres criterios: el empresario, la empresa y la actividad mercantil. Veamos detenidamente cuál ha de ser, según esta idea, lo que el autor llama el contenido del nuevo Derecho Mercantil: 1) El estatuto jurídico del empresario (págs. 235 y sigs.). El autor estudia con este motivo con mucho detenimiento el concepto de empresario y el de empresa mercantil, a los que hace evidentes aportaciones. Examina después el problema de los pequeños empresarios, que por su volumen de operaciones no precisan que les sea aplicada una estructura jurídica especial. Estudia también el régimen de las empresas públicas (entidades estatales autónomas, empresas nacionales, servicios públicos sin personalidad jurídica), tema éste del que el autor demuestra poseer un amplio conocimiento. 2) La empresa y su significado. Vuelve el autor a analizar la caracterización general de las empresas como instituciones jurídicas y como instituciones centrales del Derecho Mercantil. Hechas estas nuevas aclaraciones, se plantea el problema de dilucidar qué aspectos o elementos de la empresa económica son relevantes para el Derecho Mercantil. No lo es el régimen del trabajo o de los servicios que integran su organización interna (organización laboral), pero sí, en cambio, el régimen jurídico de los auxiliares cualificados del empresario en cuanto que éstos prestan su colaboración a la actividad externa de la empresa. No interesan tampoco al Derecho Mercantil aquellos elementos de la empresa para cuya regulación son suficientes las disposiciones del Derecho Común (vgr. arrendamientos, propiedad de muebles o de inmuebles, etc.); pero, en cambio, constituyen contenido inalienable del Derecho Mercantil las normas de tutela jurídica de la empresa tanto como conjunto orgánico en funcionamiento cuanto como objeto de negocios jurí-

dicos. Desde el primer punto de vista debe el Derecho Mercantil ocuparse de todo lo relativo a las normas sobre concurrencia (concurrencia ilícita en sentido amplio y concurrencia desleal), así como todo lo que se refiera a los signos distintivos (nombre comercial, rótulos, marcas mercantiles, etc.). Desde el segundo punto de vista, compete al Derecho Mercantil estudiar la regulación legal y contractual de las llamadas uniones de empresas y los negocios de disposición sobre la empresa. 3) La actividad conjunta de la empresa y del empresario. Esta actividad es considerada como un modo de operar económicamente y como el conjunto de actos de diversa naturaleza que el empresario realiza para crear su propia empresa y los que ejecuta con ella para alcanzar los fines que se propone. Desde este punto de vista, el Derecho Mercantil debe enlazar la regulación de ciertos instrumentos que son necesarios para el ejercicio de esta actividad (títulos, valores, especialmente cheque, carta de porte y conocimiento de embarque; por lo que se refiere a la letra de cambio, el autor reconoce que su mercantilidad es puramente histórica). En segundo lugar, el Derecho Mercantil debe regular los contratos a través de los cuales se realiza la actividad externa de los empresarios mercantiles. Hemos dicho ya con anterioridad que el autor ha partido de la idea de que debe existir una única teoría general de las obligaciones y de que debe superarse de la dualidad en el tratamiento de ciertos contratos (vgr., compraventa, mandato, depósito, etc.). Esto le lleva a preguntarse qué contratos son los que deben formar parte del Derecho Mercantil. Interrogante al que responde entendiendo que sólo son mercantiles aquellos contratos que necesariamente presuponen la presencia de una empresa. No basta, por consiguiente, el hecho de que lo estipule con mayor o menor frecuencia un empresario, sino que ha de pertenecer a la naturaleza del tipo contractual el dato de que sólo un empresario pueda realizarlo (vgr., contrato de seguro, contrato bancario, pero también venta a plazos).

He tratado hasta aquí de realizar una síntesis apretada de este libro que me parece extraordinario, tanto por el cuadro de las preocupaciones a que responde, como por el rigor empleado en el tratamiento de los problemas. Es un libro que trata de superar viejos prejuicios y de ponerse al día. Es, finalmente, elogiabile el manejo muy medido de los datos y de la bibliografía. Si tuviera que dar mi opinión sobre el tema, para lo que confieso desde ahora mi falta de competencia, creo que coincidiría sin duda con el autor en la mayor parte de sus apreciaciones. Evidentemente el Derecho Mercantil es una categoría histórica, como lo son por lo demás todas las disciplinas jurídicas sin excepción alguna. Pero es cierto que no basta con encontrarle a una disciplina jurídica su sentido histórico, sino que es necesario conformarla de acuerdo con los condicionamientos políticos, sociales y económicos del tiempo presente. Desde un punto de vista sustancial, la unidad del ordenamiento jurídico es algo ineludible. El hecho de que las normas cristalicen en unos u otros textos no empece para nada aquella unidad sustancial. No puede por ello hablarse de la existencia de unos *principios* jurídicos diferentes. Los prin-

cipios generales del derecho, como convicciones básicas de un grupo humano respecto de la forma de su organización jurídica, forman parte de ese ordenamiento sustancialmente unitario, lo que no impide, naturalmente, que cada institución o conjunto de problemas típicos deban recibir sus soluciones normativas de acuerdo con el criterio que esté más acomodado a sus específicas finalidades. Comprender en un solo cuerpo legal, llamándole Código Civil, a todas las normas que hoy se encuentran en el Código de Comercio, me parece que es una pura cuestión formal. Como formal es traer al Código Civil las normas de la Ley Hipotecaria. La autonomía científica y didáctica de las disciplinas, aun legislativamente unificadas, es necesaria, aunque no sea por otras razones que las propias de la división del trabajo. Un buen criterio de división del trabajo es agrupar materias afines. Existe evidentemente afinidad entre todas las normas que regulan el estatuto de los empresarios mercantiles y la actividad externa que aquéllos realizan por medio de la empresa. La existencia del Derecho Mercantil y el contenido que en este libro se le da me parece, pues, indiscutible. Aplauso merece, por último, la superación de prejuicios tradicionales y el proponer la unificación de la teoría general de las obligaciones y la superación del dualismo de la regulación de ciertos contratos que en nuestros días carece por completo de sentido. El Derecho Mercantil debe continuar, a mi juicio, lo que Ascarelli denominó su función de pionero y descubrir y estudiar las nuevas formas contractuales del mundo económico moderno. Pienso, por ejemplo, en los contratos bancarios, en los contratos de cártel, en los contratos de exclusiva, en los contratos de asistencia técnica, en los contratos de publicidad, en los contratos de licencia de explotación de patentes, etc., etc. También el Derecho Mercantil tiene por delante una renovada tarea. Que el autor de este libro sea uno de los continuadores de esta renovación, ya iniciada en la escuela a que pertenece, es algo que deseamos muy fervientemente.

LUIS DÍEZ PICAZO
Catedrático de Derecho civil

DUQUE, Justino F.: "Uniones de empresas, desarrollo económico, función del jurista". Escuela de Práctica Jurídica. Problemas de Aplicación del Derecho (III). Salamanca, 1965; 52 páginas.

Esta sencilla obra, núm. III de los cuadernos que la Escuela de Práctica Jurídica de Salamanca viene dedicando a los "Problemas de Aplicación del Derecho", reproduce el texto de la lección final pronunciada el 31 de mayo de 1965 por el profesor Duque, como clausura del curso.

Es obvio que la ocasión y las personas a quienes se destinaba han determinado un peculiar desarrollo del tema, alejándolo de toda preocupación conceptualista y dotándolo de una proyección práctica, que permiten seguir su problemática en forma sencilla y con agilidad.

Quizá no sea éste el mérito menor de la obra que comentamos: no es fácil, en el estado actual de la Ciencia Jurídica, proporcionar un planteamiento simple de cuestiones en las que se debaten las más encontradas tendencias de una coyuntura económica en transformación. Por ello consideramos que esta obra del profesor Duque puede constituir un punto de partida estimable para un primer contacto con los problemas que suscitan las uniones de empresas y el derecho de la competencia, problemas que exigen al jurista la coordinación de datos legislativos a veces dispares, su conexión con los principios informadores de la constitución económica y, por ende, el dominio de materias "mal o poco conocidas" cuando no "inéditas", tal como señala el propio autor recogiendo una expresión de la E. M. de la Ley de 20 de julio de 1963.

Precisamente el enfoque de estos problemas constituye el núcleo central del trabajo al que se llega tras un breve examen de la ordenación de la vida económica, primero desde preceptos represivos y luego mediante un conjunto orgánico de normas que, basadas en unos principios constitucionales, determinan la política económica imperante durante la vigencia de un Plan. Es lógico que en tal coyuntura la clásica función del jurista de interpretar y aplicar normas preestablecidas se va enriqueciendo al ser ellos los encargados de desarrollar los principios vigentes en preceptos que no los contradigan.

En seguida se examinan los problemas concretos de las uniones de empresas en el desarrollo económico, zona medular del trabajo en la que se establecen los criterios fundamentales que el jurista moderno deberá tener presentes al abordar la materia, instrumentando una interpretación coherente del material legislativo favorecida por el profundo conocimiento de la práctica extranjera, aquí especialmente indicada, pues a ella apela expresamente la E. M. de la Ley de 20 de julio de 1963.

Arrancando de las últimas aportaciones en la materia (HELD), se justifica la imposibilidad de determinar apriorísticamente un negocio típico de concentración, indicando seguidamente los criterios que se han barajado y que deberán manejarse según lo exijan las circunstancias.

Ante el dilema que se produce entre el fomento de las uniones de empresas y el mantenimiento de la libertad de mercado se adopta un criterio de competencia eficiente que no busca tanto el garantizar la libertad a ultranza cuanto la posibilidad de un nivel competitivo eficaz por medio de unidades económicas adecuadas. A la inversa, no debe potenciarse indiscriminadamente la concentración, sino que, cuando ésta tenga una finalidad monopolística, entran en juego las normas sobre prácticas restrictivas, por lo que se ocupa del deber de inscripción y de la posible necesidad de autorización previa por el T. D. C. Con todo ello, el autor deja claramente establecido el juego recíproco de las leyes contra las prácticas restrictivas y de uniones de empresas hacia ese criterio de competencia eficiente antes señalado.

Y, tras este examen de la legislación más reciente, se nos va introduciendo en sus repercusiones en las esferas tradicionales del ordenamiento. En primer lugar, en el derecho de sociedades, ocupándose de las garantías

de los accionistas que, formando parte de una sociedad encuadrada en un proceso de concentración, no se incluyen en el grupo que dirige y pueden sufrir las consecuencias dañosas de las directrices impuestas por los sectores dominantes; de las garantías para el establecimiento de sociedad anónima de empresas en cuanto al capital, nominatividad de los títulos, cautelas en la transmisión de la cualidad de socio... Se examinan también las repercusiones en el Derecho Fiscal y Laboral, que muchas veces exigen superar los moldes de la personalidad jurídica a la hora de evitar la doble imposición, de fijar remuneraciones a los trabajadores y establecer el número de ellos que actuarán como representantes del personal.

Finalmente, tras apuntar las posibles consecuencias que las uniones de empresas acarrearán en el derecho de obligaciones, el autor analiza la influencia de la fijación de un Plan en las normas ya existentes, reiterando la necesidad de mantener unidades empresariales adecuadas para sostener una competencia ya no sólo basada en los precios, sino también en la investigación que hace posible esta competencia.

En suma: obra de iniciación en la que se nos presenta una problemática rica y compleja, esbozando los criterios necesarios para un enfrentamiento de la materia en mayor profundidad.

ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS

Profesor Ayudante de Derecho Mercantil
en la Universidad de Salamanca

ESPIN CANOVAS, Diego: "La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español". Salamanca, 1965. Publicaciones del Seminario de Derecho civil de la Universidad de Salamanca. Un volumen de 136 páginas.

La bibliografía española consagrada al Derecho civil es a la verdad escasa, al menos en los últimos tiempos. En este panorama de nuestra ciencia hemos de acoger, en principio, con alborozo toda nueva criatura impresa. Pero a esta alegría se añade, en este caso, la que toca más directamente a aquellos que han hecho de la posesión motivo de sus desvelos. Desde hoy, la nueva obra del profesor Espín se ha de unir a la del Marqués de Olivar, en el siglo pasado, y a las de De Diego Lora, Melón Infante, De los Mozos, Valdecasas... que han visto la luz en los últimos tiempos.

El trabajo que hoy presentamos se articula en tres partes, precedidas de una introducción. La primera se consagra a la adquisición de la posesión de los bienes hereditarios. La segunda a la adquisición de la posesión inmaterial en los actos inter vivos. Una tercera parte se destina a la adquisición de la posesión inmaterial de los bienes del quebrado por los Organos de la Administración de la Quiebra.

I. *Introducción* (La teoría posesoria en el C. c. español): Aquí se toma postura frente a los problemas capitales que plantea la teoría posesoria.

a) La *tenencia material* que parece exigir el art. 430 C. c. viene desvirtuada por el art. 431 que tolera el ejercicio de la posesión por persona distinta y en nombre del poseedor. Pero pensemos además que ese mero tenedor, "dada la amplia protección interdictal de nuestro Código (artículo 446) tiene también la categoría de poseedor", de donde resulta que nuestro ordenamiento jurídico admite el *desdoblamiento posesorio* entre dos poseedores en plano diverso, pero concurrente sobre la misma cosa y fuera del supuesto de la indivisión de la misma o coposesión (p. 24).

Hemos de recordar aquí, uno de los llamados trabajos de juventud del señor Vallet de Goytisolo dedicado a "La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble", que aparece hoy recogido en sus Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales (Barcelona, 1962). Allí nos dice:

"En nuestro Derecho, la posesión de una cosa puede desintegrarse en tantas posesiones distintas como relaciones quepan sobre dicha cosa" (página 17), pues la admisión entre nosotros de la posesión de los derechos "trae de la mano la posesión sobre relaciones parciales y específicas de las cosas" (p. 27) (citamos los Estudios).

b) "El *elemento intencional* en nuestro Código, afirma el profesor Espín, tiene una manifestación cualificada, la intención dominical, y sirve para diferenciar el grado superior de la posesión en concepto de dueño (y su equivalente, la posesión civil), única apta para adquirir por usucapión, frente a la posesión inferior o en concepto no dominical (y su equivalente, la posesión natural), excluida de la usucapión, pero protegida interdictalmente. Sin embargo, como se ha indicado, también este grado de posesión subordinada requiere un mínimo de intencionalidad" (p. 22).

Se ha dicho a propósito de la distinción que el C. c. establece entre posesión natural y posesión civil (art. 430), que "no valía la pena de establecer una clasificación tan diversamente interpretada para no sacar de ella ninguna consecuencia de orden práctico" (Castán, en "Derecho civil", t. II v. 1.º, p. 473, 1964). Pero el autor del trabajo llega a la identificación de posesión civil y posesión en concepto de dueño", de modo inevitable, ante la falta de efectos propios y específicos de las categorías de posesión natural y posesión civil" (p. 21). La solución parece ser la acertada.

Es igualmente oportuno advertir, como se hace, que la posesión natural requiere un mínimo de intencionalidad, en la que juzgo basta querer tener el objeto poseído.

Otro reciente sector doctrinal nos hable de posesión en *concepto de titular* del derecho que se usucape, para desentrañar el significado de la posesión en concepto de dueño (vid. Albadalejo, en: "Instituciones". Derecho de cosas, p. 114). Como titular se pueden poseer todos los derechos posibles, pero el círculo de los efectos prescriptivos se restringe previamente por el C. c. "al dominio y demás derechos reales" (artículo 1.940). Al margen del interrogante que se plantea sobre algunos de

éstos, lo cual es problema de otra índole, el C. c. nos delimita los derechos que poseídos en concepto de titular pueden ser prescritos, y con ello el ámbito de operatividad prescriptiva de la posesión en concepto de titular, ámbito que como podemos ver, no se encierra en el concepto de titular, sino en la previa delimitación normativa del círculo de derechos prescriptibles.

c) *Objeto poseído*: “Creemos preferible, nos dice Espín, interpretar la fórmula dualista del objeto poseído según la trayectoria tradicional, y por tanto ver en la posesión de la cosa, la imagen de la posesión dominical por excelencia; esto es, que el Código al hablar de la posesión de las cosas se refiere no sólo a la tenencia a título distinto al dominical, sino también y principalmente, a la tenencia en concepto de dueño.”

“Así la posesión de derechos quedaría restringida a la posesión de derechos distintos de la propiedad, susceptibles de posesión. Sería como una ampliación del posible objeto de la posesión, que principalmente se refería sólo a las cosas” (p. 27).

d) Se nos señala, por fin, un proceso de *espiritualización posesoria* manifestado, de una parte en la *conservación* de la posesión sin contacto directo con la cosa (arts. 461; 465; 40, 4.º) y aun en ciertas presunciones como la del art. 459, y de otra en la *adquisición* posesoria sin material tenencia: posesión civilísima (art. 440), tradición espiritualizada (artículos 1.462, 2; 1.463 y 1.464), adquisición posesoria por la inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 38 L. H.), investidura judicial de la posesión en los juicios universales de concurso o quiebra..

II.—*La adquisición de la posesión de los bienes hereditarios en el Derecho español*: Apoyado en los antecedentes históricos (L. 45 Toro, P. 51) interpreta el art. 440 del C. c. como una desviación del sistema romano, en materia de posesión, sistema basado en la necesidad de la aceptación para la adquisición de la herencia. Por lo demás, y esto es más importante para el tema del libro, “el art. 440 contiene una de las manifestaciones de la posesión espiritual que como excepción a la posesión corporal permite nuestro C. c.” (p. 74), pero a la cual nuestro T. S. no atribuye la adquisición del dominio por usucapión, porque según el autor, éste, requiere una posesión real, efectiva y corporal (S. 12 abril 1951).

III. *La adquisición de la posesión inmaterial en los actos inter vivos*: A. Mediante las formas espiritualizadas de tradición “se evidencia como la posesión de nuestro Derecho, si bien consta de un elemento material y otro anímico, no exige necesariamente que ese elemento material tenga siempre realidad física, pues que para el acto más grave de la teoría posesoria, la adquisición, está fácilmente sustituido por formas tan alejadas del mundo físico como la entrega de llaves o títulos, el otorgamiento de la escritura, el simple acuerdo de las partes, incluso mediante ciertos requisitos” (p. 91). Las palabras que subrayamos en este texto nos recuerdan el pensamiento de Savigny, para el cual, no hay posesión ficticia ni adquisición ficta de la posesión, reaccionando así frente a la doctrina de los actos simbólicos de adquisición posesoria. El hecho posesorio encierra en sí para él, un cierto grado de elasticidad interna y lo adqui-

rimos cuando tenemos "posibilidad física de ejercer influencia inmediata sobre la cosa y de excluir toda influencia extraña" (Savigny en: "Tratado de la posesión", p. 114, Madrid, 1845). Así logra una brillante construcción unitaria de la posesión y tradición-

B. La figura de la *posesión civilísima* desborda entre nosotros su figura clásica referida al heredero, encontrando una importante manifestación a través del Registro de la Propiedad, "por la concesión a favor del titular de derechos inscritos en el mismo, de una presunción posesoria, independiente de si el titular tiene o no la posesión efectiva y corporal de los bienes inscritos" (p. 99). Esta presunción (con naturaleza de posesión espiritualizada) se desenvuelve concediendo al titular inscrito las ventajas posesorias "mientras no se demuestre por el cauce adecuado que el Registro es inexacto y deba prevalecer otro sobre el poseedor civilísimo" (p. 102).

IV. *La adquisición de la posesión inmaterial de los bienes del quebrado por los órganos de administración de la quiebra*: La posesión civilísima, piensa el profesor Espín, viene a cumplir en este caso la función de contribuir a la lucha contra el fraude, "pues de esta forma, junto a la ocupación material de aquellos bienes que puedan ser habidos de modo inmediato, la forma espiritualizada de la posesión civilísima, permitirá llevar a efecto la necesaria garantía que implica la desposesión total del quebrado, único medio de evitar el fraude de sus acreedores si voluntariamente no quiere desposeerse de todos sus bienes" (p. 112). Llegados aquí, para terminar, pedimos al autor disculpa por lo que en estas líneas haya habido de involuntaria infidelidad a su pensamiento.

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

GARCIA CANTERO, Gabriel: "El concubinato en el Derecho civil francés". Con un prólogo de Ignacio Serrano (Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valladolid). Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, 1965 (Cuadernos del Instituto Jurídico Español); 212 páginas.

El doctor García Cantero pretende exponer en este trabajo la situación jurídica del concubinato en el Derecho francés, "entendiendo por concubinato todo supuesto de mantenimiento reiterado de relaciones sexuales fuera del matrimonio entre personas de distinto sexo y con carácter voluntario".

En la Introducción, después de hacer referencia a una serie de problemas previos—terminología, el concubinato ante la moral católica, ante el Derecho canónico—, presenta un cuadro de la legislación comparada, del que se deduce, como rasgo general, la falta de reconocimiento legal del concubinato (con excepción de algunos países americanos), junto con la producción de determinados efectos jurídicos.

A continuación atiende a los aspectos ideológicos y sociológicos del

concubinato (cap. 1.º) y a las diversas fluctuaciones de la doctrina jurídica francesa. Esta ha abandonado las posturas extremistas de principio de siglo y adopta actitudes más prudentes: se constata la existencia social del fenómeno, se acepta que ello da lugar a problemas jurídicos, pero nadie acepta una construcción jurídica del concubinato análoga a la del matrimonio (cap. 2.º).

Previamente son citados y comentados aquellos textos legales que tienen en cuenta la existencia del concubinato.

Después (cap. 3.º), el doctor García Cantero se introduce directamente en el concepto de concubinato en el Derecho francés: "basta la existencia de relaciones sexuales con carácter habitual entre un hombre y una mujer no unidos en matrimonio"; rechazando así el requisito de la comunidad de vida, de habitación y de techo (mantenido por la doctrina) y el de la estabilidad (mantenido por la jurisprudencia).

Al estudiar los diversos ensayos de fundamentación jurídica del concubinato señala previamente cómo, de acuerdo con la configuración de la familia en el Derecho francés, no es posible reconocer al concubinato un carácter de unión no solemne paralela a la del matrimonio. Pero, por otra parte, la doctrina de la absoluta ilicitud del concubinato tampoco acierta a explicar las consecuencias jurídicas que se le han ido reconociendo (cap. 3.º).

Como principio general, es cierta la ineficacia del concubinato entre las partes, tanto en sus relaciones personales como en las patrimoniales. Sin embargo, este principio debe someterse a correcciones oportunas en el orden patrimonial, so pena de provocar situaciones de injusticia (capítulo 4.º). En efecto, la vida en común da lugar normalmente a la existencia de una comunidad de intereses entre los concubinos. Doctrina y jurisprudencia recurren con frecuencia al contrato de sociedad para solventar estos problemas. La jurisprudencia reconoce que los concubinos tienen capacidad para celebrar entre sí el contrato de sociedad, aunque éste puede anularse si tiene su causa en las relaciones ilícitas. Aunque la sociedad no se presume por el mero hecho de vivir en concubinato, se puede aplicar la doctrina de la sociedad de hecho; finalmente, la existencia de dicho contrato no está ligada a la del mismo concubinato (cap. 5.º).

Los actos de liberalidad son frecuentes entre los concubinos. Estos actos se ven amenazados de impugnación también con frecuencia. Frente al Antiguo Régimen, el Código de Napoleón no incapacita a los concubinos para disponer o recibir liberalidades entre sí. Sin embargo, las nuevas concepciones de la causa han permitido a la jurisprudencia la anulación de tales actos de liberalidad cuando aparecen determinados por un motivo inmoral o ilícito (cap. 6.º).

En cuanto a los hijos nacidos de una relación concubinaria pueden hallarse en diversas situaciones: reconocidos voluntariamente, adoptados, reconocidos forzosamente, adulterinos, incestuosos, estado de filiación natural de hecho, legitimados por subsiguiente matrimonio. El autor no se propone examinar todas estas situaciones y se limita a señalar la im-

portancia de la modificación introducida en el artículo 340 del Código civil por la Ley de 16 de noviembre de 1912, al permitir que el concubinato no-torio pueda dar lugar a una declaración de paternidad natural (cap. 7.º).

En todo caso, los terceros podrán desconocer normalmente el concubinato, como mero hecho que no les afecta. Hay que distinguir una clase privilegiada de terceros (herederos legales de cada concubino) junto a los comunes. La situación de los terceros tiene una doble vertiente frente a los concubinos, según que sean estos o aquellos los que desean invocar la situación de concubinato para respaldar sus pretensiones (cap. 8.º).

Finalmente, el doctor García Cantero aborda la cesación del concubinato. Evidentemente, nada se opone al mutuo acuerdo de los concubinos para tal fin. La ruptura unilateral plantea dos problemas: la posible existencia de una obligación natural por parte del que la realiza y la posibilidad de calificar este hecho como delito de abandono de familia. En caso de muerte de uno de los concubinos, aunque los concubinos carecen del derecho a sucederse "ab intestato", las disposiciones testamentarias en favor del supérstite pueden chocar con los intereses de la familia legítima.

RODRIGO BERCOVITZ R.-CANO

HEREDERO, José Luis: "La responsabilidad sin culpa (Responsabilidad objetiva)". Ediciones Nauta. Barcelona, 1964; 187 páginas.

