

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XIX
FASCICULO I



ENERO-MARZO
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 URÍA GONZALEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

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

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

JUAN VALLET DE GOYTISOLO: <i>Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar</i>	3
GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS: <i>Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes</i>	45
VICENTE GUILARTE ZAPATERO: <i>Algunas consideraciones sobre la partición adicional del artículo 1.079 del Código civil</i>	55
RAFAEL ALVAREZ VIGARAY: <i>La responsabilidad por daño moral</i>	81

Estudios legislativos

RODRIGO BERCOVITZ: <i>Las ventas a plazos de bienes muebles</i>	117
--	-----

Vida Jurídica

Noticias:

<i>Curso de conferencias sobre cuestiones relacionadas con la Administración de Justicia, organizado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos y el Instituto Español de Derecho Procesal, por Jesús Carnicero y Espino</i>	187
--	-----

Bibliografía

Libros 201

BARBIERA, L.: *L'ingiustificato arricchimento*, por José Bonet Correa; COCO, G. S.: *Crisi ed evoluzione nel Diritto di proprietà*, por José Bonet Correa; D. MOLINARIO, Alberto: *La enseñanza de las potestades y relaciones jurídicas*, por Luis Moisset de Espanes; GITRAMA GONZALEZ, Manuel: *Familia, alimentos civiles y seguridad social*, por Gabriel García Cantero; RIVOLTA, G. M.: *La partecipazione sociale*, por José Bonet Correa; RONTONDO, Mario: *Istituzioni di Diritto privato*, por José Guillermo G.-Valdecasas; SANTOSUOSSO, Fernando: *Il matrimonio e il regime patrimoniale della famiglia*, por Gabriel García Cantero; SPITERI, Pierre: *L'egalité des époux dans le régime matrimonial legal*, por Gabriel García Cantero; VECILLA DE LAS HERAS, Luis: *El principio de la no sugerencia procesal*, por Jesús Carnicero y Espino.

Revistas

A cargo de Rodrigo Bercovitz, Antonio Manuel Morales Moreno y Justo Jiménez Nicolás 215

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de Antonio de Leyva y Andía 237

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas

Sobre la inmutabilidad del régimen económico conyugal (en torno a la Sentencia de 18 noviembre 1964), por Luis Puig Ferriol 240

II. Sentencias 257

III. Sentencias de suplicación:

1. *Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid*, por Manuel Trenzado 293
2. *Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona*, por José Peré Raluy 295
3. *Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Granada*, por Julio Boned Sopena 300
4. *Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia territorial de Valencia*, por Julio Boned Sopena 302
5. *Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de La Coruña*, por Julio Boned Sopena 304
6. *Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos*, por Roberto Hernández Hernández 308

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125 —1958.

IMPORANTE

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

MÁDRID

TOMO XIX
FASCICULO I



ENERO-MARZO
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.

Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar (*)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: 1. Importancia social del régimen sucesorio del país.—2. Formas fundamentales de sucesión: a) La acumulación hereditaria forzosa; b) La división hereditaria forzosa; c) La libertad de testar.—3. Sistema negativo, sistemas restrictivos de la herencia—Sociedad organizada en cuerpos intermedios, con la familia como célula primera, y sociedad de masas: el problema de su coexistencia. Conveniente separación entre poder económico y poder político. 4. Sistemas de libertad relativa de testar, o de legítimas.—5. Argumentos en pro y en contra de la libertad de testar y de las legítimas: A) EN FAVOR DE LA LIBERTAD DE TESTAR. a) De carácter *individualista*: 1.º, Los derechos de personalidad y libertad. 2.º, El derecho de propiedad.—6. b) Argumentos de carácter *familiar*.—7. Réplica a estos argumentos: la posibilidad de abusos.—8. c) Argumentos de carácter *político*.—9. d) Argumentos de *utilidad social*.—10. c) Argumentos de carácter *empírico* o *práctico*.—11. B) EN FAVOR DE LAS LEGÍTIMAS: a) Razones de tipo *individualista*: el principio de la *igualdad* y su controversia.—12. b) Razones de carácter propiamente *jurídico*: 1.º, *La copropiedad familiar*.—13. 2.º, El llamado *fideicomiso tácito*.—14. 3.º, *Los deberes de la paternidad*.—15. c) Razones de tipo *político*. Su discusión.—16. d) Razones de orden *económico* o *práctico*. Su análisis y confrontación con la realidad.—17. ¿Cuándo puede estimarse que hay libertad de testar?; ¿cuál es su medida?—18. Los deberes morales de colocar y dotar a la prole, ¿pueden traducirse jurídicamente de modo objetivo y concreto?—19. Circunstancias determinantes de la respuesta adecuada en cada sistema: a) Clima moral existente; b) Costumbres y usos vividos; c) Objeto o contenido de la sucesión.—20. Distinción al respecto entre: *patrimonios dinámicos* o de *producción*, y *patrimonios estáticos* o de *ahorro rentista*.—21. El problema en la pequeña y en la mediana propiedad rústica. Fórmulas para conservar, sin desmembrarlo, el *fundus instructus*: las vinculaciones, la indivisibilidad forzosa y la libertad de disponer utilizada a dicho fin en testamento o en contrato sucesorio.