La actualidad de la presente monografía viene dada por la reciente entrada en vigor de la Ley de uso y circulación de vehículos de motor, la cual, no obstante haber sido promulgada a fines de 1962, ha conocido una prolongada "vacatio". Pero la obra no es un comentario exegético de la misma, sino que apunta a un objetivo más ambicioso. Se trata de un breve pero bien construido alegato encaminado a lograr la admisibilidad en nuestro Derecho de la "responsabilité sans faute".

Parte el autor de que el principio de responsabilidad basado en la culpa se construía sobre una doble relación de causalidad, externa e interna. Pero hoy día ambas causalidades aparecen en una situación de crisis. Con citas de Heisenberg demuestra que la ley física de causalidad es ya de mera probabilidad, mientras que la fenomenología husserliana ha replanteado el problema de la conciencia y, por tanto, el de la culpabilidad. El principio de responsabilidad objetiva lo fundamenta el autor en un principio de diligencia absoluta, cuya evolución va siguiendo en el Derecho inglés, norteamericano, soviético, francés e italiano. A juicio de Heredero, la postura ecléctica de nuestra jurisprudencia en materia de responsabilidad objetiva está influida por la doctrina alemana de responsabilidad por daños; a partir de la sentencia de 31 de octubre de 1931 se va mostrando la lenta evolución del Tribunal Supremo, analizándose una docena de sentencias características. Luego se someten a crítica las aisladas manifestaciones de responsabilidad sin culpa contenidas en la Ley de Navegación Aérea, en diversas leyes administrativas y en la

citada del Automóvil. Postula, en conclusión, un doble procedimiento de integración jurisprudencial y de delimitación legislativa a fin de lograr la admisión de la responsabilidad objetiva "como cauce abierto a la humanización del derecho".

El carácter de ensayo explica sus abundantes lagunas bibliográficas. Pero se trata de una obra que obliga a la reflexión, siendo notables sus análisis de jurisprudencia española. Sin arrumbar el principio de la culpa, los daños nucleares ¿no piden paso a una nueva responsabilidad? El autor merece nuestra felicitación.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

LUCARELLI, Francesco: "Lesione d'interesse e annullamento del contratto". Ed. Giuffré. Milano, 1964 (rústica, XII + 310 págs.).

Figura, ante todo, un preámbulo de mediana extensión, en que el autor justifica la necesidad de volver sobre el tratamiento de la anulabilidad, dada su configuración en el nuevo Código civil italiano, que ofrece interesantes y notables diferencias respecto al antiguo. Queda todavía una importante labor por hacer.

La obra, propiamente dicha, comprende cinco grandes partes o capítulos. El primero se dedica a tratar de los conceptos de "Anulación" y "Lesión" ("Anullamento", "lesione"). Insiste en el planteamiento ya esbozado en el preámbulo, aproximando la figura de la anulabilidad (sobre lo cual insistirá repetidamente) a la rescisión y resolución, buscando en lo posible la máxima conservación del vínculo contractual. Examina los caracteres por los que difiere el actual Código del derogado, para muchos inadvertidos, poniendo sobre todo el acento en la última parte del artículo 1.427 ("Il contraente... può chiedere l'annullamento del contratto, secondo le disposizione seguenti"). Con ello, pues, no se aprecia tan sólo la presencia de un vicio del consentimiento, sino sobre todo el que haya producido una alteración sustancial de la relación entre las partes.

Se busca aquí una consagración de la teoría jurídica que persigue la protección de los intereses de las partes. Estos deben ser debidamente tutelados. Así se justifica el fenómeno de la anulación. Suscribe el autor íntegramente el parecer de Scognamiglio, de dar en estos casos importancia más que a un vicio del consentimiento a las causas que hayan podido determinarlo y que merezcan una adecuada reacción, dados los criterios de valoración de los intereses. Se da cuenta el autor de las objeciones que, so pretexto de subjetivismo, se han hecho desde Ihering a la jurisprudencia de intereses, identificando sus criterios con los meros fines individuales. Pero si bien no pueden ignorarse en las partes las representaciones subjetivas que les impulsan a contratar, son por completo independientes de una apreciación normativa de la cuestión. La contemplación del interés puede hacerse sin mengua de criterios objetivos.

Cuestión primordial a tener presente en el problema de la anulación es la siguiente: que la autonomía contractual de las partes aparece tute-

lada en cuanto instrumento de realización de intereses protegibles. Distingue luego el autor entre “representación subjetiva” y “común intención de las partes”: ésta es la expresión final de la actividad que aquéllas han desarrollado. También analiza los términos “fin” e “interés”, “intención” y “acción”. Se ha de tender a una valoración objetiva de los reales intereses de los contratantes, por medio del significado objetivo de su comportamiento.

Tras un examen del 1.428 y siguientes del Código italiano, para ver si con ello se confirma su esquema previo (esto es, que la alteración sufrida por el intercambio de voluntades, constitutiva de la sustancia contractual, haya determinado una alteración de los intereses en juego), pasa Lucarelli a una afirmación fundamental: la tutela de los intereses de las partes constituye el nexo entre anulabilidad, rescisión y resolución.

Estudia luego el caso de la incapacidad natural: es el perjuicio sufrido la condición para la relevancia contractual del vicio de voluntad; se sanciona el daño experimentado como antítesis del interés, ya en actos unilaterales o en contratos, en los que es índice revelador de un daño la existencia de mala fe.

Pasa luego a considerar el error, según el 1.431, y su manifestación bilateral. Para que sea esencial, debe haber comprometido la existencia misma de la relación contractual. Señala cómo en su regulación se ha atendido al daño experimentado, siendo, por otra parte, posible su rectificación, sanándose así la relación contractual.

En cuanto al tratamiento de la violencia moral, se pone el acento en el hecho de que el mal experimentado sea injusto (art. 1.437). Lo injusto no es tanto el hecho ilícito en sí, sino la alteración de la relación contractual y de los intereses en ella manifestados; no es el mero vicio de voluntad, sino el supuesto dañoso de producirse un beneficio injustamente aprovechado.

Trata luego de la intimidación: la eficacia causal que la misma puede producir en la regulación de intereses. (“La violencia—utilizando palabras de Lucarelli—no es en sí relevante en cuanto ilegítima presión de la voluntad, sino en cuanto se concreta en un evento injustamente perjudicial que altera la funcionalidad entre las partes del nexo causal”.)

En cuanto al dolo, la distinción entre dolo determinante e incidental, no proviene de una distinta naturaleza del engaño, según se dice, sino sólo de un diferente grado de concentración lesiva sobre la regulación de intereses.

Se habla luego de la tutela y de la figura de la representación. En cuanto a ésta, los conflictos de intereses entre representante y representado exigen el establecimiento de una concreta causalidad lesiva en cada situación. Y acerca del contrato consigo mismo del representante, sólo puede dar lugar a la anulación del contrato en cuanto que, alterada la relación contractual, se haya producido una lesión en los intereses del representado.

De igual modo en cuanto a la tutela, donde se estudia el mecanismo de la “autorización preventiva” del juez tutelar, buscándose un control.

de la utilidad del contrato en cuestión, contemplándose los respectivos intereses de las partes, tutor y emancipado. La falta de autorización en el tutor y la anulación que de ella se sigue busca también proteger los intereses de ambas. También se recoge y estudia la figura de la autorización subsecuente.

Se llega con ello a las conclusiones de esta primera parte del estudio: es preciso buscar la relevancia social que puedan tener los fenómenos antes apuntados. La lesión de intereses protegibles, dice el autor, es un motivo serio y socialmente relevante para justificar la eliminación de posiciones jurídicas consolidadas, para justificar el mecanismo de la anulación. Bajo este ángulo puede contemplarse este instituto, en estrecho contacto con la rescisión y la resolución: se trata de tres situaciones de reacción del ordenamiento jurídico, siempre tras una debida comprobación de haberse producido un evento lesivo.

El segundo apartado de la obra lleva por título "Lesione degli interessi e incidentalità", ocupándose de la "intensidad" de la lesión de intereses. En cuanto al dolo, opina que la doctrina contemplada de la incidentalidad tiene un campo muy limitado. Mucha más extensión dedica al error, en sus diversas modalidades; como es lógico, con mucho detenimiento en cuanto al error incidental (distinción con el error en los motivos, responsabilidad de la contraparte, etc., etc.). Su conclusión es rotunda: su presencia conduce claramente a la anulación.

También extrae interesantes consecuencias respecto a la violencia moral incidental.

Sigue luego un fino análisis sobre el derecho de una parte a la anulación de un contrato; ésta no siempre corresponderá a toda clase de situaciones jurídicamente relevantes. El autor concibe la anulación como "ratio extrema", de aplicación limitada a situaciones en que la lesión de intereses quede sin sanción o resulte de por sí insanable. Lo mismo cabe decir "mutatis mutandis" de la rescisión e incluso de la resolución; la eliminación del contrato debe ser el último remedio.

El siguiente fascículo, muy interesante, se dedica a lesiones de intereses incluso no patrimoniales, pues ello lo encuentra Lucarelli perfectamente posible: una verdadera apreciación de los intereses no debe agotarse con la superficialidad del carácter patrimonial de las prestaciones; constituye un interés para las partes el valor de todo tipo con que se rodea a una cierta prestación. Con ocasión de este problema, contempla algunos aspectos del contrato a favor de tercero, de las prohibiciones de enajenar y de la cláusula penal, reducida por excesiva onerosidad. Hay que tratar de conseguir una objetividad completa en la apreciación de estos intereses no patrimoniales, los cuales—insistiendo en la temática primordial de la obra—también pueden ser considerados en la rescisión y resolución.

El cuarto capítulo se titula "Tutela degli interessi e responsabilità dei contraenti". Comienza el autor afirmando que en toda esta cuestión a tratar suele aparecer como primordial la seguridad jurídica del otro contratante, y que ello justifica el criterio restrictivo del ordenamiento.

para con las situaciones de anulabilidad. Se ocupa de todas las repercusiones a que puede llevar este planteamiento. Con relación a ello, se traen algunas cuestiones a colación: "ajenidad" de los terceros en general al ámbito convencional, posición de aquellos terceros indirectamente interesados en el contrato, deber de recíproca solidaridad de las partes en la formación de la regulación de los intereses. Así, queda abierta una doble perspectiva: la auto-responsabilidad de la parte y la responsabilidad del otro contratante como términos de un principio unitario, configurándose de este modo una especial seguridad para las relaciones y contactos de ambas con los terceros.

Hace luego alguna referencia a tres conceptos jurídicos, cuyo alcance práctico es evidente: negligencia, mala fe, ilicitud de comportamiento; siguiendo un examen del 1.362 del ordenamiento italiano, bajo el aspecto de la tutela de la común intención de las partes, valorada a través del comportamiento de las mismas; relaciones entre solidaridad de intereses y responsabilidad; valor de las recíprocas responsabilidades de las partes, etcétera.

Acerca del 1.431 y del problema de la reconocibilidad del error, aparece formulado el siguiente principio: la parte que se halla en error es responsable por propia negligencia, hasta que, por el examen de la común intención de las partes, aparezca la negligencia de la contraparte, que debía conocer el significado objetivo del acuerdo.

La disciplina del 1.431 se debe reconducir sistemáticamente al 1.337 y 1.338: conocimiento y deber de conocimiento; este último criterio constituye la "ratio" del deber de diligencia de la parte.

Tras algunas alusiones a la culpa "in contrahendo", al tratamiento del resarcimiento del daño y a la relevancia del error reconocido, se pasa al estudio de la mala fe: su tratamiento en casos de incapacidad natural o de dolo de tercero. El alcance del recíproco deber de buena fe entre las partes; el distinto alcance de la mala fe entre las partes o con respecto a terceros; a éstos corresponde un deber de abstención; a aquéllas, un deber de intervención responsable.

La mala fe se manifiesta por medio de un esquema conceptual distinto al de la violencia o el dolo: en éstos se produce una coincidencia causal entre el evento deseado y el ocasionado; en aquélla, el comportamiento del sujeto se sitúa entre ambos términos.

Poco después de desarrollarse estas ideas, termina el fragmento.

Y pasamos al quinto y último: "Tutela de intereses e ineficacia del contrato". Se estudia el artículo 1.322, en relación con la causa y el interés tutelado, con la consideración separada de intereses sociales e intereses privados, y con distinción entre contratos típicos y atípicos. Se preocupa luego el autor de la distinción entre validez y eficacia, bajo dos planos: relevancia "erga omnes" de la relación contractual; eficacia "inter partes" de la misma.

Una cuestión importante se ofrece a continuación: el señalamiento de los límites y funciones de la autonomía privada, en relación con la naturaleza imperativa de las normas que regulan la perfección de los tipos

contractuales, y en relación a la naturaleza dispositiva de las normas reguladoras de la formación de los intereses.

Las cuestiones de la validez y eficacia son estudiadas luego en torno a dos figuras: conversión y simulación relativa.

Tras ello, se dice luego que la anulación se presenta normalmente como fenómeno que mira sólo a los contratantes; se estudia esta cuestión y la de la oponibilidad de los terceros.

La parte última se destina a enfocar dos cuestiones de inagotables repercusiones en la teoría y en la práctica: la nulidad y la anulabilidad. La nulidad, según nuestro autor, se diferencia, por una parte, por la legitimación para llevarla a efecto, dirigiéndose directamente a invalidar el contrato como tal; en la anulabilidad sólo se trata de eliminar efectos "inter partes". Por otro lado, por la diversidad del objeto tutelado, que es en la nulidad un derecho subjetivo, y en la segunda un interés contractual. Tras ello, se estudian la conversión del contrato nulo y la convalidación del anulable; no se encuentran en la convalidación, expresa o tácita, aquellos requisitos formales que se precisan para la conversión; supone la convalidación la atribución por el ordenamiento a las partes de un poder de configurar sus propios intereses en el campo contractual, derogándose la presunción de lesión, objetivamente considerada. No sucede lo mismo con la rescisión, dada la gravedad de los intereses lesionados, no susceptibles de sanción; así lo demuestran los graves criterios incluidos en el 1.447 y siguientes. Con esto termina la exposición.

La obra, documentadísima, ofrece un enorme caudal de sugerencias de todo tipo. Pero ello, que dificulta en mucho su sintetización, quizá haga que la exposición no sea del todo rectilínea.

PEDRO A. FERRER SANCHÍS

Ayudante de Cátedra de la Facultad
de Derecho de Valencia

PELOSI, Angelo Carlo: "La patria potestà". Università degli Studi di Milano. Facoltà di Giurisprudenza. Dottore A. Giuffré, Editore. Milano, 1965; 398 páginas.

La presente monografía, elaborada con arreglo a rigurosos cánones dogmáticos, constituye probablemente el estudio más completo de la institución bajo el nuevo Código. La crítica italiana ha subrayado—en mi opinión, acertadamente— los caracteres de originalidad y exhaustividad que concurren en ella (1).

La obra se inicia con un capítulo dedicado a los principios constitucionales; luego trata del contenido, estructura jurídica, aspectos interno y externo, titularidad dentro de la familia legítima, la disciplina del aspecto interno y del aspecto externo, el usufructo legal como función

(1) Cfr. la recensión de MALBERTI en la *Riv. dir. Dir. Matrimoniale e dello stato della persona*, 7 (1965), 508 ss.

familiar de goce, vicisitudes de la patria potestad y los supuestos de atribución al padre natural, al adoptante y al afiliante.

Fundamentalmente dedicada al derecho positivo italiano, el autor maneja la doctrina alemana y francesa reciente, sin que falte alguna cita de doctrina española.

Cabe señalar la preocupación de Pelosi por los aspectos constitucionales de la patria potestad, por lo demás hoy casi general en cuantos se dedican al Derecho de Familia. Se pregunta así por el alcance del artículo 29, párrafo segundo de la Constitución, que declara que el matrimonio se ordena sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar, y por sus relaciones con el principio más general contenido en el artículo 3.º, párrafo segundo de la misma, relativo a la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, prohibiendo toda discriminación por razón de sexo, etc.. El autor llega a la conclusión de que el artículo 29 supone una limitación o restricción del artículo 3.º por razones de la unidad familiar. La unidad tutelada, concluye, es la unidad formal que resulta, más que de la concordia de ambos, de la prevalencia de uno de ellos en caso de conflicto, el cual tiene que ser el marido, ya que "no se puede ciertamente pensar que la Constitución haya querido instituir el matriarcado" (p. 14).. En particular, rechaza expresamente el recurso al Juez en tal hipótesis..

Probablemente la aportación más original de Pelosi estriba en la distinción entre los aspectos interno y externo de la patria potestad. Según la doctrina corriente (2), se expone el contenido personal y patrimonial de la misma, incluyéndose en aquél los deberes de educación, alimentación, custodia y corrección, mientras que forman parte del segundo la representación, administración y usufructo legal. El autor rechaza esta sistemática y propone en su lugar la distinción entre el aspecto interno y el aspecto externo de la patria potestad; califica de aspecto interno la función educativa con los poderes a ella unidos, ya que la misma tiene por objeto el hijo y por fin la formación de su personalidad, desarrollándose fundamentalmente entre padre e hijo sin apenas relevancia para los terceros; denomina aspecto externo la función sustitutiva con sus poderes anexos, llamada así porque es la que el hijo no puede realizar en su propio interés por causa de su falta de madurez. Ambos aspectos son autónomos entre sí, están sometidos a vicisitudes diferentes e incluso pueden corresponder a distintas personas. Con base en ellos, expone Pelosi la materia.

Otros puntos interesantes son la concepción de la patria potestad como oficio de derecho privado y el sacar de ella el usufructo legal.

La prevalencia de lo dogmático acaso haya supuesto menor atención a lo histórico y sociológico, pero el interés de la obra es grande.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

(2) Cfr. en nuestra doctrina últimamente Espín, *Manual del Derecho Civil Español*, IV (Madrid, 1963), p. 360 ss.

REVISTAS

A cargo de BERCOWITZ, Rodrigo; JIMENEZ NICOLAS, Justo; MORALES MORENO, Antonio Manuel.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

BRACINHA DE LIMA MACHADO, Ana Maria: *Vicente Hispano*, BFDC, núm. 141, diciembre 1964, págs. 7 a 115.

Su perfil biográfico y su obra.

BRIZZI, Giovanni: *Recenti applicazioni della teoria dei poteri*, DG, año 78, núm. 2, marzo-abril 1963, págs. 97 a 111.

Se toca el tema de los poderes de disposición. Precedida de otras teorías, se estudia especialmente la de Salvatore Romano, y se critica. Salvatore Romano aplica en diferentes hipótesis, que se mencionan, la teoría de disociación entre poder y derecho. Así, en la construcción del poder y el mandato, oponibilidad a la venta del término extintivo, contrato estimatorio.

FERRER CORREIA, A. y BAPTISTA MACHADO: *Aplicação das leis no espaço direitos dos estrangeiros e conflitos de leis*, BFDC, núm. 136, mayo 1964, páginas 17 a 73.

Se comenta el proyecto articulado regulador de la materia.

GUARINO, Antonio: *Il metodo della giurisprudenza*, DG, año 78, núm. 4, julio-agosto 1963, págs. 297 a 312.

El Derecho romano es parte vital de la cultura jurídica moderna. Pero su estudio no ofrece importancia sólo por este elemento de consideración. El método propio de los juristas romanos supone una meta que alcanzar, un modelo que imitar. El Derecho concebido como *ars boni et aequi*, debería expresarse aun en el mismo sistema de enseñanza universitaria, traspasando, y superando la mera información jurídica, para introducir con tino al neófito en un mundo de casos, que vayan imprimiendo en él ese arte de resolverlos que se trata de lograr.

HECK, Philip: *El negocio jurídico real abstracto*, RCDI, año XLI, núms. 450-451, noviembre-diciembre, 1965, págs. 1443 a 1509.

Se vierte al castellano el trabajo de Heck, titulado: "Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft" (Tubinga, 1937). El autor establece las siguientes conclu-

siones. La vigencia actual de la concepción abstracta procede históricamente de ideas jurídico-conceptuales y no puede resistir a la crítica jurisprudencial basada en el examen de los intereses. En todo caso, debemos admitir, agrega, que la concepción abstracta facilita un cuadro más simple que la concepción causal para la sistemática, y tal vez para las relaciones jurídicas. Pero esta ventaja de la mayor claridad, que debe existir a ser posible, ha de retroceder ante los ideales más elevados, y ya existentes, de la adecuación de las normas a la realidad vital.

KAUFMANN, E.: *Dogmatische und rechtspolitische Grundlagen des § 253 BGB*, ACP, octubre 1963, T. 162, V. 5/6, págs. 421-440.

La abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán sobre los daños causados por lesión de los derechos de la personalidad ha provocado muchas discusiones. El artículo 253 del BGB prohíbe exigir una indemnización en dinero cuando el daño sufrido no sea patrimonial, salvo en los casos especificados en la Ley. El autor estudia la base de tal precepto en relación con las violaciones de los derechos generales de la personalidad, amparados por el artículo 823 del BGB.

LANDOLFI, Silvestro: *Considerazioni sulla rilevanza civile dei controlli canonici*, DG, año 78, núm. 6, noviembre-diciembre 1963, págs. 489 a 507.

Reciente jurisprudencia italiana, ha resucitado la cuestión relativa a la validez de un negocio creado por un ente eclesiástico, sin que éste haya pedido ni obtenido licencia, que le fuera necesaria, de la autoridad eclesiástica superior.

STOLL, Hans: *Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte*, ACP, marzo 1963, T. 162, V. 3, págs. 203-207.

Su determinación se realiza en función del ámbito de protección con que cuentan los derechos absolutos. Así ocurre con las acciones que lesionan directamente un derecho absoluto. En cuanto a aquellas que producen una violación indirectamente, sólo serán ilícitas cuando contravengan, al mismo tiempo, un deber objetivo del tráfico. El autor relaciona estrechamente la fijación de estos tipos de infracción con la teoría de los actos. Por ello, termina fijando una serie de principios para la elaboración de una teoría de los actos a tales efectos.

2. Derecho de la persona

ACHTERBERGER, Norbert: *Die Rechtsgrund der Haftungsbeschränkung und der Ersatzansprüche des Arbeitnehmers bei schadengeneigter Arbeit*, ACP, agosto 1964, T. 164, V. 1, págs. 14-19.

La responsabilidad existente en los trabajos peligrosos no ha sido aún claramente delimitada. A partir de la sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 25-IX-1957, se generalizó la opinión de que, en tales casos, el trabajador tiene

una responsabilidad limitada, tanto frente al empresario como frente a sus compañeros de trabajo; asimismo, se le reconoce la posibilidad de exigir una indemnización al empresario por los daños sufridos. Aunque no han faltado soluciones para fundamentar esta postura, no se ha llegado a una situación estable. El autor se propone precisar tales cuestiones.

Achterberger considera que la limitación de la responsabilidad del trabajador frente al empresario, así como la posibilidad de exigirle una indemnización, no son sino una manifestación del deber de asistencia que recae sobre el empresario. Se trata, pues, de una consecuencia de la relación laboral que no se dará en el caso de una relación contractual de servicio.

Frente al compañero de trabajo y frente al tercero, el trabajador responde ilimitadamente (fuera de algunos casos determinados), aunque puede exigir del empresario una exoneración.

AMATUCCI, Alberto: *Osservazioni sul mandato de eseguirsi dopo la morte del mandante*, RDC, año 62, núm. 7-8, julio-agosto 1964, págs. 290 a 313.

Se suele distinguir entre el mandato *inter vivos* que deba prolongar sus efectos después de la muerte del mandante, y el *mortis causa* conferido por forma testamentaria. El autor distingue por los caracteres y efectos del instituto, un mandato *post mortem*, conferido en vida del mandante, pero cuya ejecución se ha de realizar después de su muerte. El mandato *mortis causa* se reserva para aquel que tiene por objeto una atribución por causa de muerte, no guardando ningún término para el llamado mandato testamentario, ya que considera que no es mandato ni en sentido propio ni en sentido atécnico.

ESCRIVÁ DE ROMANÍ, Francisco: *El reconocimiento abstracto de deuda y la sentencia de 8 de marzo de 1956*.

El autor se propone averiguar si tiene relevancia jurídica un reconocimiento de deuda sin alusión a su causa, de tal forma que ésta sea irrelevante a efectos del pago de la deuda, tanto si el deudor no puede probar su inexistencia o ilicitud, como si puede hacerlo (aún cuando pueda ejercer después una acción de enriquecimiento injusto). Para ello, parte de un estudio histórico de la contratación abstracta en general, para desembocar en la mencionada sentencia.

RUI DE ALARCAO: *Breve motivacao de anteprojecto sobre o negocio juridico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representacção, condicção e objeto negocial*, BFDC, núm. 138, junio 1964, págs. 71 a 122.

Reproduce parte del anteproyecto sobre el negocio jurídico unido a una motivación.

SIEBENHAAR, Hermann: *Vertreter des Vertreters?* ACP, mayo 1963, T. 162, V. 4, páginas 354 a 384.

En una sentencia de 5-V-1960, el Tribunal Supremo alemán atiende a las dos formas en que un representante puede ceder a un tercero su poder: constituyéndole en representante suyo (representante del representante) o en representante directo del poderdante. Refiriéndose a la primera forma, el Tribunal Supremo añadía que era imaginable en estricta lógica. El autor considera que este problema permite estudiar los puntos más importantes de la teoría de la representación. Sostiene que la figura del representante de representante es incompatible con la "lex-trium terminorum" y con los conceptos de consecuencia jurídica y de declaración de voluntad.

3. Derecho de las cosas

FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, Mariano: *La asistencia y la intervención en la Junta de Propietarios.* (Examen del artículo 14 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960), RDP, enero 1966, págs. 18 a 37.

El régimen jurídico de las casas por pisos sucintamente regulado por el artículo 396 del C. c. y abandonado en sus detalles a la práctica, está ahora sistemáticamente expuesto en la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, atendiendo no poco, según la propia Exposición de Motivos, las sugerencias y experiencias que esa misma práctica había ido decantando.

De los muchos puntos de interés que se ofrecen al intérprete, tiene particular importancia lo referente a la asistencia e intervención en las Juntas, en vista de las esquemáticas disposiciones del artículo acerca de estas materias, que obligan a resolver no pocas dudas de interpretación.

Cuanto a la asistencia, es preciso distinguir según sea personal (por el propio titular dominical del piso) o por medio de representantes. Ya se trate de supuestos de representación legal o de representación voluntaria, planteándose cuestiones acerca de la forma de acreditar esta representación y acerca del alcance que concede para tomar parte en las decisiones de la Junta. Otros supuestos legales de asistencia no personal a la Junta son los originados por situaciones de condominio del piso o de propiedad dividida en nuda-propiedad y disfrute, en los que las previsiones legales no agotan los supuestos de conflicto, encontrándonos una vez más ante la conocida ponderación de intereses en juego.

El examen de la intervención y del voto completa la exposición.

LATOUR BROTONS, Juan: *La construcción extralimitada,* RDP, marzo 1966, páginas 261 a 265.

Se entiende por construcción extralimitada aquella edificación que se asienta sobre terreno propio del edificante y en parte ajeno. La envergadura e importancia social y económica de las modernas construcciones dan a los problemas de titularidad dominical y responsabilidades dimanantes en esta materia una es-

pecial virulencia que desborda por completo las escasas previsiones del Código civil, enmarcadas en la doctrina de la accesión, toda vez que nuestro cuerpo legal no contempla el supuesto genuino de la extralimitación arriba enunciado, sino exclusivamente los casos de construcciones totalmente realizadas en suelo ajeno.

Ello ha obligado a nuestro Tribunal Supremo a elaborar una doctrina atendiendo a los "principios generales del Derecho", que pueden sintetizarse así en esta materia: a) en lo tocante a construcción extralimitada debe reputarse como principal lo edificado y como accesorio la porción de terreno invadida; b) debe respetarse la indivisibilidad de la construcción; c) al dueño del suelo invadido asiste un derecho a la compensación económica, justa por la intromisión.

Estos criterios son aplicados por T. S. conjugándolos con los tradicionales de buena o mala fe (del constructor, del propietario del terreno o de ambos), característicos de la regulación de supuestos semejantes de accesión. El caso más virulento lo constituye, sin duda, el de la construcción extralimitada verificada de mala fe cuando el dueño del terreno invadido ha obrado de buena fe. Puede resolverse con criterios extraídos de la normativa de la culpa.

4. Obligaciones y contratos

BASSANELLI, Enrico: *La venta con reserva de dominio de tierras pertenecientes a los entes de colonización en Italia*, RCDI, año XLI, núm. 459, 451, noviembre-diciembre 1965, págs. 1433 a 1442.

La utilización del contrato de compraventa con reserva de dominio para fines distintos de los perseguidos por el mencionado contrato está muy extendida en Italia en la venta de tierras por los entes públicos. Estos, venden sectores de tierra, de que se adueñaron con fines colonizadores, con pago del precio repartido en plazos durante treinta años, y satisfecho con los productos de la finca. Pero junto a esto se impone al adquirente la obligación de cultivar la finca, habitar en la misma, dirigir la explotación, según las directrices del ente colonizador, y hacer las obras señaladas en el plano elaborado por el mismo. El interés del ente vendedor en el cumplimiento de estas obligaciones, como base de una política agraria, se manifiesta en que el comprador no podrá pagar el precio antes de los treinta años fijados. Así, durante estos años de vida del contrato, se garantiza el cumplimiento de estas obligaciones aludidas, que dan un matiz "sui generis" a este tipo de ventas con reserva de dominio del Derecho italiano.

BLOMEYER, Arwed: *Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers*, ACP, marzo 1963, T. 162, V. 3, págs. 193-203.

La doctrina actual pretende descubrir unas reglas generales sobre los conceptos de condición y de plazo, aplicables a toda clase de negocios jurídicos condicionados o sometidos a término. Blomeyer considera que esta tendencia constituye un error, ya que corta la posibilidad de construcciones válidas para relaciones concretas. Esto es posible, por ejemplo, en los casos de aseguramiento

de una pretensión de dinero mediante un derecho de prenda o una reserva de dominio, como se deduce de su estudio conjunto.

BRANDNER, H. E.: *Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, ACP, marzo 1953, T. 162, V. 3, págs. 237-264.

La utilización frecuente de las condiciones generales de contratación en el tráfico jurídico mantiene un debate continuo sobre su esencia. Sin embargo, al margen de toda revisión, se ha ido creando toda una serie de fórmulas, entre las que se encuentra la frase, según la cual, dichas condiciones deberían interpretarse al margen de las circunstancias propias de cada caso. Esta fórmula es aún más grave cuando pretende seguirse no sólo para la interpretación, sino también para la prueba de la eficacia de las condiciones generales de contratación. Brandner aboga por una libre revisión de las consideraciones relevantes en cada caso.

COLOMBET, Claude: *De la règle que l'action paulienne n'est pas reçue contre les paiements*, RTDC, enero-marzo, 1965, año 64, núm. 1, págs. 5-21.

La regla de la ineffectividad de la acción pauliana frente a los pagos realizados por el deudor, junto a la inexistencia, en el Derecho civil, de un procedimiento colectivo de pago, permite al deudor favorecer a unos acreedores frente a los demás. El autor se pregunta si la regla funciona también frente a los pagos realizados a acreedores naturales. Llega a una solución negativa, basada en la propia naturaleza de éstos. En efecto, en realidad no se trata de acreedores (en el sentido propio del término), sino de simples beneficiarios a los que la Ley protege frente a las reivindicaciones del deudor, que ha pagado precisamente para facilitar que éste cumpla con sus deberes morales. Sin embargo, según esta construcción en que la Ley atiende al deber moral del deudor y no a los intereses de los acreedores naturales, es lógico que éstos no puedan oponerse a la acción pauliana de los acreedores civiles o auténticos.

EICHLER, Hermann: *Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung im deutschen Recht*, ACP, octubre 1963, T. 162, V. 5/6, págs. 401-421.

Tales supuestos se encuentran cuando la lesión de una obligación contractual es, al mismo tiempo, el supuesto de hecho de una acción prohibida. Pueden afectar no sólo a bienes patrimoniales, sino incluso a la salud, el cuerpo o la vida de una persona. La concurrencia de ambos tipos de responsabilidad dependen de la subsunción realizada por el Juez, basada en los hechos y prescindiendo de la fundamentación del actor.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Fundamento de la garantía del vendedor en caso de evicción*, RDP, enero 1966, págs. 3 a 18.

Según la configuración romanista consiste la evicción, esto es, la responsabilidad que surge en virtud de ella, en una suerte de garantía que se impone al

vendedor ante la privación sufrida por el comprador de la cosa o derecho adquirido, a consecuencia de un derecho preferente ejercitado en juicio por tercero. Este esquema, con más o menos variantes, es mantenido en los Códigos latinos. Pero, como la configuración legal general del contenido y naturaleza de la compraventa es diverso en ellos, surge el problema de justificar en cada caso la índole de esta garantía.

En síntesis, se puede reconducir a dos supuestos fundamentales el mosaico de sistemas. En primer lugar, puede estimarse que la responsabilidad del vendedor deriva de haber contratado en situación de nulidad. Se hace retrotraer la responsabilidad al momento mismo de la celebración del contrato, en cuanto faltan (al no tener la propiedad de la cosa el vendedor cuando contrata) los presupuestos del poder negocial. Pero puede también, en segundo lugar, pensarse que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad por incumplimiento del contrato (incumplimiento del deber de transmitir la propiedad), lo que todavía obligaría a justificar la existencia de una disciplina específica al margen de la brindada para el caso general de incumplimiento contractual en los Códigos civiles. Y esto es lo que sucede en el Código civil alemán, que no contiene reglas especiales sobre la evicción.

En el Derecho español no son aceptables estas explicaciones: en primer lugar, cuanto a la pretendida situación de nulidad radical del contrato, es de notar que la compraventa se configura como puro negocio obligacional, sin que opere ella sola la transmisión del dominio y sí, solamente, acompañada de la tradición. Pero ni siquiera impone claramente nuestro Código civil la obligación de transmitir la propiedad, por lo que la responsabilidad derivada de evicción tampoco puede justificarse en base al incumplimiento contractual. La explicación sólo puede encontrarse, al igual que en Roma, en la obligación específica de mantener al comprador en la posesión legal y pacífica de la cosa. De aquí que la responsabilidad por la evicción no sea más que la sanción adecuada al incumplimiento de esa obligación específica.

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José: *Estudio de la extinción de las obligaciones ante el nuevo impuesto general sobre transmisiones patrimoniales "inter-vivos"*, RDP, febrero 1966, págs. 158 a 177.

La Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 ha venido a sustituir el antiguo "impuesto de Derechos reales" por el denominado "impuesto general sobre transmisiones patrimoniales inter-vivos". En ambos casos se echa de menos una teoría general sobre el trato fiscal que deben recibir los actos extintivos de las obligaciones.

Por ello, el presente trabajo acomete el examen particularizado de los medios extintivos de los derechos de crédito regulados por la doctrina general del Derecho de Obligaciones, con el fin de saber cuáles de estas causas deben soportar la carga tributaria.

El método es, pues, analítico, persiguiéndose una interpretación acorde con la propia estructura de cada uno de los modos de extinguir las obligaciones, y que guarde coherencia con las previsiones contenidas en la Ley de Reforma para casos particulares. Es de notar que el contenido propio del estudio lo constituye:

la posible tributación de los modos extintivos de las obligaciones, y no la consideración de los actos exentos por esta causa.

Conforme al orden establecido por el artículo 1.156 del Código civil, se aborda el examen sucesivo de los modos de extinción: pago o cumplimiento (obligaciones positivas de dar, obligaciones de hacer); pérdida de la cosa debida o imposibilidad de la prestación; remisión de la deuda; confusión de los derechos de acreedor y deudor; compensación; novación; mutuo disenso; disentimiento unilateral; muerte; prescripción; condición y término resolutorios.

·OSSORIO MORALES, Juan: *Notas sobre el traspaso de local de negocio*, RCDI, septiembre-octubre 1965, año XLI, núms. 448-449, págs. 1081-1109.

Después de los antecedentes doctrinales y legislativos, pasa el autor a la consideración del concepto legal del contrato de traspaso, que parte ya del artículo 44 de la Ley de 1946, y del que se deduce que se trata de un contrato de cesión de arrendamiento. Señala como nota más singular del contrato de traspaso, tal como la regula la vigente legislación de arrendamientos urbanos, el hecho de que permita la sustitución del arrendatario sin consentimiento del arrendador. Los caracteres del traspaso son tres: es una cesión onerosa, definitiva y total. Siguen los requisitos y naturaleza del contrato y termina considerando especialmente el requisito de la notificación previa.

·ROTHER, Werner: *Die Bedeutung der Rechnung für das Schuldverhältnis*, ACP, octubre 1964, T. 164, V. 2/3, págs. 97-122.

La entrega de la factura es un hecho importante en la vida de un negocio de suministro. Para precisar el significado jurídico de la entrega de factura, tenemos que distinguir dos grupos fundamentales. En el primero, la factura tiene una función declarativa, ya que viene a confirmar la deuda ya acordada de una de las partes. En el segundo, la factura tiene una función constitutiva, ya que viene a fijar, por primera vez, la cuantía de la prestación del deudor. Este estudio atiende a las normas constitutivas de la factura, así como a los problemas más interesantes que plantea.

6. Derecho de sucesiones

·BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, Pablo: *Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*, RDP, marzo 1963, páginas 247 a 261.

El sistema español en materia de testamentifacción activa viene caracterizado por las dos circunstancias siguientes: tratarse el testamento de un acto personalísimo (cfr. art. 670 C. c.); establecerse un principio general a favor de la capacidad de otorgar testamento, que sólo se ve eclipsada en los dos supuestos del artículo 663: menores de catorce años y aquellos que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio.

Dando de lado a los menores, el análisis de la segunda de las prohibiciones enunciadas suscita delicados problemas técnicos. Hay, por de pronto, la típica situación creada en el mundo jurídico cuando una ley, con sus consecuencias de seguridad y certeza, viene a recoger un antecedente, por así decir, naturalístico. previo el tratamiento legal. En nuestro caso, estos dos polos están representados por la situación (natural) de incapacidad mental (en un sentido amplísimo, nada técnico por el momento) y por la Declaración judicial de incapacitación, en base, claro es, a una estimativa de la mencionada situación natural antecedente, pero que na vez formulada por el órgano jurisdiccional, tiene vida propia e independiente. Ello obliga a una consideración técnica separada de los casos de incapacidad de testar de quien sin estar declarado judicialmente incapaz no está en su cabal juicio de aquellos otros declarados judicialmente incapaces por razón de enfermedad mental. La consecuencia jurídica más inmediata es ésta: en el caso del declarado incapaz hay una presunción legal de incapacidad sólo destruíble mediante la prueba de haber otorgado el testamento en un intervalo lúcido. En tanto que no mediando la declaración judicial de incapacitación, la presunción es favorable a la capacidad y sólo mediante la prueba de no encontrarse el testador en su cabal juicio al momento de otorgar el testamento (aun en supuestos en que después exista la incapacitación judicial), cabe impugnar el testamento.

Uno de los problemas más interesantes, en orden a la testamentifacción activa de los declarados judicialmente incapaces, lo constituye el de los "intervalos lúcidos". Tanto por lo que se refiere a la determinación conceptual de los mismos como por lo tocante a la clase de testamento que puede otorgar en tales condiciones.

Respecto al primer punto interesa destacar, huyendo de toda fijación psiquiátrica, que jurídicamente importa el estado de lucidez mental (dimensión intelectual y volitiva) en el acto de otorgar testamento.

Por ello mismo se comprende que no es posible aceptar la tesis de que el declarado incapaz pueda otorgar testamento cerrado en un intervalo lúcido (el problema no surge en referencia al testamento abierto o al ológrafo). Y ello no por obstáculos formales insalvables del Código como se ha pretendido, sino por la índole secreta de las disposiciones en el testamento cerrado. Pues la fijación del estado transitorio de lucidez mental puede realizarse, sí, en el momento del otorgamiento, pero en cuanto al contenido de ese testamento cerrado (escrito anteriormente), no alcanza esa garantía.

II. DERECHO HIPOTECARIO

LUTTER, Marcus: *Die Grenzen des sogenannten Gutglaubensschutzes im Grundbuch*, ACP, octubre 1964, T. 164, V. 2/3, págs. 122-183.

El autor se propone realizar un estudio conjunto de las dudas planteadas en torno a la protección concedida por los artículos 892 y 893 del BGB al tercero registral de buena fe, partiendo de los presupuestos sobre los que la doctrina parece estar de acuerdo para la aplicación de tal protección:

- desacuerdo entre el Registro y la realidad;
- el tercero debe desconocer la inexactitud del Registro;
- sólo queda subsanada la falta del poder de disposición en el enajenamiento escrito.

MEDICUS, Dieter: *Vormerkung, Widerspruch und Beschwerde*, ACP, noviembre 1963, T. 163, V. 1, págs. 1-20.

La situación de la anotación preventiva entre el Derecho real y el Derecho obligacional origina problemas cuando los criterios de ambos son dispares. Así, en los casos de adquisición de una persona no legitimada, excluida del Derecho obligacional, pero posible en el Derecho real inmobiliario. Estrechamente relacionado con esto se encuentra la pregunta acerca de la posibilidad de una contradicción frente a la anotación preventiva. El único efecto que puede importar al respecto es la posibilidad de destruir, mediante ella, la fe pública basada en el Registro. Pero si la anotación preventiva no puede dar lugar a ninguna adquisición basada en la fe pública, la contradicción carecerá de sentido.

El mismo problema se plantea a la hora de saber si se puede impugnar una anotación preventiva simplemente con una queja, o si es necesario el procedimiento del artículo 71, II, de la GBO (Ley del Registro de la Propiedad). En efecto, dicho artículo se aplica sólo a las inscripciones relacionadas con una adquisición. Si la anotación preventiva no produce tales efectos, debería autorizarse ilimitadamente la queja frente a su inscripción.

ROCHE, Paul: *La prénotation, ou inscription provisoire est-elle compatible avec le système français de publicité foncière?*, RTDC, enero-marzo 1965, año 64, núm. 1, págs. 22-54.

Esta institución de origen germánico existe también en Suiza, Polonia, España y Portugal, y ha sido introducida en todas las legislaciones modernas de las antiguas colonias francesas. Asimismo ha sido conservada en tres departamentos franceses. Roché trata de resolver, a través de un estudio de Derecho comparado, si la anotación preventiva es compatible con la legislación civil francesa y si es de desear su adaptación generalizada al régimen francés de propiedad inmobiliaria. La contestación es positiva, por lo que expone cuál podría ser su ámbito de aplicación y sus efectos.

III. DERECHO MERCANTIL

2. Comerciantes y sociedades

BONASI BENUCCI, Eduardo: *Abuso del marchio*, RDC, año 62, núm. 7-8, julio-agosto 1964, págs. 251 a 289.

Se nos habla de abuso de las marcas, en la hipótesis de alteración en la función de ser promotor y regulador de la concurrencia, típica del signo dis-

tintivo, o en la de ejercicio del derecho de un modo contrario a la corrección profesional. Si el acto de ejercicio viola los principios de la buena fe. (o más específicamente, de la corrección profesional), la prohibición de los actos de concurrencia desleal opera como límite general de la autonomía privada al titular del derecho absoluto sobre el signo.

SCHMITTHOFF, Clive M.: *Das Prinzip der gesamtwirtschaftlichen Verantwortlichkeit im englischen Aktienrecht*, ACP, noviembre 1963, T. 163, V. 1, páginas 46-61.

Este principio comprende las siguientes obligaciones: verdad y publicidad del balance; protección de la minoría social; protección del socio inversionista; obligaciones frente a los trabajadores; mantenimiento de la empresa; obligaciones frente a la mayoría. El Derecho inglés regula adecuadamente los cuatro primeros deberes económicos de los enumerados; pero no ocurre lo mismo con los dos últimos.

Schmitthoff considera el principio estudiado de vital importancia en la actual evolución de la sociedad anónima, ya que ve en él la única respuesta que el sistema de economía de mercado puede dar a las economías planificadas.

3. Cosas mercantiles

DÍEZ PICAZO, Luis: *El condominio del buque*, RCDI, año XLI, núms. 450-451, noviembre-diciembre 1965, págs. 1511 a 1527.

El artículo 589 del C. c. plantea al autor tres órdenes de problemas. El primero de ellos radica en establecer nítidamente la naturaleza de la institución que el Código contempla, cuestión planteada por la doctrina en forma de dilema: o es un condominio o una sociedad. La segunda cuestión estriba en decidir el valor que posee la norma en sí misma considerada (presunción, interpretación de una presunta voluntad de los particulares). El tercer grupo de los problemas radica en la delimitación del supuesto de hecho de la norma.

IV. DERECHO NOTARIAL

BARATTA, V.: *La natura giuridica dell'atto autentico notarile*, DG, año 78, número 5, septiembre-octubre 1963, págs. 392 a 416.

A juicio del autor se podría distinguir el grupo de actos que por disposición expresa de la Ley deben estar redactados por el Notario, del acto público en general, en el sentido de que la privación en el ejercicio de la función pública no suprima la competencia para recibir el otro tipo de actos. En el acto público redactado por el Notario, en los casos de competencia exclusiva, puede verse un caso de relación jurídica plurilateral.

CLAVE DE ABREVIATURAS

- ACP** = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
AD = Anuario de Derecho (Panamá).
AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
BIR = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
CLJ = The Cambridge Law Journal.
CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).
DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
DM = Derecho (Medellín, Colombia).
ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
F = El Foro (Méjico).
FG = Foro Gallego (La Coruña).
FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
IJ = Información Jurídica (Madrid).
IM = Ius (Milán).
IR = Iustitia (Roma).
JF = Jornal do Foro (Lisboa).
L = La Ley (Buenos Aires).
LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
LRN = La Revue du Notariat (Québec).
MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).

- MLR = The Modern Law Review (Londres).
NC = The North Carolina Law Review.
NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
NR = Nuestra Revista (Madrid).
NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generales delle Obbligazioni (Milán).
RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
RFL = Revista del Foro (Lima).
RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruxelas, La Haya).

- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
 RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (París).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts. vergleichung und in-
 terzonale 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).
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
 RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
 RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
 RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
 SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
 SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
 T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
 UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
 ZVR = Zeitschrift für Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

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. *El marido puede cancelar por sí solo una hipoteca inscrita a nombre de ambos cónyuges, sin atribución de cuotas y para la sociedad de gananciales, una vez que el deudor ha hecho efectiva la obligación garantizada.*

La Dirección General reitera la doctrina de las Resoluciones de 23 de mayo, 3 y 8 de junio de 1964 en el sentido de que procede inscribir la escritura de cancelación calificada, porque, aun sin desconocer la naturaleza del acto dispositivo que encierra y la distinta importancia que los ordenamientos jurídicos conceden a los actos por los que se constituyen, modifican o extinguen las relaciones jurídicas obligatorias de aquellas otras que engendran efectos jurídicos reales, es lo cierto que la reforma del artículo 1.413 del Código civil ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el 1.412, que permite al marido, como administrador de la sociedad legal de gananciales, cobrar los créditos pendientes, por lo que al quedar extinguida la obligación personal y dada la accesoriedad del derecho de hipoteca, tiene el marido facultad para consentir válidamente la cancelación, y con ello facilitar la armonía entre las declaraciones contenidas en los libros del Registro y la realidad jurídica extraregistrada, así como evitar perjuicios al propietario de la finca gravada. (Res. de 23 de febrero de 1966. B. O. del 12 de marzo.)

2. *Es inscribible una hipoteca legal constituida al amparo del artículo 73-6.º del Código civil sobre los derechos que corresponden a un fideicomisario condicional sujeto a la legislación catalana, previa inscripción del derecho de fideicomisario.*

A) Los fideicomisarios, siempre que fueren conocidos, podrán obtener la inscripción de su derecho al amparo del artículo 84 del Reglamento Hipotecario, sin que a ello obste el que sean condicionales, al permitirlo los artículos 9-2.º y 23 de la Ley Hipotecaria, y figurarán en el Registro como titulares de una expectativa protegida jurídicamente, por lo que los actos que sobre tal derecho se realicen tendrán carácter provisional hasta que se haga constar, en su caso, el cumplimiento de la condición que les afecta.

B) Según el artículo 197 de la compilación de Derecho Civil especial de Cataluña, mientras el fideicomiso no se defiera al fideicomisario, podrá

éste enajenar, gravar, renunciar y señalar para el embargo su derecho de adquirir la herencia o legado fideicomitidos, limitándose tales actos a los bienes que le correspondan al deferirse el fideicomiso, y quedará sin efecto, si por ser la sustitución condicional no llegase a deferirse, por lo que, evidentemente, tal derecho es susceptible de hipoteca y a ésta no podrá negársele el acceso a los libros registrales si reúne los demás requisitos necesarios para ello y siempre que no haya obstáculo de otra índole que lo impida.

C) Si bien es cierto que, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario, las inscripciones de partes indivisas de finca o derecho deben precisar con datos matemáticos la participación de cada uno de los varios cotitulares, hay que entender que ello sólo es preceptivo en los casos en que es posible hacerlo, pero no en aquellos otros como en el de los fideicomisarios condicionales del Derecho catalán, en los que por su propia esencia el derecho está sometido a una doble indeterminación: de su misma subsistencia —según sobreviva o no el fideicomisario al fiduciario— y de su extensión cuantitativa —según sea mayor o menor el número de fideicomisarios que sobrevivan al fiduciario—. A pesar de ello, cabe que el fideicomisario disponga de su derecho, según el citado artículo 197 de la compilación, por lo que tales actos dispositivos han de tener acceso al Registro de la Propiedad, pues de lo contrario se vulnerarían las bases mismas del sistema hipotecario, que procura siempre la máxima concordancia entre aquél y la realidad extraregstral.

D) La indeterminación derivada de la posible premoriencia del fideicomisario no puede ser obstáculo para la inscripción de la hipoteca, ya que, además de la evidente validez de sus actos dispositivos con arreglo a la legislación especial de Cataluña, la Ley Hipotecaria admite expresamente la hipoteca en supuestos de indeterminación que afecta a la subsistencia misma del derecho, por lo que tales hipotecas pueden quedar sin ningún valor ni efecto en un momento futuro, como en los supuestos de hipoteca de bienes vendidos con pacto de retro del artículo 107-7.º, o que estén afectados, incluso de presente, de la inseguridad derivada de un pleito ya iniciado, como en el caso de hipoteca de bienes litigiosos del artículo 107-9.º de la Ley.