1. La temática de la justificación de las legítimas y de su significado está unida a la del mismo Derecho sucesorio. Presupuesta la admisión de la propiedad y del patrimonio privados, sin los cuales el Derecho sucesorio no tendría lugar, se plantea su destino una vez haya muerto su titular. Desechada su atribución al Estado, o a cualquier otro ente público, que equivaldría a marcar el tránsito en pro-

(*) Este trabajo se publicará en su día, D. m., como capítulo 1.º de la parte I de la obra en preparación: *Limitaciones de Derecho sucesorio de la facultad de disponer*, correspondiente al volumen LVIII del Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, del Instituto de Estudios Jurídicos.

gresión geométrica hacia la socialización total, queda por buscar la persona privada que deba suceder (1).

La importancia de la elección del régimen sucesorio con referencia precisamente a la libertad de testar o a la atribución o distribución forzosa de la herencia en una u otra forma, es mayor de lo que generalmente se cree. Su real medida, con visión dilatada y profunda, nos la ofrece el texto de Tocqueville que a continuación transcribimos (2):

“Me causa sorpresa que los publicistas antiguos y modernos no hayan atribuido a las leyes sobre las sucesiones mayor influencia en la marcha de los negocios humanos. Estas leyes, a la verdad, pertenecen al orden civil pero deberían hallarse colocadas a la cabeza de todas las instituciones políticas, en razón a que influyen increíblemente en el estado social de los pueblos, cuyas leyes políticas sólo son la expresión. Tienen, además, un modo seguro y uniforme de obrar sobre la sociedad, pues se apoderan en cierto modo de las generaciones aun antes de que nazcan. Por su medio se halla armado el hombre de un poder casi divino sobre el poder de sus semejantes. El legislador arregla una la sucesión de sus ciudadanos, y descansa durante siglos enteros: después de imprimir el movimiento a su obra, puede retirar de ella su mano, la máquina obra por sus propias fuerzas y se dirige por sí sola hacia un objeto indicado de antemano. Constituida de cierto modo, reúne, concentra y agrupa en torno de cierta cabeza la propiedad y poco después el poder hace surgir, en cierto modo, del suelo a la aristocracia. Conducida por otros principios y lanzada en otra senda, su acción es más rápida todavía; divide, distribuye y disemina los bienes y el poder; acontece entonces, algunas veces, que asusta la rapidez de su marcha; desesperando de detener su movimiento, se procura al menos suscitar ante ella dificultades y obstáculos; se quiere contrapesar su acción por medio de esfuerzos contrarios; ¡ciudadanos inútiles!, destruye o hace volar en pedazos todo cuanto encuentra a su paso, se levanta y vuelve a caer incesantemente sobre el suelo, hasta que ya no presenta a la vista más que un polvo movido e impalpable, sobre el cual se asienta la democracia.”

2. Antón Menger (3) escrutó la existencia de tres formas fundamentales de sucesión, a saber:

a) La de *acumulación hereditaria forzosa*, que pretende mantener todo el patrimonio unido, con un solo titular que forzosamente lo vaya transmitiendo sin dividir, de generación en generación, dando

(1) Cfr. nuestro *Panorama de Derecho Civil* (Barcelona, 1963), tema XI, número 1, págs. 262 y ss.

(2) ALEJANDRO DE TOCQUEVILLE: *De la democracia en América*, con un examen de la democracia en los Estados Unidos y Suiza”, vers. española (Madrid, 1894), cap. III, pág. 37.

Cfr. también José de Liñán y Eguizábal, *Estudio sobre la libertad de testar*, § I y notas 3 a 7, en *Estudios Jurídicos*, 1.^a serie (Madrid-Bilbao, 1898), páginas 5 y ss.

(3) A. MENGER: *El Derecho civil y los pobres*, trad. española de A. Posada (Madrid, 1898), cap. V, n. LIV, págs. 393 y ss.

lugar a acumulaciones progresivas por la unión en sucesivas generaciones, al patrimonio vinculado, del perteneciente a quien contraiga matrimonio con su actual titular y por los incrementos del ahorro.

b) El sistema de *división hereditaria forzosa*, generalmente igualitaria.

c) Y, finalmente, el sistema de *libertad de testar*.

Buscando las raíces filosóficas de estos sistemas, ha observado Gustav Radbruch (4) que:

“El principio individualista del derecho hereditario es el de la libertad de testar. Es una manifestación del derecho de propiedad que continúa más allá de la muerte.”