E) Si se admite la indeterminación en cuanto a la subsistencia del derecho mismo que se hipoteca, con mucha mayor razón debe admitirse con este carácter excepcional la indeterminación en cuanto a los límites cuantitativos de aquél, derivados del posible supuesto de que algunos de los otros fideicomisarios premueran al fiduciario, con lo que su derecho acrecería al de los restantes, que verían aumentar sus cuotas, lo que redundaría en beneficio del acreedor sin que se produzca perjuicio alguno al tráfico inmobiliario y sin que ello suponga infracción del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, que al establecer la regla general sólo puede imponer una determinación con datos matemáticos en los

supuestos en que lo admita la naturaleza misma del derecho que se hipoteca, y no en aquellos otros, como en el caso del número 9 del artículo 107 y sobre todo en el del fideicomisario condicional de la legislación catalana, que por su misma esencia está siempre afectado de inseguridad en cuanto a la subsistencia, y en algunos casos, además, en cuanto a su extensión cuantitativa.

F) En el caso concreto que se examina se advierte la existencia de un grave obstáculo registral, como es el de la falta de inscripción previa del derecho del fideicomisario, lo que impide que se inscriban los actos de disposición o gravamen de tal derecho hasta tanto no se practique dicha inscripción omitida por imperativo del principio de tracto sucesivo, consignado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. (Res. de 17 de marzo de 1966. B. O. del 12 de abril.)

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS

I. Colaboración de José María PEÑA BERNALDO DE QUIROS.

1. DERECHO EXTRANJERO: CONDICIONES PARA QUE SEA APLICABLE POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES: *Es necesario que quien lo invoque acredite en el juicio: primero, la existencia de la legislación que se solicita; segundo, la vigencia de la misma, tercero, su aplicación al caso litigioso.* [S. 10 diciembre de 1965; no ha lugar.]

2. EFICACIA DEL CONTRATO RESPECTO A TERCEROS: ART. 1.257 C. C.: *El principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos que proclama el 1.257 C. c., no es tan absoluto que impida que en ciertos casos se produzcan efectos frente a terceros; así el contrato de exclusiva de venta respecto de quien no intervino en él y que después es arrendatario de la explotación cuyo titular concedió la exclusiva.* [S. 9 febrero 1965; no ha lugar.]

3. PRESUNCIÓN DE GANANCIALES: CARGA DE LA PRUEBA: *Si se suscita contienda sobre el carácter privativo o ganancial de un bien, la presunción del 1.407 C. c. arrojará, por entero, la carga de la prueba sobre quien sostenga el carácter no ganancial del bien*

PRESUNCIÓN DE GANANCIALES: PRUEBA DE CARÁCTER PRIVATIVO: *Tanto a efectos civiles como registrales, es preciso que la justificación se haga mediante documentos fehacientes, sin que baste, por regla general, el reconocimiento por uno de los cónyuges del carácter privativo del precio.*

CONFESIÓN EN LA ESCRITURA DE COMPRA: VALOR: *No es suficiente para demostrar el carácter privativo del bien, pero no por ello carece de todo valor, pues constituye una confesión extrajudicial, y, por tanto, conforme al artículo 1.239 C. c., integrará un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales, según las reglas establecidas sobre la prueba.*

CONFESIÓN DEL MARIDO EN LA ESCRITURA DE COMPRA: IMPUGNACIÓN DE LA MISMA POR EL PROPIO MARIDO O SUS HEREDEROS: *El marido o sus herederos solamente podrán impugnar la confesión de aquél en la escritura de compra, en caso de simulación o falsedad de la declaración, pues en otro caso quedan vinculados por la misma. Si hay simulación o falsedad la declaración será nula, con nulidad total.* [S. 28 octubre de 1965; no ha lugar.]

4. CONSENTIMIENTO "UXORIS" DEL 1.413: FINALIDAD DE LA REFORMA: *La finalidad de la reforma del 1.413 C. c. ha sido proteger más eficazmente los intereses de la mujer.*

DISPOSICIÓN DE BIENES GANANCIALES: NATURALEZA DEL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER: *El 1.413, en su última redacción, no implanta un régimen "co-disposición", sino que la potestad de disposición sigue correspondiendo al marido, único al que pertenece la iniciativa para realizar tales actos, en los que la mujer no es parte, aunque los consienta, y, por ello, el consentimiento "uxoris" integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición de su propia esfera jurídica.*

CONSENTIMIENTO "UXORIS": SEMEJANZA CON LA LICENCIA MARITAL: *El consentimiento "uxoris" tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, pues los dos consisten en el levantamiento por los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro, y cuando se hace un uso arbitrario de los mismos cabe sustituirlos por la autorización judicial.*

CONSENTIMIENTO "UXORIS": LAGUNAS: *Dada la similitud con la licencia marital, parece viable aplicar, por analogía, para solucionar las lagunas que la reglamentación del mismo origina, las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital.*

SANCIÓN DE LOS ACTOS DISPOSITIVOS SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER: *No la establece el C. c., pero teniendo en cuenta la finalidad del 1.413 y la similitud con la licencia marital, hay que concluir que tales actos son anulables. La mujer o sus herederos pueden confirmarlos o ratificarlos, o impugnarlos.*

LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA IMPUGNAR TALES ACTOS: *Solamente la mujer o sus herederos están legitimados para impugnar los actos de disposición que realice el marido sin su consentimiento, no estándolo ni el marido, pues iría contra sus propios actos, ni el tercero con quien éste contrató, que sólo podrá pedir, en su caso, la resolución por incumplimiento por no cumplir el marido su deber de procurar que el contrato reúna todos los requisitos y presupuestos necesarios para lograr la plenitud de sus efectos.*

RESPONSABILIDAD DEL MARIDO: *El marido es responsable, sin limitación alguna, frente al que contrató con él, del cumplimiento de las obligaciones asumidas o que sean natural consecuencia del contrato, y si la mujer obtiene la declaración de nulidad, la misma no atenta a la subsistencia de las obligaciones y responsabilidades que el marido haya podido contraer a consecuencia del acto realizado, sin perjuicio de que pueda destruirse el efecto fundamental del dicho acto, o sea, el dispositivo.*

LEGITIMADO PASIVAMENTE EN LA RECLAMACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL ACTO DISPOSITIVO REALIZADO SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER: *Al intentar el tercero contratante con el marido el cumplimiento del contrato, no tiene que demandar para ello a la mujer, contra lo que carece de acción, ni hay obstáculo para cumplirlo mientras la esposa no lo impugne en forma adecuada. [S. 13 marzo de 1964; no ha lugar.]*

NOTA: Queremos llamar la atención sobre esta importante Sentencia, que soluciona la mayoría de los problemas que presenta el artículo 1.413 en su nueva redacción, siguiendo fundamentalmente el trabajo de CAMARA publicado en este mismo Anuario. (J. M. P.)

5. VENTA POR EL VIUDO DE BIEN GANANCIAL ANTES DE LA LIQUIDACIÓN: *En tanto no se liquide la sociedad conyugal, no puede el viudo, por sí solo, enajenar un bien ganancial, y, si lo hace, tal enajenación es nula, con nulidad absoluta.*

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: TÍTULO NULO RADICALMENTE: *Si el título en el que se basa la prescripción es nulo radicalmente, no es "justo, verdadero y válido" a los efectos de la prescripción ordinaria. [S. 4 enero de 1965; ha lugar.]*

6. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.—ENAJENACIÓN POR MADRE FIDUCIARIA Y RENUNCIA DE HIJOS MENORES EMANCIPADOS FIDEICOMISARIOS: *La enajenación es anulable por vicio de capacidad ya que, al haber oposición de síntesis con la madre, ésta no puede completar la capacidad de los hijos menores emancipados. El plazo de prescripción de la acción de nulidad es de cuatro años, contados desde la mayoría de edad.*

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL.—ENAJENACIÓN DE SUS DEUDAS POR FIDEICOMISO: *Esta enajenación no es un pacto sobre herencia futura, ya que en el momento de la muerte del testador queda abierta la herencia, sucediendo a aquél los dos llamados, sucesivamente, no sucediendo en ningún caso el fideicomiso al fiduciario, aunque sólo se perfeccione el derecho de éste mando se entrega la vida del primer llamado [S. 3 marzo de 1965; no ha lugar.]*

7. RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Para que un documento sea considerado como auténtico a efectos de casación, debe patentizar, por sí mismo y de manera terminante, lo contrario a lo que se afirma o niega en la Sentencia que se impugna. [S. 12 febrero de 1965; no ha lugar.]*

II. Colaboración de Manuel MORALES MORENO.

1. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: TEORÍA ACEPTADA POR EL C. C.: *Nuestro Código civil basa la interpretación de los contratos en la teoría "subjetivista" de la intención común y evidenciada de los contratantes, puesto que el primer elemento interpretativo, el gramatical (sentido literal), sólo será factible "si los términos son claros y no dejan duda 'sobre la intención' de los contratantes" (1.281 C. c.). Se impone así una valoración de las palabras y de su congruencia con la voluntad.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: ES FACULTAD DEL TRIBUNAL A QUO: *Es facultad privativa de los Tribunales de Instancia el fijar el sentido y el alcance de las cláusulas de los contratos, no pudiendo ser substituido por ningún otro criterio del juzgador "a quo", a menos que sea evidentemente equivocado*

o erróneo, o se haya infringido alguna de las normas que regulando la materia se establecen en el C. c. [S. 9 diciembre de 1965; no ha lugar.]

2. VALOR DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL: *“La “fe pública notarial” garantiza que las manifestaciones de los contratos reflejadas en el instrumento público, se hicieron tal como en él se narran, pero sin extenderse a acreditar la veracidad intrínseca de las mismas, y mucho menos lo relativo a datos meramente físicos, cual acontece con la expresión de linderos en los predios”.*

ACCIÓN DECLARATORIA DEL DOMINIO: *Es procedente la acción meramente declaratoria del dominio condicionada a un destino.*

INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL: *La interpretación de los contratos es materia que cae dentro de las facultades exclusivas del Tribunal “a quo”, cuyo criterio debe prevalecer sobre el del recurrente, salvo que demuestre haber incurrido en error evidente.* [S. 23 octubre de 1965; no ha lugar.]

La sentencia se produjo en una acción declaratoria del dominio, interpuesta por el comprador de una de las tres parcelas segregadas de una finca. La causa era la inexacta expresión de los linderos de los predios en las escrituras de segregación.

3. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE COMPRAVENTA: *No puede aceptarse la tesis de que es indiferente y no constituye incumplimiento del contrato de compraventa el hecho de que el dueño de una cosa leve a cabo sucesivas ventas de la misma, si por hacer dejación de sus derechos dominicales “dificulta” su obligación de entrega o da lugar a la acción de saneamiento. El artículo 1.473 C. c. no justifica tal comportamiento; establece las normas por las que han de resolverse estas situaciones.*

APRECIACIÓN PRUEBA: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *La apreciación de la prueba corresponde a la “soberanía” del juzgador de instancia, y tal apreciación sólo puede ser alterada cuando documento o acto auténtico demuestre el error en que ha incluido. No tiene tal carácter el certificado del acto de conciliación, sino en cuanto en él se consigna lo ocurrido en el acto procesal.* [S. 25 noviembre de 1965; no ha lugar.]

La demandada había vendido al demandante una casa y recibido de éste la parte del precio correspondiente al primer plazo. Con posterioridad, una segunda venta del mismo objeto, motiva la suspensión del abono de las sucesivas fracciones del precio, considerando el demandante que la otra parte ha incumplido el contrato. Este criterio es el que se recoge por el T. S., pues así se había *dificultado* el cumplimiento de la obligación de entrega.

4. DEPÓSITO MERCANTIL: AVISO DE LOS VICIOS DE LA COSA: *La obligación de dar aviso de los vicios de las cosas depositadas (impuesta al depositario en el art. 306 C. c.) inmediatamente que se “manifestaren”, sólo obliga cuando el daño se haya “exteriorizado” o puesto a la vista.*

DEPÓSITO SUI GÉNERIS: *Es depósito sui generis (yuxtaposición de otra figura-jurídica), aquel en que el depositario recibe las mercancías sin examinar su estado y entregado un recibo en el que se especifica la fecha de entrega, número de cajas o bultos y especie de la mercancía, sin determinar su estado, peso y calidad, y a la salida libra otro albarán de idénticas características.*

CARGA DE LA PRUEBA: EL ARTÍCULO 1.214: *Este artículo sólo puede ser base de la casación de fondo cuando la Sala sentenciadora ha fundado su fallo en el principio de la carga de la prueba, como sucede en el caso presente. [S. 4 diciembre de 1965; ha lugar.]*

Las mercancías depositadas en los frigoríficos del demandado sufrieron pérdida, habiéndose demostrado el normal funcionamiento técnico de éstos. El depositario, condenado parcialmente a satisfacer las pretensiones del demandante, obtiene la casación de la sentencia de instancia y desestimación de la demanda.

Aunque es obligación del depositario dar aviso al depositante de los vicios del objeto depositado, tal obligación sólo puede ser exigible al patentizarse aquéllos. El aviso, en este caso se produjo cuando los daños eran ya irremediables; pero el T. S. exime de responsabilidad al demandado, no estando justificado que el depositario conociese el estado de la mercancía con anterioridad.

No acepta el T. S. que el depositario tuviera que haber probado que con anterioridad a la fecha de su aviso las mercancías se encontraban en buenas condiciones, y, por tanto, éste fue en tiempo oportuno. Entiende que los que pueden conocer la calidad del género depositado y su evolución son los propios depositantes, que entran y salen libremente de las cámaras. Afirmación que resulta un tanto peligrosa para la obligación de aviso, en términos generales, si no tenemos en cuenta que se pronuncia para levantar el onus probandi que hizo pesar la Sala de instancia sobre el demandado.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS COMUNES: *Armonizando lo dispuesto en los artículos 396 del C. c. y 3 de la L. 21 julio 1960, cabe establecer una clasificación bipartita, a saber: elementos comunes "por naturaleza", como inherentes al derecho singular de propiedad sobre cada uno de los espacios delimitados susceptibles de aprovechamiento independiente, y elementos comunes "por destino", cuales son aquellos que en concepto de anejos se adscriben especialmente al servicio de todos o de algunos de los propietarios singulares. Los "sótanos" no pueden conceptuarse en principio como elementos comunes por naturaleza. [S. 10 mayo de 1965; no ha lugar.]*

La comunidad de propietarios había promovido acción reivindicatoria, para reivindicar los locales comerciales construidos en un semisótano del edificio por la sociedad, ahora recurrida, promotora de la construcción del total del inmueble. La sociedad al momento de ejercitarse la acción tenía adjudicadas y vendidas la totalidad de las viviendas y cuatro de los seis locales comerciales de que constaba el edificio según el primitivo proyecto. Construidos,

por ampliación del proyecto, los locales reivindicados, en un semisótano. el Tribunal *a quo* sostuvo que ni el semisótano en que fueron construidos por nivelación de terrenos, ni, por tanto, los locales, tenían la condición de elemento común.

Una sentencia paralela a la presente, contra la misma entidad, y también sobre reivindicación de locales construidos en un semisótano, fue reseñada y comentada ya en este Anuario.

6. JUSTO TÍTULO DE PRESCRIPCIÓN: *Cuando el causante carecia de justo título para poseer unos bienes (y, por tanto, para prescribirlos), por ser declarado nulo el contrato de venta a través del cual los adquirió, "la inclusión de los bienes en la partición" y la adjudicación a los herederos, no puede ser considerada como título verdadero y válido, ni prueba por sí misma el justo título, ya que éste nunca se supone, según el artículo 1.954 C. c.*

VICIOS DEL TÍTULO DE PRESCRIPCIÓN: *Cuando exista algún defecto o vicio originario —en el título de posesión—, ello no puede servir de obstáculo para que opere la prescripción que de otro modo sería una institución inítil". Pero se añade que no debe olvidarse que ya la L. de Partidas exigía para la eficacia de la posesión a fines prescriptivos, que se poseyere "por alguna razón derecha", cosa que no sucede en el caso presente, porque los títulos originarios eran "no simplemente anulables" sino "radicalmente nulos e in-existentes".*

RELACIÓN DE JUSTO TÍTULO Y LA BUENA FE: *Aun no siendo válido y veraz el título, puede existir la Buena fe en la posesión. [S. 11 diciembre de 1965; ha lugar.]*

Los demandados poseían las fincas en virtud de títulos declarados nulos, pues el tutor de los demandantes, durante su menor edad, falsificó unos documentos privados, con los que daba vida a una supuesta venta de las fincas en litigio, por el padre del causante de los demandantes, a favor de los demandados. El Tribunal Supremo viene a aplicar la regla de Derecho "quod ab initio visiosum est, non postest tractu temporis convallescere" aun a los casos de adquisición de la posesión por los herederos. }

La otra afirmación del T. S., relativa a los vicios del título de posesión, resulta menos clara. De su sentido parece desprenderse que si bien la nulidad absoluta del título de prescripción, impide el funcionamiento de la figura, no impide tal funcionamiento la simple anulabilidad.

7. SERVIDUMBRES APARENTES: *La servidumbre de acueducto es aparente por naturaleza. El artículo 561 del Código civil impone tal carácter ante la posibilidad de que se puedan ocultar o desaparecer los signos exteriores que revelan su aprovechamiento.*

DERECHO ESPECIAL DE CATALUÑA: *NORMAS SUPLETORIAS EN MATERIA DE SERVIDUMBRES: El artículo 561 del Código civil es aplicable a Cataluña, a tenor de la disposición final número 2 de la compilación, pues este cuerpo no contiene*

precepto alguno específico acerca de la servidumbre del acueducto. [S. 29 enero de 1965; no ha lugar.]

Se discutió en el litigio la prescripción de una servidumbre referida a un manantial subterráneo de aguas y a la conducción en tubos soterrados a través de los predios vecinos. Los demandantes, en acción negatoria, insisten en la no apariencia, pues el artículo 561 del Código civil no es, a su juicio, aplicable, por ser contrario al 283 de la Com. catalana. Pero además, a mayor abundamiento, interpretan restrictivamente aquel precepto, en el sentido de que la apariencia legal sólo se atribuirá a las servidumbres de acueducto, "cuando no sea constante el paso del agua o su uso dependa de las necesidades del predio dominante o de un turno establecido por días o por horas". Ni se estima su demanda ni el Tribunal Supremo casa la sentencia.

8. CONTRADICCIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES: *Aunque no se traduzca registralmente el tracto sucesivo, no son contradictorios los asientos de inmatriculación de una finca heredada, y el que acredita la titularidad del causante sobre la finca de la que aquella se segregó, pues con esta operación se ha constituido otra nueva. [S. 17 diciembre de 1965; no ha lugar.]*

La inscripción de la finca heredada, provocó una resolución estimatoria en el procedimiento de integración posesoria del artículo 41 de la Ley de la Herencia, a favor de la pretensión del titular registral. Aquí encuentra su origen la demanda que dio lugar al recurso y sentencia que estudiamos. En efecto, los anteriores poseedores promovieron, en la vía ordinaria, juicio reivindicatorio, contra su anterior contradictor y otros sujetos que de él traían causa, que por cierto tenían la condición de terceros hipotecarios, lo que hacía su derecho inatacable. Los demandantes y recurrentes intentan en vano la casación de la sentencia retrotrayéndose al anterior procedimiento y denunciando la inoperancia del artículo 41 de la Ley de la Herencia, por existir inscripciones contradictorias.

9. PRESUNCIÓN DE TITULARIDAD DE LOS DERECHOS INSCRITOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *La eficacia de lartículo 38 de la L. H. es indudable en cuanto a la prueba de los derechos a que se refiere, pero la inscripción, no resuelve, por sí sola, el problema de la identidad, ni libera al titular inscrito de tener que acreditarla en el juicio reivindicatorio si de contrario se negare.*

ACCIONES CONTRADICTORIAS CON EL REGISTRO: *El párrafo segundo del artículo 38 de la LH impone una clara obligación a quien ejercite acción contradictoria del dominio, de solicitar al mismo tiempo la nulidad o cancelación de la inscripción, al objeto de mantener la debida concordancia entre el Registro y la realidad, pero no obliga a que el demandado, para oponerse a una acción reivindicatoria basada en el título inscrito, haya de reconvenir para obtener la nulidad o cancelación del derecho registrado.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: *La acción reivindicatoria, exige para ser viable un fundamenao jurídico (título suficiente de propiedad) y otro fáctico (identidad de la cosa sobre la que se acciona con la que consta en el título).*

CASACION: ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *El error de derecho en la apreciación de la prueba, no confiere al que lo esgrime como motivo de casación, la posibilidad de sustituir al criterio de la Sala sentenciadora por el suyo propio, sino la de argüir y denunciar que el Tribunal de instancia no dio a algún medio de prueba, propuesta y practicada en el juicio, el valor acreditativo que la Ley le confiere debiéndose citar el precepto.* [S. 28 mayo de 1965; no ha lugar.]

El Ayuntamiento de N..., construyó unas escuelas en terrenos que el demandado dice ser de su propiedad. El recurso se interpone contra el Ayuntamiento, apoyando su primer motivo en la violación del artículo 38 de la L. H., que presume la titularidad de los derechos inscritos. Es, por tanto, preciso, a juicio del recurrente, que el Ayuntamiento hubiera interpuesto demanda de nulidad de su inscripción, logrando con ella desvirtuar el título, contrario que opone a tal entidad la inscripción de su derecho. El T. S., como ya se ha dejado ver al resumir la doctrina de esta sentencia, rebate la argumentación.

El fallo desestimatorio se apoya fundamentalmente en que la finca inscrita en el Registro no coincide con la que es objeto del litigio.

III. Colaboración de Gabriel GARCIA CANTERO.

1. VENTA DE PISOS DEL INSTITUTO DE CRÉDITO PARA LA RECONSTRUCCIÓN NACIONAL: PROHIBICIÓN ADMINISTRATIVA DE ENAJENAR: INEFICACIA PARA TERCEROS: *Si la empresa constructora no terminó el edificio, por lo que hubo de encargarse a otra parte que faltaba con concesión de nuevo crédito, y una vez finalizadas las obras el Instituto encargó a esta última la venta de pisos a particulares, es evidente que a éstos no afecta el primitivo contrato de construcción con destino exclusivo para ser arrendada, por ser terceros respecto al mismo.*

CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA: *Aunque subsistiese la falta de autorización para enajenar, la venta no sería nula, sino sólo acarrearía pérdida de beneficios, multa y las demás sanciones del artículo 15 del Decreto-Ley de 19 de noviembre de 1948.* [S. 10 febrero de 1966; no ha lugar.]

2. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: PROPIEDAD DE LAS AGUAS: *Al practicarse la división de los ocho chalets, uno sólo de los cuales contaba con agua, se repartió ésta por igual entre los dos comuneros, de modo que cada uno de ellos debe considerarse con el mismo derecho sobre la mitad de las aguas, ya que no puede pensarse que el valor de los lotes sería igual adjudicando el agua en propiedad exclusiva a uno sólo de los partícipes, sin que obste la inscripción en el Registro del pozo a nombre de uno de ellos, lo cual sólo indica que dicho pozo se encuentra en terreno de su propiedad.*

EFFECTOS DEL CONTRATO PARA TERCEROS: CAUSAHABIENTE A TÍTULO PARTICULAR: *El artículo 1.257 C. c. recoge la doctrina del carácter relativo y personal*

de los contratos, pero ello no obsta a que el causahabiente a título particular soporte los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión, con anterioridad a ella, si influyen en el derecho que se transmite, por lo que no puede reputársele tercero en el orden civil. [S. 5 octubre de 1965; no ha lugar.]

3. CONVENIO CON AYUNTAMIENTO SOBRE APROVECHAMIENTO DE AGUAS: REQUISITOS DE VALIDEZ: INNECESARIEDAD DE REFERÉNDUM: *No es necesario el referéndum que exigía el artículo 220 del Estatuto Municipal de 1924 para la validez de los acuerdos que implicasen enajenación o gravaven de bienes inmuebles, y pese al carácter transaccional que las mismas partes atribuyen al pacto, dada la índole de las pretensiones mutuamente concertadas, el hecho de que el Ayuntamiento nunca pretendió derechos dominicales sobre las aguas, y que ni el pacto implicaba gravamen alguno sobre el aprovechamiento, limitándose a una regulación más razonable y provechosa del mismo.* [S. 11 febrero de 1966; no ha lugar.]

4. COMUNIDAD DE REGANTES: RÉGIMEN JURÍDICO: MODIFICACIÓN: *Las comunidades de regantes se rigen por las normas sobre comunidad de bienes, según el artículo 231 de la Ley de 13 junio 1879 y SS. 25 octubre 1960, 30 junio 1961 y 26 marzo 1962; al pactarse que cada socio podrá disponer de sus aguas y aprovecharlas donde convenga, sin perjuicio de tercero ni de la sociedad, tal cláusula la constituye la norma reguladora del disfrute de los derechos atribuidos a cada miembro, en tanto no se modifique por acuerdo de la mayoría.*

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY DE 13 DE JUNIO DE 1879: *Dicha Ley carece de efecto retroactivo respecto a los derechos adquiridos con anterioridad a su promulgación.* [S. 17 enero 1966; no ha lugar.]

5. IMPUTACIÓN DE PAGOS: CONTRATO DE OBRA: *El artículo 1.172 C. c. no es aplicable cuando la recurrente no es deudora de varias deudas a un mismo acreedor, sino de uno sola, y tampoco ha declarado al tiempo de hacer el pago a qué partida o unidades de obra hubiere de aplicarse.* [S. 21 diciembre de 1965; no ha lugar.]

6. RENDICIÓN DE CUENTAS: PRUEBA DEL TÍTULO JURÍDICO: *Instada la acción de rendición de cuentas y reconocida la entrega de una cantidad al demandado, el fundamento de tal entrega ha de calificarse como hecho necesario constitutivo de la pretensión, cuya prueba incumbe al actor.*

CARGA DE LA PRUEBA: *La doctrina "onus probandi" que la jurisprudencia fundamenta en el artículo 1.214 C. c., establece la necesidad de que el actor pruebe los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, así como incumbe al demandado la prueba de los hechos que alega para impedir, extinguir o quitar fuerza al efecto jurídico reclamado en la demanda; mas esta doctrina no ha de interpretarse, de acuerdo con S. 7 noviembre 1940, en el*

sentido de que todo el peso de la prueba pasa del demandante al demandado por el solo hecho de que éste deduzca excepciones. [S. 19 noviembre de 1966; no ha lugar.]

7. EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL: *Al carecer los Tribunales de Arbitraje de Derecho privado de "imperium" para hacer cumplir su laudos una vez que ganan firmeza, su ejecución coactiva corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado, sin necesidad del requisito de la homologación, del modo que la ley procesal establece para la ejecución de las sentencias.*

EMBARGO: RECURSO INADECUADO: *El auto que confirma la providencia que acuerda el embargo de bienes para garantizar y hacer efectivo lo resuelto por los árbitros, no es recurrible en casación, sino que ha de acudir al incidente que en trámite de ejecución de sentencia autoriza el artículo 949 L. E. C. [S. 29 enero de 1966; no ha lugar.]*

8. RECURSOS DE CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES: *Si fuesen dos o más los fundamentos o motivos, es expresarán en párrafos separados y numerados; el desistimiento en el acto de la vista de un fundamento que debió ir por separado no elimina el defecto en que se incurrió en la formulación, a cuyo momento debe atenderse [S. 1 febrero de 1966; no ha lugar.]*

IV. Colaboración de Luis F. MARTIN PEREZ.

1. CONTRATO DE EXPLOTACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE PELÍCULAS: ATÍPICO: *Es un convenio válido, aunque atípico, dado el principio de la autonomía de la voluntad que anima el artículo 1.255 del Código Civil e informa también el artículo 51 del Código de comercio. En nuestro Derecho son admisibles los contratos que combinan diferentes tipos contractuales o varias prestaciones singulares reguladas en figuras contractuales diversas.*

ANALOGÍA CON LA COMUNIDAD DE BIENES: *En los negocios atípicos son de aplicación analógica las normas que regulan los negocios tipificados en el Código y en el contrato de explotación y distribución de películas son aplicables las normas que rigen la comunidad en orden a la proporcionalidad de las pérdidas y ganancias y su reparto entre los interesados. [S. 30 diciembre de 1966; ha lugar.]*

2. SIMILITUD ACCIÓN REIVINDICATORIA Y ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA: *Aun cuando la "actio petitio hereditatis", implícitamente reconocida en los artículos 192, 1.016 y 1.021 del Código civil, por su carácter universal y finalidad dirigida primordialmente a la obtención del reconocimiento de la cualidad de heredero, difiere de la reivindicatoria regulada en el artículo 348 del mismo cuerpo legal, no por eso deja de servir de vehículo para que las personas activamente legitimadas por ella, puedan conseguir en beneficio de la masa común, la restitución de todos o parte de los bienes que compongan el caudal relicto.*

NECESIDAD DE FORMA EN LA DONACIÓN: *El principio espiritualista de autonomía de la voluntad, que en materia de contratación rige en nuestro Derecho, constituye una regla tan general que su aplicabilidad no puede surtir efecto en relación con aquellos negocios, para cuyo nacimiento y validez el legislador haya impuesto determinadas solemnidades "ad substantiam" y no "ad probationem", como ocurre con el artículo 668 del Código civil y con las donaciones de bienes inmuebles, según el artículo 633 del mismo cuerpo legal salvo, claro está, que se convalidare "ex novo" por los estipulantes.*

EXCEPCIÓN DEL LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Para que la relación jurídica procesal quede válidamente constituida y no sea aplicable, incluso de oficio, la excepción de litis consorcio pasivo necesario, es menester que el actor dirija su demanda contra cuantas personas tengan un evidente y legítimo interés en impugnarla, bien porque así lo disponga expresamente un precepto legal, bien porque puedan quedar afectados por la decisión jurisdiccional que se pronuncie, puesto que la finalidad de dicha excepción consiste en proteger a los interesados frente a la posible extensión subjetiva de la cosa juzgada y evitar su condena "inaudita parte".*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA COMO MOTIVO DE RECURSO: *Carecen de la cualidad de documentos auténticos, y por tanto no pueden servir de base para la impugnación en casación fundada en un error en la apreciación de la prueba por ellos procurada, los recibos de contribución e impuestos y los documentos expedidos por las Oficinas de Catastro especialmente para justificar la existencia de un título dominical sobre determinados bienes.*

CONTRADICIÓN EN EL FALLO: *No existe contradicción en el fallo del Tribunal a quo entre la declaración de propiedad de la sexta parte de los bienes de la herencia hecha por el mismo y la estimación de la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario adoptada en la misma decisión jurisdiccional. [S. 7 enero de 1966; no ha lugar.]*

3. **LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO:** *La relación litisconsorcial puede venir impuesta por la índole de la relación jurídico material que en el proceso se actúa y por la necesidad de que la resolución que se dicte afecte a todos los interesados en la cuestión, que supone el efecto más trascendental del litis consorcio necesario en materia de cosa juzgada. [S. 20 enero de 1966; ha lugar.]*

4. **INCONGRUENCIA COMO MOTIVO DE CASACIÓN:** *Con arreglo a reiterada doctrina de la Sala 1.ª, el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es de orden material y no meramente adjetivo, y consiguientemente si al formalizar un recurso de casación, algunos de sus motivos se basan en la incongruencia del fallo, no basta para su admisión ampararlas en los motivos segundo y tercero del artículo 1.692 de dicha Ley, sino que es indispensable citar la norma referida.*

ERROR DE HECHO COMO MOTIVO DE CASACIÓN: *Para apoyar el error de hecho no cabe realizar una cita global de actos y documentos auténticos, sino que ha de citarse el documento o acto auténtico concreto que patentice la pretendida equivocación del juzgador.* [S. 26 enero de 1966; no ha lugar.]

V. Colaboración de Julio GARRIDO.

1. **PACTO VERBAL MODIFICATIVO DE CONTRATO ESCRITO:** *El artículo 1.091 del Código civil tiene su base natural en el 1.254, según el cual el contrato existe por la simple coincidencia de las partes en la voluntad de dar nacimiento a una obligación, voluntad susceptible de cambio y no sometida a forma determinada, conforme al principio espiritualista que inspira nuestro Derecho civil, por lo que no es inalterable la voluntad contractual documentada, pudiendo modificarse por otra expresión verbal de la misma voluntad concorde.*

OBRAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: CONDUCTA: *Si bien es cierto que la doctrina reiterada de este Tribunal ha declarado rotundamente que no basta el acto intelectual del conocimiento para vincular, sino que se requiere una manifestación de voluntad adecuada para ello, no puede desconocer esta doctrina que una conducta permanente en determinado sentido puede tener un significado indudable como manifestación de voluntad, de la que hay varios ejemplos en el Código civil, orientación que se abre paso en la doctrina científica, algún sector de la cual niega la posibilidad de formas tácitas de la expresión de voluntad de los negocios jurídicos, por incompatibilidad de términos, prefiriendo hablar de comportamiento como proyección en el mundo físico de los intereses en juego, para lo cual han de tenerse en cuenta en cada caso las circunstancias que exigen la buena fe y el recto criterio en las relaciones sociales.* [S. 14 junio de 1965; no ha lugar.]

Don Narciso P. había tomado en arrendamiento un local de negocio mediante contrato concertado con don Cándido S., propietario del mismo, en el que se preveía que dicho arrendatario no podría efectuar reforma ni modificación que afectase a la contextura del local sin previo consentimiento, por escrito, del dueño.

Don Cándido S. llegó a tener una relación de amistad íntima con el arrendatario y en consecuencia le concedió, verbalmente, la amplia autorización para la realización de las obras que estimase oportunas en el local, en virtud de la cual don Narciso P. llevó a cabo las obras en cuestión.

Don Cándido S. falleció repentinamente, y el nuevo propietario del local, don Joaquín E., entabló demanda dirigida contra el arrendatario, don Narciso P., solicitando se declarase resuelto el contrato de arrendamiento, en base a que dicho arrendatario había realizado las aludidas obras sin el previo consentimiento escrito del entonces dueño (don Cándido S.), manteniendo incluso que ni siquiera había existido consentimiento verbal.

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión a favor del arrendatario, entendiendo que "la voluntad contractual documentada" que exigía la necesidad de consentimiento por escrito para la realización de las obras, había sido.

“modificada por otra expresión verbal de la misma voluntad concorde” (Considerando 1.º), que había quedado suficientemente acreditada mediante “la conducta del dueño (don Cándido S.), que haría presumir el consentimiento tácito”, cuya conducta “no hace más que corroborar la prueba directa de testigos que presenciaron la expresión de aquel consentimiento previo, y en forma verbal suficiente para legitimar las obras del arrendatario (2.º Considerando).

El cauce utilizado por el Tribunal Supremo para llegar a esta decisión, aunque no se haga referencita expresa al mismo en la sentencia, es el de la novación impropia o meramente modificativa de la obligación, figura que “el Código civil admite, como claramente aparece de la frase inicial del artículo 1.203, e igualmente, a sensu contrario, del texto del artículo 1.207” (1), asimismo “amparada por los términos del artículo 1.255 C. c. (2). En nuestro caso la novación impropia consiste en la sustitución de una estipulación—que consta por escrito—en virtud de la cual “el arrendatario no podrá efectuar reforma ni modificación que afecte a la contextura del local sin previo consentimiento, por escrito, del dueño”, por otra estipulación—pactada verbalmente, pero cuya existencia está suficientemente acreditada—en virtud de la cual el arrendatario quedaba autorizado para la realización de todas las obras que estimase oportunas en el local.

Dado que en el caso resuelto por la sentencia que consideramos, la estipulación preexistente constaba por escrito, mientras que la modificación de la misma, por voluntad concorde de las partes, tan sólo había venido expresada verbalmente, se plantea el problema de si la novación de dicha obligación preexistente debiera haber revestido el mismo grado de solemnidad que había sido observado para su constitución. El Tribunal Supremo, de acuerdo con “la doctrina jurisprudencial establecida, (que) no ha estimado que el contrato novatorio deba reunir idénticas solemnidades que la obligación primitiva, a no ser que la ley exija forma especial para su constitución” (3), declara que la voluntad contractual documentada puede modificarse por otra expresión verbal de la misma voluntad concorde “siempre que se acredite suficientemente, que es lo que ha ocurrido en el caso presente”. (J. G. A.)

2. RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: SÓLO PROCEDE CONTRA EL FALLO: *Como reiteradamente tiene declarado este Tribunal, los recursos de casación por infracción de Ley sólo proceden contra la parte dispositiva de la sentencia y no contra sus considerandos, a no ser que éstos constituyan premisa obligada del fallo* (1), *siendo entonces preciso que sólo se justifique por los fundamentos impugnados, mas si la parte dispositiva tiene base suficiente en otros razonamientos jurídicos de la sentencia impugnada, sin*

(1) Sentencia de 29 de abril de 1947.

(2) Sentencia de 5 de diciembre de 1947.

(3) Sentencia de 20 de marzo de 1947.

(1) NOTA: Se citan las sentencias de 25 de febrero de 1944; 23 de enero, 1 de febrero, 9 de abril y 23 de junio de 1947; 28 de enero y 22 de noviembre de 1948; 18 de febrero, 29 de marzo y 10 de mayo de 1950; 9 de mayo de 1952 y 10 de abril de 1961.

combatirlos adecuadamente demostrando el error del juzgador y la infracción de los preceptos legales o doctrina aplicables, el recurso de casación no es viable y no puede prosperar. [S. 17 mayo de 1965;

VI. SENTENCIAS SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL.—Colaboración de Eloy ISORNA ARTIME.

1. NULIDAD Y CADUCIDAD DE LA MARCA: DIFERENCIAS: *Así como la nulidad de la marca sobreviene porque en su nacimiento ha concurrido un vicio esencial o se ha obtenido su registro contraviniendo alguna norma legal y los efectos de esta nulidad se retrotraen al momento del registro, la caducidad por no uso no implica en cambio ningún vicio ni violación de ninguna norma prohibitiva, por lo que, en este caso, la marca pierde su eficacia a partir del momento en que se declara su caducidad.*

CADUCIDAD DE LA MARCA: PROCEDIMIENTO INADMISIBLE: *El procedimiento especialmente creado por la hipótesis de nulidad de registro no es procedimiento pertinente para el ejercicio de una acción de caducidad de marca fundado en su no uso.*

REHABILITACIÓN DE LA MARCA: INADMISIBILIDAD: *La posibilidad de rehabilitar la marca que en su día se declarase caducada por falta de uso, resulta totalmente inadmisibile.*

ACCIÓN DE CADUCIDAD: CALIFICACIÓN: *La circunstancia de que se alegue el ejercicio de una acción de nulidad de marca registrada, por no uso de la misma durante cinco años, no es causa bastante para que tal acción pueda ser calificada de acción de nulidad, cuando en el propio Estatuto esa ineficacia, derivada del no uso, se califica de un modo especial, llamándola caducidad.*

ACCIÓN: IRRELEVANCIA DE SU DESIGNACIÓN: *En nuestro ordenamiento procesal es completamente irrelevante la designación equivocada de la acción que se ejercite. [S. 11 mayo de 1965; no ha lugar.]*

2. RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD DE MARCAS: TRÁMITES QUE HAN DE OBSERVARSE: *Cuando la propiedad de una marca cuyo reconocimiento pretenda el demandante, suponga el reconocimiento de una prioridad cronológica que lleva aparejada la nulidad de otras inscripciones registrales, queda enervada, en los términos en que es interesada, la pretensión de propiedad, dado que tal pretensión de hubiera debido tramitarse según las reglas relativas a la nulidad que establece el vigente Estatuto de la Propiedad Industrial (Considerandos 1.º, 2.º y 5.º).*

VALOR PROBATORIO DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL: *Si bien es cierto que la certificación registral tiene eficacia probatoria en cuanto a la propiedad del derecho inscrito, sin embargo, esta eficacia no es plena, ya que la propiedad que de dicha certificación se infiere sólo constituye presunción "iuris tantum", atacable mediante prueba bastante.*

COMPETENCIA ILÍCITA: LA SEMEJANZA COMO REQUISITO INEXCUSABLE: *La competencia ilícita, como aprovechamiento de lo que a otro pertenece, cuya propiedad es amparada por la ley, requiere, por lo que al caso se refiere, que aquello que usa quien es tachado de ejercerla, dé lugar a confusión por su semejanza con lo que a otro pertenece, quedando supeditada así, la competencia ilícita, a la previa aceptación de la semejanza.*

EL CRITERIO DE SEMEJANZA: ADMISIBILIDAD EN LA CASACIÓN: *La aceptación o no de la semejanza como efecto de un proceso intelectual puede ser llevado a la casación, pero no puede ser variado, sino cuando la conclusión que siente sea ilógica o absurda.*

SEMEJANZA DE MARCAS: REQUISITOS: *No existe entre marcas enfrentadas, semejanza capaz de producir confusión en el mercado, si ninguno de los elementos parecidos existentes en ambos tiene una singularidad bastante para producir, en la totalidad de cada marca, confusión que permita el aceptar indistintamente los productos que distinguen.*

ARTÍCULO CIENTO VEINTISÉIS DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: INTERPRETACIÓN: *Lo que prohíbe este precepto es la inscripción de tamaño y colores por sí solos, por lo cual no es de aplicación este artículo cuando se trata de colores unidos a una forma peculiar. [S. 5 octubre de 1965; no ha lugar.]*

3. IMPUGNACIÓN DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *La legitimación para impugnar una inscripción no se circunscribe a aquellos que son concesionarios de una titularidad registral, sino que se extiende a todos los que de algún modo resultan lesionados en sus derechos por efecto de aquella inscripción.*

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: NO ADMISIÓN: *La circunstancia de que se haya otorgado a unos documentos que se acompañaron a la demanda, la eficacia que las normas específicas le conceden, no puede constituir error de derecho en la apreciación de la prueba.*

ARTÍCULO 504 L. E. C.: INFRACCIÓN E IMPOSIBILIDAD DE CASACIÓN: *Aunque en la admisión de unos documentos y en la concesión de eficacia probatoria a los mismos se infrinja lo dispuesto en el artículo 504 de la LEC., tal infracción no podrá dar lugar al recurso de casación y, además, nunca se podría atacar por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC.*

EFICACIA PROBATORIA DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO PÚBLICO: *Contra la dicción literal del artículo 505, la copia simple de un documento público puede tener eficacia probatoria cuando es reconocida o no es impugnada por el adversario, pues en los documentos públicos presentados con la demanda se produce en la contraparte la carga de la impugnación de tal manera que si no lo realiza se le impone al demandado el perjuicio de que el documento conserve su eficacia.*

APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA EN LA CASACIÓN: *No es lícito en casación, cuando la prueba se ha apreciado en conjunto, separar alguno de los elementos en ella, para acusar al Juzgador de error en la apreciación de la prueba.*

EXAMEN DE TRASCENDENCIA DE DOCUMENTOS: IMPROCEDENCIA DEL NÚMERO 7 DEL ARTÍCULO 1.692 DE LA LEC: *No puede examinarse por esta vía la trascendencia que respecto a la eficacia de los documentos presentados con la demanda, y que no fueron impugnados, haya de tener la petición hecha por el acotr en el periodo de proposición de prueba, de que se tengan por reproducidos, y tampoco la de la resolución judicial que declare no haber lugar a ello. [S. 19 noviembre de 1965; no ha lugar.]*

4. ARTÍCULO PRIMERO DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN INDEBIDA: *Este artículo, en cuanto define la propiedad industrial y fija la misión de la Ley en relación con la misma, es precepto que ha de aplicarse a cuantos litigios se susciten en esta materia, por lo que será posible denunciar su violación e interpretación errónea, pero no su aplicación indebida.*

VIGENCIA DE LA LEY DE 16 DE MAYO DE 1902: *Esta Ley continúa vigente en materia delictiva.*

PRIORIDAD DE DERECHOS DERIVADA DE LA PRESENTACIÓN DE SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN: SU CONDICIONAMIENTO A LA CONCESIÓN: *La prioridad de derechos derivada de la presentación de solicitud queda subordinada a que la cancelación se decrete en virtud de la instancia presentada, sin que ésta pueda surtir efecto alguno cuando se desestime.*

LA INTERFERENCIA DE LA PRESCRIPCIÓN EN LA CONSOLIDACIÓN DEL DOMINIO: SU CONTENIDO Y DIVERSA REGULACIÓN LEGAL: *No cabe hablar de prescripción por vía de usucapión cuando la ley tiene ya por adquirida la propiedad, como es el caso del artículo 1 del Estatuto, de aquí que al hablar de prescripción en esta materia habrá de entenderse referida a las acciones impugnatorias que quedan así invalidadas y en tal evento los problemas referentes al plazo y condiciones de la reclamación, interruptora de la prescripción de las acciones de nulidad, se ha de regular por el capítulo III y no por el capítulo II, del título XVIII del libro IV del Código civil.*

CONSOLIDACIÓN DEL DOMINIO DE LA MARCA: PLAZO Y EFECTOS: *El dominio de la marca se consolida a los tres años, de modo que una vez transcurridos éstos, el titular queda inmunizado de las acciones de impugnación que puedan ejercitar los terceros, transformándose así el carácter inicial de la presunción que sienta *iuris tantum* deviene *iuris et de iure*.*

CÓMPUTO DEL PLAZO DE CONSOLIDACIÓN DE DOMINIO: *El dominio de una marca no se consolida hasta que transcurra el plazo de tres años contados desde la publicación, en la forma señalada por la regla 4.ª del artículo 29 del Estatuto, de la concesión, fecha en que se tiene por efectuado debidamente su registro*

frente a terceros, y cuyo plazo sólo quedará interrumpido por el ejercicio ante los tribunales, de la acción impugnatoria.

DELIMITACIÓN DEL OBJETO PROTEGIDO EN CADA CASO: PRECISIÓN TERMINOLÓGICA: *El nombre comercial es signo de la empresa; la marca, distintivo del producto; el rótulo afecta sólo al local en que la actividad se desarrolla, y su ornamentación puede relacionarse a efectos de su protección con la que es propia de los dibujos y modelos, conforme se entiendan éstos en el artículo ciento ochenta y dos.*

REQUISITOS DE LA INCONGRUENCIA: *La incongruencia sólo surge cuando lo resuelto no guarda la debida relación con ninguna de las peticiones deducidas por las partes o se altera la causa de pedir en los fundamentos del fallo.*

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO OCTAVO DEL CONVENIO INTERNACIONAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: LA IGUALDAD DE DERECHOS ENTRE NACIONALES Y EXTRANJEROS: *Este artículo ha de relacionarse en su interpretación con el artículo 2.º del mismo Convenio, y establece que la protección comprende la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros y la de las obligaciones que se exijan para la efectividad de aquéllos, por lo que los artículos del Estatuto que afectan a esta materia se aplican por igual a españoles y extranjeros súbditos de los países signatarios del Convenio. [S. 13 mayo de 1965; no ha lugar.]*

VII. Colaboración de José PERÉ RALUY.

1. **DAÑOS Y PERJUICIOS: IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN DE LA CUANTÍA:** *Si la cuantía de los daños irrogados al actor fue fijada por el Tribunal "a quo" usando de sus facultades soberanas al respecto, una cantidad determinada, el mencionado extremo de la cuantía no puede combatirse en casación. [S. 1 febrero de 1966; no ha lugar.]*

2. **ARRENDAMIENTO RÚSTICO: LEGISLACIÓN COMÚN: SUPUESTA COMPLEJIDAD: MEJORAS:** *No desnaturaliza, ni da ambigüedad al arrendamiento, ni plantea cuestión compleja, desbordante del ámbito del juicio de desahucio, el hecho de que por el arrendatario se hayan llevado a cabo mejoras para la adecuada explotación de la cosa arrendada. [S. 15 diciembre de 1965; no ha lugar.]*

3. **ARRENDAMIENTO DE OBJETO MÚLTIPLE: CALIFICACIÓN:** *Cuando en un solo contrato se arriendan cosas diversas, no cabe desarticular el negocio jurídico y aplicar al mismo normas diversas, sino que en su integridad indivisible quedará sometido a las que gobiernan su objeto principal.*

NOTA: Sigue la jurisprudencia afirmando que las valoraciones de daños y perjuicios no son censurables en casación; la fundamentación de semejante doctrina no parece fácil, ya que, en definitiva, la valoración de un daño, como la de cualquier bien u objeto, constituye la determinación de un hecho que, aunque limitadamente, está sujeta a la posibilidad de una impugnación en casación por la vía del error de hecho.

(J. P. R.)

CASACIÓN: NATURALEZA: *El recurso de casación tiene una finalidad limitada que impide convertirlo en una tercera instancia; la Ley establece normas rígidas, reguladoras de su formulación, de cumplimiento inexcusable, cuyas infracciones no pueden ser soslayadas por el Tribunal Supremo. [S. 9 diciembre de 1965; no ha lugar.]*

4. FALTA DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO DEL ARRIENDO: *Procede distinguir el supuesto de falta de acuerdo sobre el precio del arriendo—defecto determinante de la inexistencia del arrendamiento por ausencia de uno de los requisitos básicos—del de simple falta de prueba del precio convenido—caso este último en que es de aplicación el artículo 1.547 del C. c.—. No cabe entender suplida la falta de determinación del precio por el hecho de tratarse de un convenio sobre local de un simple inmueble de protección oficial, ya que la limitación de renta establecida en la legislación relativa a dichos inmuebles no puede extenderse a los arriendos de los locales cuyo uso primordial no es la vivienda cuando su extensión superficial no rebasa los límites, en relación al total, señalado por la Ley.*

CONGRUENCIA: *No infringen las normas sobre congruencia las decisiones jurisdiccionales que contengan declaraciones sobre puntos implícitamente comprendidos en las cuestiones objeto de debate, si son consecuencia lógica y legal de ellas o se refieren a extremos accesorios o secundarios. [S. 7 diciembre de 1965; no ha lugar.]*

5. ARRIENDO DE SOLAR CON AUTORIZACIÓN DE OBRAS: CALIFICACIÓN: *Si en el texto obligatorio se dice que se arrienda un solar, sin señalar que haya parte edificada habitable, no se puede considerar el local como de negocio, conforme a la acepción de la LAU, sin que varíe la conceptualización de hecho de que en el mismo se desarrolle actividad comercial, como ocurre con una pista de baile instalada en espacio abierto; tampoco altera la calificación la cláusula sobre autorización, que sólo implica facilidad para la mejor explotación de la superficie entregada y porque, además, las edificaciones o instalaciones posteriores no fueron entregadas como objeto arrendaticio, ni por su utilización se fijó renta. [S. 10 diciembre de 1965; no ha lugar.]*

6. ARRENDAMIENTO Y OPCIÓN DE COMPRA: ACCIÓN RESOLUTORIA DEL ARRIENDO: COMPLEJIDAD QUE IMPIDE LA RESOLUCIÓN EN EL PROCESO INCIDENTAL RESOLUTORIO DE LA LAU: *Si en la misma fecha las partes celebraron un contrato de arriendo y otro de opción de compra vinculados entre sí, y si la parte arrendataria comunicó notarialmente al arrendador su voluntad de ejercitar su derecho de opción dentro del plazo señalado al efecto, antes de decidir sobre la pretensión resolutoria de arriendo ejercitada en el juicio incidental de la LAU, sería preciso decidir sobre si el arrendador estaba o no obligado a otorgar la escritura de venta a favor del optante; pero esto no es posible hacerlo en el marco del juicio incidental, inadecuado para resolver cuestiones complejas.*

INJUSTICIA NOTORIA: APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: COSTAS: *Aunque el recurso se haya amparado en otra causa, como*

la inadecuación de procedimiento es apreciable de oficio, procede, cuando se advierta en injusticia notoria, apreciar dicha inadecuación y no resolver sobre el fondo, imponiendo las costas de la primera instancia a la parte actora [S. 19 enero de 1966; ha lugar.]

7. CÓMPUTO DE PLAZOS: DÍAS INHÁBILES: TANTEO DE ARRENDADOR DE LOCAL DE NEGOCIO: *Si bien, en general, en el cómputo del plazo para ejercitar un derecho sustantivo de carácter civil, como es el de tanteo, se han de contar los días inhábiles, por no ser aquel plazo un término procesal, ello sólo será en tanto no exista un precepto legal en que expresamente se disponga lo contrario, que es lo que ocurre en materia del tanteo en cuestión, en la que un artículo de la Ley, complementario del que establece el plazo de tanteo, señala que el plazo es de días hábiles.*

OFERTA A EFECTO DE TANTEO: *Si el precio de traspaso se depositó en la Notaría, no realizándose el pago porque se opuso a ello el arrendatario que no quiso recibir la cantidad ofrecida, y si la entrega del precio no se condicionó por el arrendador a que en el acto, como contraprestación, se le dieran las llaves del local, es patente que el arrendador cumplió su obligación de poner a disposición del arrendatario el precio del traspaso.* [S. 26 enero de 1966; no ha lugar.]

8. IMPUGNACIÓN DE TRANSMISIÓN DE VIVIENDA POR REBASAR EL PRECIO LA CIFRA DE CAPITALIZACIÓN LEGAL: INCREMENTO POR SERVICIOS: ERROR DE HECHO: *Si de los recibos de alquiler y de testimonios de anteriores actuaciones judiciales se deduce que una partida de ocho pesetas de la renta total de 131, abonadas, correspondía a un incremento por aumento de servicios y no a un aumento de renta libremente pactado, es evidente el error de hecho de la Sala al tomar las 131 pesetas en lugar de 123 —es decir, deducido el citado incremento— como base de la capitalización.*

LEGITIMACIÓN PASIVA: *Como la acción impugnatoria de transmisión por precio excesivo sólo puede perjudicar al adquirente, procede absolver a la vendedora, que había sido demandada conjuntamente con la que adquirió la vivienda.* [S. 6 diciembre de 1965; ha lugar.]

9. RENUNCIA DEL DERECHO DE PRÓRROGA FORZOSA ARRENDATICIA: *Es válida y eficaz la renuncia al derecho de prórroga arrendaticia contenida en un instrumento público de fecha posterior a la del documento privado de arriendo —que se estimó como cierta por el Tribunal de instancia—, ya que tal renuncia se efectuó con posterioridad a la entrada de su derecho en el patrimonio del arrendatario.*

NOTA: La sentencia del T. S. estima la demanda en cuanto dirigida contra la parte compradora y absuelve a la vendedora, y pese a ello impone las costas de la primera instancia por mitad a la adquirente y a la actora; se aparta con ello del criterio habitual y más ajustado a la letra y al espíritu del artículo 149 de la LAU, de imponer, en tales casos, al demandado vencido, las costas causadas al actor, y a éste las causadas al demandado absuelto.

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *El error de derecho no cae dentro del marco de la causa 4.^a—error de hecho—. La confusión y falta de claridad en la motivación del recurso es causa de desestimación del mismo. [S. 26 enero de 1966; no ha lugar.]*

10. **NO OCUPACIÓN DE VIVIENDA: PRUEBA: IMPUGNACIÓN DE HECHOS EN INJUSTICIA NOTORIA:** *Dos certificaciones referentes a consumo de electricidad y agua en una vivienda no acreditan, por sí solas, la ocupación del local, en frente a la declaración realizada por el órgano "a quo" (con base en el conjunto de la prueba) de que dicho local estuvo realmente desocupado; no es lícito desgajar del resultado conjunto de la prueba un elemento aislado para llevar a cabo una apreciación probatoria distinta de la del Tribunal de instancia mucho menos cuando el recurrente acude, incluso, a la prueba de reconocimiento judicial y a suposiciones y presunciones. [S. 15 diciembre de 1965; no ha lugar.]*

11. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR DISPONER EL ARRENDATARIO DE OTRA VIVIENDA ANÁLOGA EN PROPIEDAD:** *Si de la certificación expedida por el Colegio de Arquitectos se deduce que ni todos, ni la mayoría de los estudios de arquitectos de Barcelona están instalados en el centro comercial de la ciudad, sino que muchos radican en barrios más apartados de carácter residencial, debe estimarse que el piso del arrendatario demandado, situado en una zona residencial, aunque no en el centro comercial, es apto para el ejercicio de su profesión de arquitecto y que, por tanto, el hecho de disponer de dicho piso el demandado, autoriza al propietario del que el citado arquitecto utiliza en calidad de arrendatario, a negarle la prórroga, al amparo de la causa quinta de denegación. [S. 12 enero de 1966; ha lugar.]*

12. **NECESIDAD DE LOCAL DE NEGOCIO: FALTA DE ESPACIO DERIVADA DEL NUEVO GIRO DADO AL NEGOCIO COMO CONSECUENCIA DE LA EVOLUCIÓN COMERCIAL:** *La falta de espacio para desenvolverse en un negocio no es la necesidad, sino la causa u origen de la necesidad que se invoca como causa de denegación de prórroga. No es obstáculo para la estimación de la necesidad basada en la falta de espacio, el que la misma provenga del nuevo giro dado al negocio de cerrajería a que el actor se dedica, por incorporación al mismo de actividades afines, como son las de carpintería metálica, ya que el empresario no está obligado a permanecer al margen de la evolución comercial o industrial.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: CAUCE ADECUADO: FORMALISMO: *Las cuestiones jurídicas no tienen cabida en el marco de la causa del recurso basada en el manifiesto error en la apreciación de la prueba. [S. 11 febrero de 1966; no ha lugar.]*

13. **NECESIDAD: VOLUNTAD DE PONER FIN A CONVIVENCIA CON OTRAS PERSONAS:** *Es doctrina del Tribunal Supremo que es causa de necesidad la convivencia con persona extraña, sin que sea preciso verse forzado al desalojo, sino que basta la mera voluntad o deseo de no mantenerla, por la fundamental razón de que la independencia del hogar familiar es el modo normal y constituye la base de la buena organización social.*

INIUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *El amalgamar en un motivo, cuestiones de hecho y de derecho, imprime al recurso confusión bastante para su desestimación.*

ABUSO DE DERECHO: *El ejercicio de la acción con base legal no implica abuso de derecho, sino efectividad del mismo a través del órgano correspondiente. [S. 3 diciembre de 1966; no ha lugar.]*

NOTA: Entendido en sentido literal la afirmación de esta sentencia referente al abuso de derecho supone tanto como negar la posibilidad de aplicación práctica de tal doctrina, que supone, por definición, actuar al amparo de una norma "con base legal", aunque con fin emulativo o con anormalidad objetiva (J. P. R.).

14. COMUNIDAD DE BIENES: ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y ACTOS DE DISPOSICIÓN: EJERCICIO DE ACCIÓN RESOLUTORIA: *Mientras los actos de simple administración se refieren a un aprovechamiento y son de resultados transitorios, las alteraciones a que se refiere el artículo 397 del C. C. sin de resultado permanente y afectan a la sustancia o a la forma de la cosa. El arrendamiento es un acto de administración; en todo caso, se trata de actos de administración o disposición, cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio ejercitando acciones que competan a la comunidad como la de la resolución de arrendamiento, siempre que actúe en favor de la comunidad y no en beneficio propio. La acción resolutoria de arriendo ha de entenderse utilizada en beneficio de la comunidad por cuanto su finalidad es la de que el local arrendado quede a la libre disposición de los condueños.*

RESOLUCIÓN POR CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO: VIGENCIA DE LA CAUSA: *La resolución por cierre de local fue establecida por vez primera por la ley de 1956 y el plazo a que se refiere la misma ha de computarse a partir de la fecha de su vigencia.*

CUESTIONES NUEVAS: *No cabe resolver en injusticia notoria cuestiones no suscitadas en la instancia. [S. 24 enero de 1966; no ha lugar.]*

15. PRESUNCIONES DE TRASPASO: CAMBIO DE TITULARIDAD FISCAL: *Si bien el hecho de darse de baja un comerciante y otro de alta en la titularidad fiscal de un negocio no supone de modo necesario y absoluto el traspaso del establecimiento donde dicho negocio radica, ya que tal variación puede obedecer a otras circunstancias, lo que no resulta lógico es que así suceda, ya que lo corriente y natural es que el cambio contributivo obedezca a la variación real de la titularidad del comercio o industria a que tal modificación se refiere.*

INIUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *No cabe como batir una sentencia alegando la interpretación errónea de una norma, cuando lo que en realidad se denuncia es la inaplicación de un precepto legal. [S. 9 diciembre de 1965; ha lugar.]*

16. TRASPASO CONDICIONADO: CONDICIÓN POTESTATIVA DEL PROPIETARIO: *Pactado en un contrato de arriendo que el arrendatario podría ceder su derecho arrendaticio poniéndolo en conocimiento del arrendador, el que debería dar su previa conformidad sobre la persona del cesionario —sin cuya conformidad carecería de eficacia el traspaso—, debe recordarse, en relación a la pretensión del arrendatario de que se considere eficaz la cesión realizada sin haber dado el arrendador su aprobación a la persona del cesionario, la doctrina según la cual si la condición es potestativa del deudor, es decir, de tal naturaleza que su cumplimiento dependa de la exclusiva voluntad del mismo, lo que resulta nulo no es la condición, sino la obligación condicionada por aquélla, o sea, el derecho de traspaso de tal modo conducido y, en su virtud, la parte que pida la validez de la cláusula sobre cesión ha de aceptarla en su integridad y no puede rechazarla en lo que le perjudique. El arrendatario, en tal supuesto, o ha de realizar el traspaso con arreglo a las normas de la LAU o, si se ampara en la cláusula sobre traspaso, ha de hacerlo con absoluto respeto a lo pactado. [S. 21 diciembre de 1965; no ha lugar.]*

17. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PRESCRIPCIÓN: OCUPACIÓN NO CLANDESTINA: *Si el Tribunal "a quo" afirma que el subarrendatario ocupa el local litigioso de manera ostensible y manifiesta, manteniendo con igual publicidad sus relaciones con la clientela desde hace más de quince años, a partir de la celebración del arriendo, con lo que debe presumirse el conocimiento, por el arrendador, de tal ocupación y, si con base en tales hechos, estima prescrita la acción resolutoria, hay que desestimar el recurso que se basa en el supuesto de que la ocupación del subarrendatario ha sido clandestina o ignorada por la propiedad de la finca, en contra de lo declarado por el órgano "a quo" en afirmación de hecho no impugnada en el recurso en vía adecuada.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: PRUEBA DOCUMENTAL: *Las manifestaciones hechas con anterioridad al litigio por una de las partes del mismo en un acta notarial no es prueba documental, sino confesión extrajudicial que, como tal, no es apta para acreditar, en injusticia notoria, el error de hecho que se imputa a la sentencia recurrida. [S. 31 diciembre de 1965; no ha lugar.]*

18. RESOLUCIÓN POR USO POR EL HIJO DEL ARRENDATARIO DE PARTE DEL LOCAL DE NEGOCIO: *Si el ocupante del local donde ha instalado su vivienda no depende ni familiar ni laboralmente del arrendatario, aunque se trate de un hijo de éste, tal ocupación no está amparada por la LAU, y constituye, por el contrario, una causa de resolución, aunque la cesión sea parcial, sin que sea preciso probar si se trata de un subarriendo o de una cesión, dadas las dificultades de prueba del actor para una exacta calificación jurídica, por tratarse de hechos que normalmente se desenvuelven en la clandestinidad. [S. 29 noviembre de 1965; no ha lugar.]*

19. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS; RESPONSABILIDAD DE LA REALIZACIÓN DE LAS OBRAS: *Vigente el contrato, es el arrendatario el que responde de las obras que en el local se realizan, las que se han de reputar hechas por quien teine el uso de la cosa, y, por tanto, es responsable de las infracciones que respecto al mismo puedan cometerse; por ello no cabe aceptar el criterio del arrendatario recurrente que alega la falta de prueba de que las obras las hiciera él o persona con el mismo convivente.*

LEGITIMACIÓN PASIVA: *Los que como otorgantes intervienen en un contrato están legitimados para demandar su cumplimiento y, por consiguiente, para soportar como demandados, las reclamaciones que surjan con motivo del contrato. [S. 7 diciembre de 1965; no ha lugar.]*

20. RESOLUCIÓN POR SINIESTRO: CRITERIOS DE VALORACIÓN: *En el concepto de siniestro, a efectos de la LAU, hay que comprender no sólo las destrucciones ocasionadas por acontecimientos catastróficos y de producción instantánea, sino los deterioros, averías o pérdidas importantes que se produzcan en la vivienda o local arrendado sea cual sea su causa originaria; todas las obras necesarias para reponer la cosa arrendada al estado que permita su normal utilización conforme al destino pactado han de ser valoradas para determinar si su costo excede o no del 50 por 100 a que alude la Ley; en el caso en que lo arrendado es una finca en su totalidad, tal valoración ha de comprender no sólo las obras derivadas del hundimiento sobrevenido, sino las necesarias para reparar los deterioros y desperfectos ocasionados por la acción del tiempo.*

IMPUGNACIÓN DE ERROR DE HECHO: *No es propio de la causa 4.ª de injusticia notoria discutir sobre la preferencia entre medios de prueba; el ámbito de la causa 4.ª se contrae a la existencia de una contradicción entre las afirmaciones o negaciones de hecho contenidas en la sentencia y lo que resulte patente y claro de los documentos o pericias obrantes en autos. [S. 4 diciembre de 1965; no ha lugar.]*

21. CASACIÓN: INCOMPETENCIA OBJETIVA: FORMALISMO: *La cuestión acerca de la supuesta infracción de las normas que delimitan la competencia de los Juzgados Municipales y los de 1.ª Instancia sólo puede ser planteada al amparo de la causa b.ª y no de la 1.ª. No cabe denunciar el error de derecho en la apreciación de la prueba alegando como infringido un precepto aplicable al fondo del pleito. La diligencia de reconocimiento judicial no es documento ni acto auténtico a efectos de fundamentar la impugnación de un supuesto error de hecho. [S. 10 diciembre de 1965; no ha lugar.]*

22. CASACIÓN: VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *Las partes no pueden suplantar la función valorativa de la prueba que corresponde a los Tribunales. No cabe que el recurrente en casación pretenda desarticular del conjunto de la prueba uno de sus elementos, aunque sea básico. [S. 11 octubre de 1965; no ha lugar.]*

23. INJUSTICIA NOTORIA: QUEBRANTAMIENTO DE FORMALIDADES: *Para que proceda la práctica de prueba testifical en la segunda instancia es preciso que haya sido denegada en la primera y, en todo caso, para que la denegación de prueba pueda dar lugar al recurso por la vía segunda es preciso que haya precedido constante protesta y reclamación del agraviado.*

FORMALISMO: *Debe expresarse en el recurso el concepto—violación, interpretación errónea o aplicación indebida—en que se alega cometida la infracción. La causa 4.ª sólo comprende el error de hecho en la apreciación de la prueba, no la infracción de preceptos y doctrina legal, que es materia de la causa tercera.*

CUESTIONES NUEVAS: *No cabe plantear con éxito cuestiones nuevas en el recurso de injusticia notoria. [S. 16 octubre de 1965; no ha lugar.]*

24. INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *No cabe mezclar las alegaciones de error de hecho, con argumentaciones de índole jurídica. Es rigurosamente preceptivo que en las infracciones de carácter legal se exprese el concepto vicios o defectos de que adolecen la fundamentación de la sentencia recurrida. [S. 2 febrero de 1965; no ha lugar.]*

25. INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *No cabe alegar con éxito el error en la apreciación de la prueba, señalando al efecto varios documentos, primero en bloque y después sin la claridad debida, haciendo razonamientos y deducciones y relacionando la prueba documental con la de reconocimiento judicial, sin que además ninguno de los documentos contradiga por sí mismo la declaración de hechos probados realizado por el Tribunal "a quo". [S. 17 diciembre de 1965; no ha lugar.]*

26. INJUSTICIA NOTORIA: IMPUGNACIÓN DEL ERROR DE HECHO: INTERPRETACIÓN DE DOCUMENTO: *La causa cuarta de injusticia notoria—error de hecho—no es el cauce apropiado para combatir el análisis de la interpretación de un documento realizado por el Tribunal "a quo", ni menos para que el recurrente pretenda imponer su criterio sobre el de aquél, dado que la contradicción entre el contenido del documento y las afirmaciones o negaciones de la sentencia ha de resultar de modo patente y claro sin interpretaciones ni deducciones de los documentos hechos por el que recurra para descubrir su significado. [S. 28 enero de 1966; no ha lugar.] Doctrina análoga en sentencia de 17 de diciembre de 1965; no ha lugar.*

27. INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: CONFESIÓN EN JUICIO: *La prueba de confesión no es apta para la demostración del error de hecho al amparo de la causa cuarta de injusticia notoria. [S. 11 febrero de 1966; no ha lugar.]*

28. INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *Falta a la claridad y precisión debida para la admisión del recurso, quien lo formula estudiando conjuntamente las dos causas independientes de resolución en que se funda la demanda. Falta igualmente a la precisión y claridad en el recurso en el que en un solo*

motivo se engloban las causas de error de hecho e infracción de norma legal.
[S. 23 diciembre de 1965; no ha lugar.]

29. CONGRUENCIA: APELACIÓN: *En apelación no puede agravarse la situación del recurrente resolviendo cuestiones respecto a las que fue absuelto en primer grado, sin que por la parte afectada se interpusiera recurso de apelación ni se adhiriera a la adversa.* [S. 22 enero de 1966; no ha lugar.]

NOTA: Se refiere esta sentencia a una cuestión de frecuente planteamiento en materia arrendataria urbana: la de la acumulación, en una demanda, de varias causas resolutorias, recayendo en primera instancia sentencia resolutoria basada en alguna de las causas alegadas, pero en cuyos "considerandos" se niega la eficacia resolutoria de alguna o algunas de las otras causas invocadas. Es frecuente que la sentencia sea apelada por el arrendatario demandado en tanto que el actor, vencedor en el juicio, ni recurre ni se adhiere a la apelación, pues en definitiva su pretensión ha prosperado, aunque sólo sea por alguno de los fundamentos esgrimidos. Pues bien, con arreglo a la doctrina de la anterior sentencia, concordantes con otras varias del propio Tribunal y de los órganos de suplicación, el aquietamiento del actor al pronunciamiento de la sentencia de primera instancia absolviendo al demandado de la resolución en cuanto basada en una causa, aunque diera lugar a la demanda por otra, cierra el paso a que en apelación o en injusticia notoria pueda abordarse el tema de la eficacia resolutoria de la causa que en primera instancia se estimó inoperante, y por ello, si la sentencia de apelación desestima la demanda por entender que no procedía la resolución por la causa estimada en primera instancia, en el ulterior recurso de injusticia notoria no cabe tratar sino de esta última causa, pero no de la otra, por estimarse consentida la decisión de primer grado en cuanto a tal punto. Semejante doctrina ha de mover, sin duda, a quien obtenga sentencia estimatoria, pero en la cual—ya sea en la parte dispositiva, ya en la fundamentación de derecho—se declare inoperante alguno de los fundamentos esgrimidos, a recurrir contra la sentencia a efecto de evitar que se cierre el paso en los ulteriores recursos al debate sobre tales fundamentos. Ciertamente es que en la anterior a que se refiere la presente nota, el Tribunal Supremo afirma que es distinto el supuesto en que las causas fundamento del pedimento se formulen en forma alternativa, en cuyo caso el Tribunal de segundo grado puede entender de la integridad de los puntos debatidos, aunque alguno fuera desestimado y no recurrido. Pero ante la dificultad de deslindar los supuestos será conveniente que *ad cautelam* se recurra o se realice la adhesión a la apelación a efecto de evitar ulteriores pérdidas de expectativas procesales, aunque con ello se dé la evidente anomalía de una parte recurrente contra una sentencia que en definitiva satisface plenamente su interés. (J. P. R.)

30. CONGRUENCIA: *La referencia de la Ley a que las sentencias sean congruentes con las demandas y demás pretensiones deducidas oportunamente la hace a los súplicos de los escritos y no a los razonamientos o fundamentación que se haga en los mismos.* [S. 17 diciembre de 1965; no ha lugar.]

VIII. Seminario de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid.— Colaboración de Urbano VALERO, Rafael GARCIA VILLAVERDE y Luis FERNANDEZ DE LA GANDARA.

1. LETRA DE CAMBIO: FIRMA DE LA LETRA: *El artículo 447 del C. co. entra en juego solamente cuando se ponen firmas a nombre de otro, no cuando se actúa en nombre propio, aunque por cuenta ajena.*

CUENTA CORRIENTE: TITULARIDAD: *La cuenta corriente implica titularidad, y ésta ha de corresponder necesariamente a una persona natural o bien a una persona jurídica, lo que no se altera por la circunstancia de que al nombre expresivo de tal titularidad de la cuenta se adicione cualquier elemento, que pueda interesarle para limitar e individualizar las operaciones, que concretamente le interese reflejar en una determinada cuenta.*

VICIOS FORMALES DEL RECURSO DE CASACIÓN: *Constituye vicio formal del recurso de casación, que da lugar a su desestimación, el acumular en un mismo motivo y con referencia a un mismo precepto diferentes conceptos de infracción, cuales son la "interpretación errónea" y la "aplicación indebida".* [S. 25 noviembre de 1966; desestimatoria.]

2. SOCIEDAD COMANDITARIA: AMPLIACIÓN DE CAPITAL Y RESCISIÓN DEL CONTRATO: *El aumento del capital social tiene un carácter exclusivamente contractual, celebrado entre la entidad que acuerda la ampliación y los terceros que la aceptan y aportan las cantidades fijadas. Al suponer dicha ampliación una modificación del pacto social, ha de inscribirse en el Registro Mercantil (art. 25 C. Com.) para que llegue a conocimiento de los acreedores de la compañía, interesados en saber la cuantía de la responsabilidad de los socios comanditarios, y también para garantía de éstos, dado que la aportación regula su participación en las ganancias y pérdidas (art. 148 C. Com.). Por ello, si la ampliación acordada no se realiza, cabe la rescisión del contrato. bien a instancia de la compañía, si el socio o el aspirante a él no aporta la cantidad a que se hubiese obligado (art. 170 C. Com.), o bien a petición del suscriptor, cuando la sociedad no lleva a efecto la ampliación de capital que acordó, y en atención a los perjuicios que este incumplimiento puede originar al aportante, puesto que le impide acreditar la cualidad de socio y hacer uso de los derechos de tal.* [S. 3 diciembre de 1965; no ha lugar.]

3. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *No existiendo principio alguno de prueba del que se deduzca se enviaron las mercancías de cuenta y riesgo del vendedor a lugar distinto, es juez competente el de la población donde se debe realizar la entrega de la cosa vendida (el del establecimiento del vendedor), en virtud de lo dispuesto en los artículos 62 LEC, 1.500 C. c. y 50 C. Com.* [S. 26 noviembre de 1965; competencia.]

4. LUGAR DE ENTREGA: *Conforme al artículo 1.500, 2.º, del C. civil, de no haberse fijado tiempo y lugar para el pago del precio de la cosa vendida, deba efectuarse aquél en el tiempo y lugar en que se haga su entrega, y si las cosas objeto del contrato se remiten de un lugar a otro, será decisivo para la fijación del lugar en que deba reputarse realizada la entrega el de que los gastos de transporte hayan corrido a cargo del vendedor o del comprador, y, en caso de duda sobre este extremo, deberá estimarse competente el Juez del lugar en que esté sito el establecimiento comercial del vendedor, sin que sea obstáculo para esto el que se suscriban letras domiciliadas en el*

lugar del comprador para facilitar el pago. [SS. 21 mayo y 20 noviembre de 1965; competencia.]

5. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No cabe impugnar la interpretación y calificación que el Tribunal ha hecho de los documentos que tuvo en cuenta para razonar su fallo como error de hecho en la apreciación de la prueba del artículo 1.692, 7.º, LEC. sino sólo por la vía primera del citado artículo.*

COMISIÓN MERCANTIL: MODALIDAD DE PAGO COMPENSATORIO: *El pacto de saldar con futuras remesas el déficit resultante de una operación de venta en comisión sin asumir una obligación concreta de remesar, no es otra cosa que una simple modalidad de pago compensatorio que no modifica la verdadera naturaleza de la obligación derivada de la comisión mercantil vinculante.* [S. 4 noviembre de 1965; no ha lugar.]

6. DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *En casación civil la autenticidad de los documentos es equivalente a su fuerza probatoria irrefutable. Por consiguiente, siendo indudable la certeza de su contenido, evidencian por sí mismos, sin necesidad de deducciones e interpretación, el acierto o la equivocación del juzgador de instancia.*

CARGA DE LA PRUEBA: *Conforme a jurisprudencia reiterada, el artículo 1.214 del C. c. regula el problema del "onus probandi", aunque no la valoración de la prueba.* [S. 4 noviembre de 1965; desestimatoria.]

II SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ
Doctor en Derecho

I Derecho Civil

1. OBJETO DEL CONTRATO: CONSIDERACIÓN DE LOCAL DE NEGOCIO.—*El local alquilado lo fue como local de negocio, toda vez que lo fue para explotar una casa de comidas, que es lo que en él funciona, sin que altere esa cualidad o condición el que en el mismo se utilice una de las habitaciones para pernoctar los dueños de esa industria.* (Sentencia de 4 de marzo de 1966; no ha lugar.)

2. ABUSO DE DERECHO: INEXISTENCIA: *La doctrina del abuso del derecho ha sido utilizada por nuestra jurisprudencia no de un modo absoluto y arbitrario, sino de una manera muy limitada y concretada a casos excepcionabilísimos y, sobre todo, cuando, con el ejercicio de un derecho, se causa un daño a un interés no protegido por la ley, actuándose el derecho con la intención de perjudicar, sin un fin serio y legítimo. Pero en el caso presente, la actora tiene el fin legítimo de constituir un hogar, donde formar su familia y poder instalar su despacho profesional su esposo, por lo que no se está, en modo alguno, en el caso del abuso del derecho.* (Sentencia de 7 de junio de 1965; ha lugar.)

3. CESIÓN INCONSENTIDA: EXISTENCIA: *Hay cesión incontestada porque la nueva Sociedad Anónima ha sustituido, sin consentimiento del arrendador, en la titularidad arrendaticia de las viviendas que este último había concedido a la anterior Sociedad de Responsabilidad Limitada y que se extinguió, siendo, además, distintas las condiciones establecidas en ambas, tanto respecto al mayor número de sus componentes, como a la ampliación del capital social, así como a la variación de su objeto, lo que produce una real y efectiva sustitución del locatario en los derechos y obligaciones arrendaticios relativos a las viviendas dadas en arrendamiento.* (Sentencia de 18 de marzo de 1966; no ha lugar.)

4. SUBROGACIÓN INCONSENTIDA: INEXISTENCIA DE ABUSO DE DERECHO: *En el caso de cesión incontestada, la propiedad tiene interés legítimo en que las viviendas ocupadas por una tercera persona, ajena al contrato, queden libres de esa intromisión que les causa perjuicios, faltando, pues, por parte de la propiedad, la exclusiva intención de perjudicar con el ejercicio de su derecho legítimo, que no implica extralimitación alguna.* (Sentencia de 14 de febrero de 1966; no ha lugar.)

5.—DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: INEFICACIA: *Es incuestionable la ineficacia del requerimiento, puesto que no lo verificaron la totalidad de los realmente condueños, sino uno de ellos, calificándose de único propietario.* (Sentencia de 28 de marzo de 1966; no ha lugar.)

6.—DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: VALIDEZ: *Para la validez del requerimiento es preciso que la causa de necesidad exista al cumplirse el año del mismo, y en el caso de matrimonio, éste debe tener lugar antes de transcurrir un año, contado desde la fecha de aquél; si se contrajere después, la causa de necesidad nace y se justifica fuera del tiempo oportuno, y por tal defecto queda el requerimiento ineficaz.* (Sentencia de 21 de marzo de 1966; no ha lugar.)

7.—DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: INEXISTENCIA.—*Rota la unidad conyugal, por la vida separada del matrimonio, al reclamar el marido la vivienda para su esposa, no la reclama también para él, como pretende, por lo que no procede acceder a la denegación.* (Sentencia de 19 de enero de 1966; no ha lugar.)

8.—DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: INEXISTENCIA: *Para que la acción tenga sustantividad propia, y la excepción a la no prórroga locacional sea factible, es requisito «sine qua non» la «deshabitación» por un período de tiempo que exceda de seis meses en un año, del cuarto arrendado, no sólo del inquilino, sino de toda clase de personas que allí habitaren. De quedar alguna de estas últimas usando y disfrutando el local objeto de resolución, aunque ya se hubiese ausentado el arrendatario y fuese esa posesión sin título o de tenerlo a espaldas del arrendador, concedido tan sólo por el locatario, que allí las dejó aposentadas antes de su marcha, sin interrupción alguna; para poder ser expulsadas por la propiedad tienen que serlo por otra causa de las admitidas en la L. A. U., pero no por desocupación, porque el piso no está desocupado, sino habitado.* (Sentencia de 3 de enero de 1966; ha lugar.)

9.—DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: OCUPACIÓN SIMULTÁNEA: EXISTENCIA: *De la redacción clara e inequívoca del párrafo 4.º del artículo 62 de la L. A. U. se deduce que lo que este precepto exige para negar la prórroga forzosa del arriendo de una vivienda, es que el inquilino de ésta ocupe a la vez otras viviendas, de tal forma que coincida el uso y disfrute de todas ellas, sin que éste disfrute simultáneo sea indispensable para atender a sus necesidades y además que esa doble ocupación, por las circunstancias que en ella concurren ponga de manifiesto que su inquilino tiene el propósito de ocuparlas indefinidamente como viviendas habitual.* (Sentencia de 8 de junio de 1965; ha lugar.)

NOTA.—En el caso de autos no concurrían las circunstancias aludidas, puesto que si la demandada ocupó otro piso, fue como consecuencia de determinadas obras que se realizaron en el piso que ocupaba, y objeto de este proceso, y sólo por el tiempo necesario para realizarlas, lo que demuestra que la ocupación del segundo piso fue con carácter eventual y a la vez justificado, puesto que no hay razón, ni sería equitativo que se obligara a aguantar las molestias que esas obras producen, con la sanción, en otro caso, de desalojarla del piso.

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DERRIBO: EDIFICACIÓN PROVISIONAL: *La edificación es provisional, ya que aparece probado que se trata de un solar de 252 m², en el que existe una edificación de planta única de 108 m², en una calle que es arteria principal de Madrid, y que la mayoría de los inmuebles que la rodean constan de varias plantas.* (Sentencia de 16 de marzo de 1966; no ha lugar.)

11. RENTA: AUMENTO: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: *El plazo de tres meses, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.º del C. c., ha de computarse por el de noventa días, sin que al respecto puedan distinguirse interpretaciones ni distingos por su claro y terminante imperativo; ni sobre su aplicación, que alcanza y obliga a toda clase de leyes y órdenes jurídicas, cuando no exista en las mismas, como sucede en las disposiciones de la L. A. U., precepto especial que lo autorice o permita.* (Sentencia de 17 de febrero de 1966; no ha lugar.)

12. RENTA: AUMENTO: INTERRUPCIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: *La caducidad se interrumpe desde que se manifiesta la voluntad del reclamante, con la presentación del escrito, ante la autoridad judicial.* (Sentencia de 3 de enero de 1966; ha lugar.)

II. Derecho Procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: MOTIVOS: ABUSOS DE DERECHO: *Para que la doctrina del abuso de derecho pueda alegarse como motivo, se requiere la invocación de dicha doctrina por los litigantes en el pleito y que en ella se fundamente la sentencia.* (Sentencia de 14 de marzo de 1966; no ha lugar.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: MOTIVOS: INAPLICACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO: *Como el recurrente ha basado el primer motivo de suplicación, no en la errónea aplicación del abuso de derecho, sino en su errónea inaplicación, la desestimación del mismo es inexcusable.* (Sentencia de 9 de febrero de 1966; no ha lugar.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: MOTIVOS: *El hecho de que el abuso de derecho fuera invocado por la parte en la demanda y no aplicado, ni resuelto en la sentencia, puede constituir omisión de carácter procesal, pero estas cuestiones procesales están al margen del recurso de suplicación, que sólo afecta a infracción de Ley o doctrina legal en materia sustantiva.* (Sentencia de 30 de marzo de 1966; no ha lugar.)

4. [RECURSO DE SUPPLICACIÓN: RESOLUCIONES RECURRIBLES: *El recurso de suplicación sólo se da contra sentencias definitivas, y no cuando la sentencia recurrida no tiene el carácter de tal, pues absteniéndose de resolver en cuanto al fondo del asunto debatido, decreta la nulidad de actuaciones practicadas en primera instancia, reponiéndolas al momento procesal oportuno, para su nueva tramitación.* (Sentencia de 17 de febrero de 1966; no ha lugar.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INTERPOSICIÓN: *Al no haberse acreditado al interponer el recurso hallarse el recurrente al corriente en el pago de la renta, ni haberlo consignado, ha de declararse firme, por haber sido mal admitida la apelación, la sentencia del Juzgado Municipal, con declaración de nulidad de todas las actuaciones, ya que dicha infracción procesal de precepto de derecho necesario no puede estimarse subsanada por la circunstancia de que el Juzgado de Primera Instancia, al acusarse dicha infracción por la parte contraria, en vez de acceder, como debió hacerlo, a la pretensión en él deducida, acordó requerir a la parte apelante para que en el término de tercero día acreditase hallarse al corriente en el pago de la renta, aplicando erróneamente el párrafo 4.º del artículo 148 de la L. A. U.* (Sentencia de 1 de marzo de 1966; no ha lugar.)

6. COSTAS: EXISTENCIA DE TEMERIDAD: *Procede desestimar el motivo de suplicación, y apreciar temeridad, por no ajustarse a los hechos declarados probados en la sentencia y atribuir a la misma declaraciones que no hace.* (Sentencia de 12 de marzo de 1966; no ha lugar).

2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERÉ RALUY

I. Derecho Civil

1. TÁCITA RECONDUCCIÓN: *En los arrendamientos de la L. A. U. no opera la tácita reconducción.* (S. de 7 de diciembre de 1965; no ha lugar.)

NOTA: Esta doctrina hay que entenderla referida estrictamente a los contratos arrendaticios —con derecho de prórroga forzosa— no al subarriendo sin prórroga forzosa, en el que hay que entender que opera el régimen de tácita reconducción del Código civil.

2. ARRENDAMIENTO DISIMULADO BAJO APARIENCIA SUBARRENDATICIA: FRAUDE: *El firmante, como subarrendatario, de un contrato de subarriendo, no puede alegar la simulación y el fraude si al firmar dicho contrato fue participe del fraude y simulación, no pudiendo ir contra sus propios actos; no cabe pedir la nulidad de un contrato sin ser tercero afectado por la simulación. Las normas de la L. A. U. sobre proscripción del abuso del derecho y del fraude de ley no puede afectar a la impugnación de la naturaleza jurídica del vínculo que une a ambas partes, impugnación que, por ser materia ajena a la L. A. U., no es susceptible de ser planteada en el proceso de resolución del subarriendo por expiración de plazo.* (S. de 1 de diciembre de 1965; ha lugar.)

3. PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: NEGOCIO DE VINOS: *Es una pequeña industria doméstica el negocio de vinos instalado en un portal con una mesa, tres sillas, una pequeña nevera y algunas vasos y botellas y otros pocos elementos.* (S. de 14 de noviembre de 1965; no ha lugar.)

NOTA: Esta sentencia viene a confirmar la tendencia, insinuada ya en otras resoluciones, de incluir en el concepto de pequeña industria doméstica no sólo la actividad estrictamente industrial y artesana, sino también la actividad mercantil de reducidas proporciones.

4. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: DERECHO INTERTEMPORAL: APLICACIÓN DE LA L. A. U. DE 1946: SUCESIÓN CONJUNTA: *Fallecido el inquilino bajo la L. A. U. de 1946, dejando en la vivienda a mujer e hijos, aunque éstos fueran menores de edad, hay que entender que si no se realizó manifestación en contrario, unos y otros sucedieron en el arriendo de forma conjunta, por lo que el arrendador debe dirigir contra todos ellos sus acciones relativas al arrendamiento.* (S. de 26 de noviembre de 1965; no ha lugar.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PLURALIDAD DE DENEGACIONES: *No hay prohibición legal de realizar simultáneamente dos denegaciones de prórroga.* (S. de 12 de noviembre de 1965; no ha lugar.)

6. NECESIDAD: DESEO DE HOGAR INDEPENDIENTE AL RETIRARSE DEL TRABAJO: *Puede invocar la situación de necesidad, quien careciendo de hogar propio y habiendo estado trabajando como ama de llaves quiere poner fin, dada su avanzada edad, a la relación de servicios y establecerse en hogar independiente.* (S. de 24 de noviembre de 1965; no ha lugar.)

7. NECESIDAD: COSA JUZGADA: *No cabe dar lugar a la denegación de prórroga por necesidad si, con base en los mismos hechos, se planteó anteriormente la misma acción, siendo desestimada, tanto más cuanto que en la sentencia que decidió el primer proceso se afirma que el arrendador había declarado que su intención era desalojar al inquilino, por tratarse de cuestión, no ya de necesidad, sino de puntillo de amor propio.* (S. de 13 de diciembre de 1965; no ha lugar.)

8. NECESIDAD: SELECCIÓN DE VIVIENDA: FAMILIARES: *No cabe situar en plano de igualdad, a efectos de selección, al inquilino que vive con un sobrino suyo, mayor de edad y no sujeto a la potestad del arrendatario, con otro que convive con un hijo de menor de edad, ya que este último y no el sobrino del primer inquilino es el que está, con el respectivo arrendatario, en relación de familia, a efecto de selección. Para determinar el concepto de familiar hay que estar al parentesco que tiene en cuenta la L. A. U. a efecto de subrogación arrendaticia «inter vivos» o «mortis causa»* (S. de 26 de noviembre de 1965; no ha lugar.)

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: APROXIMACIÓN AL LUGAR DE TRABAJO: *Procede la denegación de prórroga por necesidad, si la vivienda ocupada por el beneficiario de la denegación de prórroga está en despoblado y a mayor distancia de su lugar de trabajo que la que es objeto de la acción resolutoria.* (S. de 2 de diciembre de 1965; no ha lugar.)

10. NECESIDAD: DESEO DE REUNIR A LA FAMILIA: DERECHO A HOGAR INDEPENDIENTE: *Se halla en situación de necesidad el que vive en el hogar de una pariente y desea establecer hogar propio y vivir con sus familiares residentes en otra población.*

SUPPLICACIÓN: NATURALEZA: ÁMBITO: *El recurso de suplicación no es una tercera instancia. En el recurso no cabe plantear cuestiones nuevas.* (S. de 22 de junio de 1965; no ha lugar.)

11. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO NO NOTIFICADO: CONVIVENCIA FAMILIAR: *La convivencia de la hermana y cuñado del inquilino con éste, convivencia prolongada durante varios años, durante los cuales los indicados familiares convivientes han abonado la mitad de la renta del arriendo y del consumo de agua constituye un subarriendo que, al no haber sido notificado oportunamente al arrendador es causa de resolución del arriendo.* (S. de 3 de diciembre de 1965; no ha lugar.)

12. RESOLUCIÓN POR HOSPEDAJE ILEGAL: *Es causa de resolución el que el inquilino de una vivienda tenga simultáneamente cuatro huéspedes sin consentimiento del arrendador.* (S. de 7 de diciembre de 1965; no ha lugar.)

II. Derecho Procesal

1. SUPPLICACIÓN: ERROR PARCIAL EN LA FUNDAMENTACION: *No cabe estimar el recurso si, aunque alguno de los fundamentos de la resolución recurrida son inaceptables, dicha resolución puede mantenerse por otros.* (S. de 23 de noviembre de 1965; no ha lugar.)

2. JURISPRUDENCIA: *Las sentencias de las Audiencias Territoriales resolviendo recursos de suplicación no constituyen jurisprudencia.* (S. de 24 de noviembre de 1965; no ha lugar.)

3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia.

A cargo de Julio BONED SOPENA
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho Civil

1. ARRENDAMIENTO DE LOCAL PARA CÍRCULO O SOCIEDAD MUSICAL: *Las sociedades musicales se hallan comprendidas en el número 2.º del artículo 2.º de L. A. U., es decir, que el arrendamiento de los locales que ocupen se rige por las normas del Derecho común, por estimarse que la actividad musical, referida no sólo a la enseñanza y ensayos, sino a la manifestación artística que implica su audición por los asociados constituye, de suyo, un esparcimiento o recreo, siquiera sea de un elevado orden espiritual.* (Sentencia de 16 de octubre de 1964; desestimatoria.)

2. ARRENDAMIENTO DE LOCAL PARA SOCIEDAD MUSICAL: EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: *No es acogible la excepción de cosa juzgada, alegando que en anterior sentencia la sociedad musical arrendataria se hallaba protegida por la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues dicha resolución recayó bajo la legislación de 1946 (artículo 8.º, párrafo 2.º), y si bien este precepto se reproduce en el artículo 4.º, número 2.º de la de 1956, esta última Ley contiene como nuevo el artículo 2.º aplicado, que contempla expresamente los locales arrendados para círculos y sociedades de esparcimiento o recreo, por lo que es evidente que la causa de pedir se apoya en diferente fundamento jurídico.* (Sentencia de 16 de octubre de 1964; desestimatoria.)

3. PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: CONCEPTO: *La noción de pequeña industria doméstica hace referencia a una dedicación de actividades desarrolladas en el seno del hogar y creadas por el propio arrendatario de la vivienda, no cuando la instalación industrial, más o menos modesta, se hallaba ya establecida por el anterior inquilino y el nuevo ocupante es continuador de la actividad o explotación desarrollada por el precedente.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: CONVIVENCIA DE PARIENTES: *Si la ocupación de la vivienda por la hermana de la inquilina está motivada por la probada realidad de vínculos íntimos de parentesco, que obligan por la edad y falta de propio valimiento de la persona acogida a prestarlos por sus allegados familiares, carácter de la inquilina, aquellos cuidados que, cual los de alimento y habitación, son derivados de deberes de índole moral y hasta legal, en modo alguno puede admitirse la existencia de subarriendo o cesión.* (Sentencia de 20 de octubre de 1964; desestimatoria.)

5. PRESUNCIÓN DE NECESIDAD POR RAZÓN DE MATRIMONIO: NO ES PRECISO QUE SE CONTRAIGA DENTRO DEL AÑO DEL REQUERIMIENTO: *La necesidad a que se refiere el número 3.º, apartado 2.º del artículo 63 de la L. A. U., no nace del hecho de la celebración del matrimonio, sino que se genera por la existencia del propósito de celebrarlo, cuando es serio y deliberado, como se demuestra por la publicación de las previas amonestaciones canónicas.* (Sentencia de 23 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: INSUFICIENCIA DEL PISO OCUPADO POR EL ARRENDADOR: *Constituye necesidad el hecho de que los hijos del actor, de once y catorce años, han de dormir en una sola cama, por carencia de sitio para colocar otra, no siendo admisible la alegación de que la precisión de espacio podía ser resuelta por medio de literas, ya que no cabe exigir la satisfacción de necesidades más que de manera normal y sin empleo de medios artificiosos, ni tampoco cabe suponer que el traslado desde el piso bajo, más amplio, al primero que ahora ocupa el demandante fuera realizado en mayo de 1956 con el designio de denegar el demandado, en enero de 1963, la prórroga.* (Sentencia de 22 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: COSA JUZGADA: *Según conocida jurisprudencial, la excepción de cosa juzgada no es admisible —siempre, claro está, que no se dé una absoluta identidad en la causa utilizada— en los juicios de resolución arrendaticia, y, por tanto, en aquellos cuya causa se basa en la necesidad de ocupación de una vivienda, pues la idea de necesidad, como algo que demanda una solución en la vida, se presenta en un momento dado y varía según las circunstancias de tiempo y lugar, por lo que no puede ser fijada a ultranza.* (Sentencia de 25 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: DESALOJO DE LA VIVIENDA OCUPADA POR EL ARRENDADOR AUN SIN RESOLUCIÓN JUDICIAL: *El hecho de verse compelido el arrendador al desalojo de la vivienda que ocupa constituye motivo de necesidad suficiente para la denegación de prórroga, sin obligación de esperar a que se ejercite judicialmente la reclamación contra él, pues no hay ningún precepto legal que así lo imponga.* (Sentencia de 30 de octubre de 1964; desestimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CASUÍSTICA: *Si una hija de la propietaria arrendadora de la vivienda litigiosa y su esposo conviven con ésta en su domicilio y aunque el citado esposo trabaje en distinta localidad, pero a la que fácilmente puede trasladarse, pernoctando siempre en la que se hallan la vivienda arrendada y el domicilio mencionado, careciendo de casa propia el matrimonio, que tiene su mobiliario guardado en la casa comercial donde lo adquirió, debe resolverse el arriendo por necesidad.* (Sentencia de 18 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

10. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO VERIFICADO POR MEDIO DE ACTO DE CONCILIACIÓN: SU VALIDEZ: *Cuando se emplea el acto de conciliación como vehículo para la práctica del requerimiento es indiferente que el que*

se celebre pueda o no contener vicios de los que puedan derivarse su eficacia o nulidad, como acto judicial previo a la presentación de una demanda, pues lo que importa, a los efectos arrendaticios, es exclusivamente si la papeleta solicitando la celebración del acto contenía o no los requisitos legales y si se hizo llegar a su destinatario en cualquiera de las formas prevenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

11. **REQUERIMIENTO EFECTUADO AL ASCENDIENTE DEL SUBROGADO EN LA VIENDA; SU VALIDEZ:** *De la naturaleza jurídica de la subrogación arrendaticia, como la colocación de una persona en el lugar que antes ocupaba otra en un contrato de arrendamiento, se desprende que el subrogado se encuentra vinculado y obligado a soportar todas las consecuencias de los actos que anteriormente hayan efectuado de cualquier forma a ese derecho, entre ellas la de que el arrendador que efectuó el requerimiento pueda, sin necesidad de nuevo preaviso, ejercitar la acción denegatoria de prórroga. (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)*

12. **ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DEL INCREMENTO DE RENTA; PARALIZACIÓN EN SU EFECTIVIDAD POR PLAZO SUPERIOR AL LEGAL; SUS CONSECUENCIAS:** *Ejercitada la acción de reclamación de un incremento en la renta, dentro del plazo que se previene en el artículo 101 de la L. A. U., la paralización de la efectividad de la misma no reavivada hasta más de seis meses después, lleva consigo el decaimiento del derecho de la actora. (Sentencia de 5 de noviembre de 1964; desestimatoria.)*

II. Derecho Procesal

1. **RECURSO DE SUPPLICACIÓN; SU PROCEDENCIA:** *Para la procedencia del recurso de suplicación es requisito indispensable, impuesto por su propia naturaleza, que en la sentencia recurrida se haya producido una errónea adecuación entre los hechos que haya declarado probados, inasequibles al recurso, y los preceptos legales o normas de doctrina que se hayan estimado básicos de la resolución suplicada. (Sentencia de 18 de noviembre de 1964; desestimatoria.)*

2. **RECURSO DE SUPPLICACIÓN; CUESTIONES NUEVAS:** *Los Tribunales no pueden, sin incurrir en vicio de incongruencia por exceso de poder, decidir cuestiones distintas y puntos diferentes de aquellos que sometieron las partes a su conocimiento en los escritos fundamentales del pleito. (Sentencia de 29 de octubre de 1964; desestimatoria.)*

3. **RECURSO DE SUPPLICACIÓN; INFRACCIONES PROCESALES:** *No puede impugnarse en el recurso de suplicación la aportación, para mejor proveer, por el Juzgado de un documento que, según el recurrente, debió acompañarse a la demanda, acusando a la sentencia suplicada de haber quebrantado las formalidades esenciales del juicio, pues es doctrina reiterada de esta Sala la de que este recurso va encaminado a corregir los errores «in iudicando» y no los defectos «in procedendo», por no tratarse de una tercera instancia. (Sentencia de 30 de octubre de 1964; desestimatoria.)*

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: PROFESIONES COLEGIADAS Y GREMIOS: *A los efectos de competencia no es dable identificar los conceptos colegio profesional y gremio, con olvido de que las profesiones hacen referencia a actividades de carácter intelectual y moral y los gremios están constituidos por la agrupación de personas dedicadas a ciertas actividades laborales y de trabajo de predominio material, encuadrando oficios y artesanías.* (Sentencias de 3 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

4 Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Granada

A cargo de Julio BONED SOPENA
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho Civil

1. CALIFICACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO COMO DE VIVIENDA O LOCAL DE NEGOCIO; DESTINO DEL OBJETO ARRENDADO: *Si en la demanda se alega que el arrendamiento lo fue de vivienda, al no existir contrato y oponerse a ella el demandado, debió probarse adecuadamente por el actor el destino del objeto arrendado, y al no hacerse así y ser evidente el destino del edificio cuando lo compró y en el momento de interponerse aquélla, como local de negocio, es evidente que como tal ha de considerarse.* (Sentencia de 2 de diciembre de 1965; estimatoria.)

2. PRÓRROGA LEGAL Y TÁCTA RECONDUCCIÓN DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO URBANOS: *La prórroga legal de los contratos y la tácita reconducción son incompatibles entre sí.* (Sentencia de 21 de enero de 1966; desestimatoria.)

3. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: HABITABILIDAD EN LA CONVIVENCIA DE PADRE E HIJA; CIRCUNSTANCIAS QUE NO LA DESVIRTÚAN: *No desvirtúa la habitualidad en la convivencia de padre e hija, a los efectos de la subrogación «mortis causa», el hecho de que, al ser aquél de estado viudo, ésta fuera atendida en ocasiones por unas tías, visitándolas e incluso pernoctando con ellas cuando el padre tenía que ausentarse por razón de sus trabajos profesionales.* (Sentencia de 16 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD; REQUERIMIENTO PREVIO; PUEDE HACERSE POR MEDIO DE MANDATARIO: *Como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1963, el simple hecho de la existencia de un mandato verbal por parte del demandante a un hijo del mismo, para, por conducto notarial, hacer el requerimiento legal al arrendatario, como así se llevó a efecto, y la circunstancia de haber quedado ratificado dicho mandato por medio de la interposición de la demanda, obliga a tenerlo como eficaz, aparte de que el requisito exigido en este aspecto por el artículo 65 de la L. A. U. no debe ser interpretado con tal rigor que obligue a que aquella notificación se haga directamente por el arrendador, ya que no constituye un acto personalísimo.* (Sentencia de 14 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD; REQUERIMIENTO PREVIO ANTERIOR AL VENCIMIENTO DEL PLAZO CONTRACTUAL: *Nada se opone a que el preaviso se verifique antes de haber transcurrido el plazo contractual, como está declarado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1965.* (Sentencia de 14 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO INEFICAZ: OMISIÓN DE LOCAL QUE ANTERIORMENTE SIRVIÓ DE VIVIENDA: *Es ineficaz el requerimiento previo si en él no se tuvo en cuenta, a los efectos de hacerle saber al inquilino afectado por la denegación de prórroga las circunstancias de posposición que concurren en los demás, la existencia de un local en la planta baja del edificio que anteriormente sirvió como vivienda, conforme a lo prevenido en el artículo 65 de la L.A.U., en relación con la Disposición Transitoria 10.ª de la misma Ley.* (Sentencia de 21 de enero de 1966; estimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD DEL QUE ADQUIERE UNA FINCA CON UNA VIVIENDA LIBRE PERO INSUFICIENTE PRETENDIENDO OCUPAR LA ÚNICA RESTANTE QUE QUEDA: *La sola circunstancia de que el propietario que deniega la prórroga haya adquirido poco antes la finca, en la que una sola de las dos únicas viviendas de que se compone, sea insuficiente para satisfacer sus necesidades familiares no puede constituir obstáculo para denegársela al inquilino de la otra vivienda, y de esta forma, con las dos viviendas unidas satisfacer dichas necesidades.* (Sentencia de 1.º de diciembre de 1965; estimatoria.)

8. PRESUNCIÓN DE NECESIDAD DEL NÚMERO TERCERO DEL APARTADO SEGUNDO DEL ARTÍCULO SESENTA Y TRES DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: *Por el hecho de contraer matrimonio e instalarse provisionalmente en casa de los padres de uno de los cónyuges, en espera de poder ocupar la vivienda reclamada, no se desvirtúa la presunción de necesidad recogida en dicho precepto legal, pues precisamente se cumplen los requisitos que configuran el supuesto de hecho.* (Sentencia de 14 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: DEFECTO DE PRUEBA: *Constando únicamente de los autos la alegación del demandado de haberse marchado a trabajar al extranjero, sin que aparezca probado hecho alguno de donde pueda venirse en conocimiento que, en su actitud respecto a la vivienda litigiosa, se dé o concorra ausencia de voluntariedad o conveniencia, en que, según la jurisprudencia, se basa el concepto de justa causa de desocupación, es evidente que procede la resolución al dejar de ocupar la vivienda durante más de seis meses en el curso de un año.* (Sentencia de 2 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

10. CARÁCTER DEL PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETORNO DEL INQUILINO VENCIDO EN PROCESO DE RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: *Los términos en que se expresa el artículo 68 LAU evidencian, sin lugar a dudas, que el derecho de retorno arrendaticio allí sancionado, nace condicionado a que se ejercite en el plazo al respecto establecido, y computado a partir del día que igualmente fija, lo que determina su carácter de plazo de caducidad y no de prescripción.* (Sentencia de 31 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

11. COMIENZO DEL PLAZO QUE PARA LA EFECTIVA OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA RECLAMADA FIJA EL ARTÍCULO 68 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: *La apertura del plazo expresado no puede quedar al arbitrio del arrendador, por lo que, si el inquilino vencido en proceso de resolución contractual, puso a*

disposición de los actores el 16 de diciembre de 1963 la vivienda reclamada, entregando a tal efecto la llave de la misma, dicho plazo empezó a correr el siguiente día 17, sin que logre relevancia en contra el hecho de que el Juzgado, a petición suya deducida al serles ofrecida la llave, les pusiera en posesión material del inmueble y les hiciera entrega de la llave cinco días después. (Sentencia de 31 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

12. ACCIÓN EJERCITADA POR EL ARRENDATARIO DE LOCAL DE NEGOCIO AL OBJETO DE SOLICITAR AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR OBRAS DE MEJORA: *Ejercitada acción por el arrendatario de local de negocio, al amparo del párrafo 3.º, causa 7.ª del artículo 114 LAU, al objeto de obtener autorización judicial para la realización de obras de mejora de las instalaciones o servicios, peca de incongruente la sentencia que, con base en que las pretendidas obras no encajan en dicho supuesto legal, y que en tal caso por tratarse de un arrendamiento de local de negocio la competencia viene atribuida, según el caso 1.º, inciso inicial del artículo 123, a los Juzgados de 1.ª Instancia, contiene un pronunciamiento de absolución en la instancia, tanto más infundado cuanto que las instalaciones o servicios a que se contrae el mentado precepto vienen referidas al local de negocio, sin distingo alguno respecto a que la mejora se proyecte sobre el negocio instalado desde el inicio de la locación o a otro distinto que, legalmente el arrendatario pueda establecer, supuesto que es el aquí contemplado. (Sentencia de 27 de enero de 1966; estimatoria.)*

5. 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. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: CONVIVENCIA CON EL ARRENDATARIO DE PERSONA ACOGIDA: *Si la posesión constante de estado en que se encuentra el arrendatario con relación a una convivente, a la que recogió de la Casa Cuna desde su niñez, prohiéndola y teniéndola como hija, no puede generar una situación legal paterno-filial, es indudable que los efectos de hecho que crea tal posesión son los inherentes a una situación familiar que impiden la existencia jurídica de un subarriendo entre los miembros de la familia así creada* (Sentencia de 22 de febrero de 1966; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR OBRAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO DEL ARRENDADOR: *Según establece la jurisprudencia, el consentimiento tácito exige la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, no teniendo tal carácter el mero conocimiento, que es enterarse de aquello que se le hace saber o se pretende hacer saber, pero no es permiso o conformidad.* (Sentencia de 5 de abril de 1966; desestimatoria.)

II. Derecho Procesal

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: ES PRECISO CITAR EL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *En el recurso de suplicación no basta citar los preceptos legales que se estimen infringidos, sino que es necesario que se concrete el concepto en que lo han sido, motivando tal omisión su falta de viabilidad, puesto que, al igual que ocurre en la casación propiamente dicha, los motivos de inadmisión lo son también de desestimación.* (Sentencia de 23 de febrero de 1966; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: DEMANDA EN LA QUE SE PIDE AUTORIZACIÓN PARA OBRAS: COSTAS: *Si en el suplico de la contestación a la demanda se pedía la desestimación de ésta o, de estimarse, que en todo caso se señalara la elevación de rentas que habría de satisfacerse en la medida en que justamente procedería, habida cuenta las circunstancias concurrentes en el caso, y la sentencia de instancia acepta este pedimento, no hay desestimación total de la pretensión y, por tanto, conforme al artículo 149 LAU, no es preceptiva la imposición de costas.* (Sentencia de 18 de marzo de 1966; estimatoria.)

6. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos.

A cargo de Roberto HERNANDEZ HERNANDEZ

I. Derecho Civil

1. OBRAS MODIFICADORAS DE LA CONFIGURACIÓN: EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL RESOLUTORIA: *Del exámen del párrafo 2.º, número 7.º, del artículo 114 de la L. A. U. no se deduce que el mismo enmarque una subespecie o variedad de la causa resolutoria que en el precedente se sienta, sino que, por el contrario, prevé una excepción a la norma resolutoria por cambio de configuración, cuando las obras que la produzcan —sin afectar a la naturaleza y resistencia de los materiales constructivos de la finca— lo sean por cantidad inferior a tres mensualidades de renta, y el inquilino asegure la vuelta a su primitivo estado, mediante la entregá a la propiedad de la cantidad necesaria para su efectucción.*

OBRAS DE ESTABLECIMIENTO O MEJORA DE INSTALACIONES Y SERVICIOS: *El párrafo 3.º, del número 7.º, del artículo 114 de la Ley Locativa Urbana —de nuevo cuño—, redactado conforme dispone la Ley de 11 de junio de 1964, contempla el único supuesto de obras que, modificadoras de la configuración, lo sean de establecimiento por primera vez o mejora de instalaciones o servicios, no conservativas o de reparación.*

OBRAS DE CONSERVACIÓN: *Por tales han de entenderse aquellas que se proponen el cuidado de la permanencia y subsistencia del inmueble en el tiempo, no sólo para el logro de la supervivencia o inmutabilidad física, sino también a procurar el mantenimiento de su idoneidad para el uso de que es objeto.*

OBRAS DE REPARACIÓN: *Contribuyendo a la misma finalidad que las de conservación, las de reparación tienden —con un propósito inmediato— a la subsanación de la deficiencia observada que precisa la realización de una obra determinada, a fin de que el uso de la finca lo sea con la pleni tud y normalidad con que antes lo era.*

OBRAS DE MEJORA: *Son las obras que, suponiendo adición o supresión de algún objeto o elemento de la edificación, tienden a proporcionar un incremento de las condiciones de utilidad o comodidad, y en caso de vivienda, de sus condiciones de habitabilidad.*

ELEVACIÓN DE RENTAS POR OBRAS: NO HA LUGAR: *Si las obras realizadas no lo fueron de mejora, sino simplemente reparativas o de conservación, y a la vez sufragadas por el inquilino, la propiedad no puede postular elevación de renta alguna. (Sentencia de 12 de febrero de 1966; desestimatoria.)*

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR DERRIBO DE LA FINCA PARA CONSTRUIR OTRA CON MAYOR NÚMERO DE VIVIENDAS: DERECHO DE RETORNO: *El derecho de retorno únicamente implica la suspensión de los efectos del contrato locativo mientras duren las obras de demolición y reedificación.* (Sentencia de 23 de febrero de 1966; declarando firme la resolución recurrida y nulas las actuaciones practicadas a partir del escrito impugnatorio por falta de consignación de la renta)

NOTA: Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1965. En dicha resolución, clara y resueltamente, se sienta la tesis de que la decisión unilateral del arrendador de derribar la finca, por su propio interés, para edificar otra con mayor número de viviendas —con lo que también entonces resulta beneficiado el interés general—, y reserva en la finca reconstruida de viviendas o locales de negocio para reinstalarse los arrendatarios de la derruida, si éstos lo desean, si bien *técnicamente* extinguiría el primitivo contrato por pérdida del objeto, para dar lugar al nacimiento de otro nuevo, *en la práctica* ha podido decirse que se suspenden simplemente los efectos del anterior, porque en él se apoyan y de él derivan los recíprocos derechos y obligaciones, se parte de la renta anterior para modular la nueva, se hace referencia a las circunstancias del objeto de aquel contrato para determinar las características del nuevo local y, finalmente, la propia terminología legal no lo califica como una causa de extinción del contrato, sino de excepción a la prórroga y continúa llamando arrendatarios —artículo 82—, a los que propiamente no tienen este título, sino un *derecho expectante de reinstalación.*

3. «PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA»: *Ha de calificarse como tal aquella que es ejercida —en el hogar— personalmente por el inquilino, su cónyuge o parientes de uno u otro sexo, hasta el tercer grado, que con cualquiera de ellos conviva, y que constituya una ayuda o medio de vida para el sostenimiento familiar.* (Sentencia de 23 de febrero de 1966; desestimatoria.)

NOTA: Véanse las Sentencias de la misma Sala de 10 de octubre de 1961, 11 de mayo de 1962 y 20 de septiembre de 1965, publicadas en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomos XV, XVI y XVIII, fascículos 2.º, 1.º y 4.º, páginas 583, 272 y 1044, números 20, 14 y 8, respectivamente.

4. SELECCIÓN PREVIA: CASO DE VARIAS VIVIENDAS SITAS EN FINCAS DISTINTAS: *Es norma jurisprudencial aceptada unánimemente —aunque en la actualidad y después de la reforma introducida por la Ley de 11 de junio de 1964 se la haya privado de rango legal—, la de que el propietario con más de una finca arrendada en una misma localidad, puede ejercitar su derecho de denegación respecto de una vivienda situada en cualquiera de ellas, lo que no le exime del deber de selección si hubiera en la finca elegida varias que puedan ser medio adecuado para la satisfacción de sus necesidades.*

NOTA: La circunstancia de encontrarse las facultades dominicales muy mermadas en el ámbito de las relaciones arrendaticias por imperativos sociales —según se dice en la propia resolución—, incide en que no puedan recortarse hasta el extremo que el arrendador, por aplicación absoluta del criterio legal de selección, se viera forzado a residir en una zona o barrio en que padecieran sus intereses de índole social, profesional o económico, e incluso su propia comodidad.

Igual criterio se siguió en la sentencia de la misma Sala de 22 de diciembre de 1965 publicada en el fascículo 1.º del tomo XIX.

SELECCIÓN PREVIA; ARRENDADOR PROPIETARIO DE DOS PISOS DADOS EN LOCACIÓN Y SITOS EN EL MISMO EDIFICIO, AUNQUE AMBOS CONSTITUYAN REGISTRALMENTE FINCAS INDEPENDIENTES: *La circunstancia de que las dos viviendas arrendadas de un mismo propietario se encuentren ubicadas en la misma finca o edificio hace inevitable la selección, sin podérselas conceder el trato de finca independiente por el hecho de pertenecer a un edificio en régimen de propiedad horizontal, y ser insostenible mantener su individualidad porque cada una de ellas abra folio registral independiente, ya que el artículo 64 de la L.A.U. impone la obligación de seleccionar «en las fincas arrendadas por pisos».* (Sentencia de 5 de marzo de 1966; desestimatoria.)

5. **RESOLUCIÓN POR OBRAS; NO MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN; CASUÍSTICA:** *Siendo el objeto del arrendamiento una casa —planta baja y piso— y terreno anexo de dos carros de cabida —unos trescientos veinte metros cuadrados—, y éste de aprovechamiento agrícola y pecuario, la finalidad arrendaticia no la constituye solamente el uso de la casa como vivienda, sino la utilización también para sus fines peculiares, singularmente los propios de un corral, en los que habitualmente —en un pueblo agrícola— se suelen tener aves domésticas, de donde se infiere que la construcción de un gallinero —de tipo superficial y sin cimientos— de algo más de dos metros cuadrados, ocupando una mínima parte del terreno arrendado, respecto del cual no constituye un cambio esencial y sensible, sino que se adecua con la naturaleza y destino de lo arrendado, no puede considerarse modifica su configuración.* (Sentencia de 12 de marzo de 1966; estimatoria.)

NOTA: Confrontar la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio y 5 de octubre de 1956, 13 de febrero y 30 de abril de 1959, y 10 de marzo de 1960.

6. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD; ENFERMEDAD QUE IMPIDE EL CULTIVO DEL FUNDO RÚSTICO LLEVADO EN LOCACIÓN Y QUE CONLLEVA EL DESALOJO DE LA CASA-HABITACIÓN OCUPADA; CASUÍSTICA:** *Del supuesto fáctico acreditado de que los actores, matrimonio sin hijos, de edad avanzada, aquejados ambos de enfermedad que les impide la realización de trabajos agro-pecuarios y que les impele a llevar un régimen de reposo relativo, evitando fríos y humedades, llevan en arrendamiento una finca rústica sita en término de V, con clima, como propio de la montaña, rigurosamente húmedo, viviendo en una pequeña casa, necesaria para la explotación del fundo, del que es aneja, lógicamente ha de deducirse, la imposibilidad de que sigan en las faenas propias de la agricultura, y como consecuencia tengan que cesar en la locación arrendaticia y en el uso y goce de la casa-habitación predicha, lo que les coloca en la necesidad de ocupar la finca urbana que, de su propiedad ocupa la demandada.* (Sentencia de 28 de marzo de 1966; desestimatoria.)

7. **SELECCIÓN PREVIA; PERSONAS A COMPUTAR; CASO DE SUBARRIENDO CONSENTIDO EXPRESAMENTE POR LA PROPIEDAD:** *A efectos de selección han de computarse la personas que convivan en la vivienda con el inquilino, cuando éstas lo sean en virtud de contrato de subarriendo consentido expresamente*

por la propiedad arrendadora, que por tal concepto percibe un aumento de renta.

NOTA: Caso distinto es el contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1959, en que la inquilina ejercía en la vivienda la industria doméstica de hospedaje, y ninguna relación existía entre los huéspedes y la propiedad, que no podía quedar perjudicada por un acto ajeno de cesión a un tercero de varias habitaciones de la vivienda, sin contraprestación alguna a su favor.

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: INSUFICIENCIA DEL PISO OCUPADO: CASUÍSTICA: *Acreditado que la hija para quien se reclama la vivienda ocupa con su marido y dos hijos de corta edad un piso de treinta y cuatro metros de superficie, descompuesto en cocina, dos habitaciones y trastero, pericialmente reputado insuficiente, se colige la necesidad física, natural y jurídica del piso reclamado, contiguo al que habitan, por ser éste medio vital para el desarrollo normal de las facultades humanas y de las relaciones de familia.*

NECESIDAD: CONCEPTO: *La necesidad es un concepto económico jurídico que alcanza por igual a cualquier ambiente de población y que sitúa aquélla entre los forzoso y conveniente.* (Sentencia de 31 de marzo de 1966; estimatoria.)

9. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: ACTIVIDADES INMORALES COMETIDAS EN EL INTERIOR DE LA VIVIENDA POR EL SUBARRENDATARIO: CASUÍSTICA: *El inquilino debe responder de los escándalos y actividades inmorales que, durante muchos años seguidos, con su aquiescencia por inactividad sin tratar de poner remedio y fin a los mismos, produjeron los subarrendados; sin que a dicha tesis se pueda oponer el que el inquilino presentó demanda resolutoria del subarriendo por la causa octava del artículo 114 de la L. A. U., ya que la misma lo fue con posterioridad a la presentación del escrito inicial del proceso, objeto hoy de recurso.*

NOTA: En la presente resolución se aplica la doctrina jurisprudencial reiterada —sentencia, entre otras, de 12 de noviembre de 1957, 8 de noviembre de 1958 y 5 de mayo de 1960— de que hay que referir el pleito al momento de su incoación. (Sentencia de 1 de abril de 1966; estimatoria.)

10. FINALIDAD DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL: SU INTERPRETACIÓN: *El fin primordial de la legislación de alquileres es el resolver o atenuar la falta de alojamientos, debiendo por ello rechazarse toda interpretación que conduzca a entorpecer los propósitos legislativos, agravando, por el contrario, la crisis de viviendas.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: INEXISTENCIA: TRASLADO FORZOSO DE MILITAR: CASUÍSTICA: *Destinado el demandado con carácter forzoso a prestar sus servicios militares a la ciudad de Z. —donde ha venido disfrutando de alojamiento— en octubre de 1961, desde cuya fecha no ha ocupado la vivienda litigiosa más que al disfrutar permiso de verano, en Navidad y durante seis días en el mes de mayo, resulta evidente no se infringió en la sentencia recurrida el artículo 62,*

número 3.º de la vigente L. A. U., dado que el traslado forzoso en la carrera militar es un hecho normal y corriente, y la jubilación forzosa del mismo no ha de tener lugar hasta el 14 de noviembre de 1966, fecha en la que ya han transcurrido los cuatro años que, como justa causa en el traslado de los militares, señala el Decreto de 31 de octubre de 1958, plazo que incluso había transcurrido, cuando con fecha 16 de noviembre del pasado año, el referido arrendatario pasó a la situación de disponible en la plaza de S. (Sentencia de 5 de abril de 1966; desestimatoria.)

11. ABUSO DE DERECHO: CONCEPTO: INEXISTENCIA: *Para que se dé la existencia del abuso del derecho, requiere el artículo 9.º de la L. A. U., que la intención o propósito de la efectividad de un derecho sea sólo el causar un daño a otro interés jurídico no protegido y que no resulte provechoso para el agente que lo ejercita, sin que sea bastante el que resulte detrimento para otro, pues en toda colisión de derechos ha de resultar perjudicado el no protegido, o el que lo es en menor grado.*

NOTA: Confróntese la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1959.

12. «PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA»: *Partiendo de la noción jurisprudencial de «pequeña industria doméstica», que arranca de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1957, es obvio que merece esta conceptualización legal la de transportes que el inquilino ejerce por sí mismo en la vivienda arrendada, sin valerse de asalariados, por llevar, en un buen orden valorativo, la idea de accesoriedad de la actividad industrial respecto del destino propiamente inquilinario, que es el supuesto contemplado en el inciso 1.º del artículo 4.º de la L. A. U. (Sentencia de 9 de abril de 1966; desestimatoria.)*

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CONVIVENCIA NO DESEADA: *Es doctrina reiterada que nadie está obligado a mantener una convivencia no deseable ni deseada.*

NECESIDAD: NO EXISTE: *La circunstancia de que el actor mantenía la convivencia, en tiempo en que estaba a su disposición y desocupada la casa que voluntariamente entregó a su hijo, accediendo al requerimiento efectuado en la conciliación de 3 de febrero de 1963, unida a la inexistencia de alegación alguna y de elemento de prueba sobre suceso o acontecimiento que hubiera incidido en las relaciones que el demandante mantenía con la hermana con quien convivía durante el corto periodo transcurrido entre la entrega de la casa al hijo y la negativa de la prórroga de este contrato, hacen poner en entredicho la existencia y seriedad de la situación de necesidad que se invoca para oponerse a la subsistencia del arriendo. (Sentencia de 9 de abril de 1966; desestimatoria.)*

II. Derecho Procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: *Del juego y confrontación de los artículos 122, 130 y 132 de la L. A. U., y de la «ratio legis», aludida en la Exposición de Motivos de la Ley de 1955, expresiva de que el nuevo recurso —de suplicación— obedece a la necesidad de buscar la unificación del criterio judicial, se infiere, sin lugar a dudas, el no poderse revisar en dicho proceso especial y extraordinario leyes o preceptos extraños a la materia arrendaticia urbana, de suerte que pueden constituir su objeto, únicamente, preceptos sustantivos de la Ley especial o inmediatamente relacionados con ella; sin que su ámbito pueda extenderse a normas cuya superior interpretación y elaboración doctrinal competen al más Alto Tribunal de Justicia.* (Sentencia de 22 de febrero de 1966; desestimatoria.)

NOTA: Confrontar la doctrina sentada por la misma Sala en sentencias de 14 de julio de 1961 y 13 de diciembre de 1963, publicadas en ANUARIO, tomos XV y XVII, fascículos 2.º y 1.º, páginas 585 y 259, sentencias números 3 y 1, respectivamente.

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO INTERPUESTO RECURSO POR UNA PARTE NO CABE LA ADHESIÓN AL FORMULADO POR LA CONTRARIA: *Este recurso, por el carácter extraordinario que le distingue, no consiente la posibilidad de adhesión por la parte no recurrente, que sólo tiene abierto el camino de la impugnación en vía principal si la sentencia o alguno de sus particulares pronunciamientos le ha causado gravamen.* (Sentencia de 9 de abril de 1966; desestimatoria.)

NOTA: Idéntico criterio se siguió por la Sala en sentencia de 11 de mayo de 1963, publicada bajo el número 3, en ANUARIO, tomo XVI, fascículo 3.º, página 966.

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.
Extranjero, 540,— pesetas.
Número suelto: España, 125,— pesetas.
Extranjero, 150,— pesetas.