“Empero, tanto la sucesión intestada como el sistema de legítimas, son también susceptibles de una fundamentación inmediata individualista y no ciertamente desde el punto de vista del causante, sino desde el del heredero”.

“La función familiar del derecho hereditario puede fundamentarse no sólo desde el punto de vista del individualismo, sino también desde el del supraindividualismo. La familia, entonces, no es sólo un centro de relaciones personales entre parientes, sino una totalidad suprapersonal por cima de dichos hombres, que no puede estar limitada al círculo de aquellas relaciones personales, sino que más bien abraza como una unidad, sobre la distancia de los tiempos, a las generaciones presentes y pasadas y sobre las diferencias de los grados a todos los parientes próximos y lejanos”... “Lo que en la concepción individualista de la función familiar del derecho hereditario obligaba a la admisión del sistema de legítimas, lleva en la concepción supraindividualista a admitir la aglomeración forzosa de la herencia, el fideicomiso y el derecho hereditario integral.”

“En este punto surge la contradicción con el punto de vista de la concepción igualitaria democrática... la herencia de la riqueza significa en el otro extremo del orden social la herencia de la pobreza.”

“De semejantes consideraciones surge continuamente la exigencia, aun manteniendo la propiedad privada, de la limitación o abolición del derecho hereditario. Y... semejante abolición... llevaría, en un tiempo imprevisible, a poner en manos del Estado todo el patrimonio nacional y a fundar, por tanto, el socialismo.”

“Sin embargo, en defensa del derecho hereditario privado, especialmente en su forma de aglomeración forzosa de herencia, se han aportado también motivos sociales”... en “el sentido de conservar una determinada unidad económica más allá de la muerte de su fundador. La conciencia de pervivir en la obra es un impulso justísimo en la creación cultural y económica. El precepto fundamental de un orden sucesorio así entendido rezaría: “Sólo puede ser heredero aquel que esté llamado a continuar poniendo en obra los fines verdaderos

(4) GUSTAV RADBRUCH: *Filosofía del Derecho*, trad. española de la 3.^a edición alemana (Madrid, 1952), § 21, págs. 206 y ss.

de la propiedad" (5); "¿En quién mejor puede continuar viviendo la obra—se pregunta (6)—que en manos de aquellos que crecieron en el círculo de la acción del causante, o que éste ha formado como continuadores, es decir, sus herederos legales o voluntarios?"

3. Queda un último sistema totalmente negativo de la herencia, o que la restringe a ciertos bienes de uso y consumo, porque el Estado absorbe la propiedad de todos los bienes, o por lo menos de los de producción. Formas intermedias son aquellas que con elevados impuestos sucesorios reducen la sucesión voluntaria o la familiar a la parte, más o menos reducida, no absorbida por dichos impuestos (7):

Al llegar a este punto y a medida que profundizamos en nuestro tema, observamos que sus raíces se aproximan a las que constituyen el fundamento de la propiedad privada. Recordemos la frase de Thiers (8): "instituyendo la propiedad personal dio la sociedad al hombre el único estímulo que puede excitarle a trabajar. Faltábale una cosa: hacer infinito el estímulo, y éste fue su objeto al instituir la propiedad hereditaria".

Tenemos frente a frente: una sociedad organizada en cuerpos intermedios naturales, con la familia como célula primera (9), de una parte,

(5) BUSCHAUER: *Das Erbnrecht (La injusticia de la herencia)*, 1918, página 53 [cita de Radbruch].

(6) SCHAFFLE: *Kapitalismus und Sozialismus*, 1870, 4.ª conf. [cita de Radbruch].

(7) Este régimen es el que realmente rige entre nosotros en la línea colateral de parentesco, dando lugar a la desaparición de casas labradoras o a su salida de las familias que durante varias generaciones las habitaron y, paralelamente, con respecto a industrias o establecimientos mercantiles explotados familiarmente. Sólo la ocultación de valor evita a veces el efecto destructor del impuesto sucesorio.

(8) LOUIS ADOLPHE THIERS: *La propiedad*, cap. X *in fine* y cap. VII, donde afirma: "Que la propiedad no es completa sino cuando es transmitida por donación o por herencia" (Cfr. ed. castellana, Madrid, 1886, pág. 81 y pág. 65). Cfr. también MANUEL ALONSO MARTÍNEZ: *El Código civil en relación con las legislaciones forales*, cap. IV, Sec. I, (2.ª ed., Madrid, 1947, págs. 49 y ss), donde transcribe varias páginas de su libro sobre la propiedad.

(9) FEDERICO LE PLAY (*L'Organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps —paris 1871—* Lib. I, capítulo I, §§ 2 y ss., págs. 9 y ss.) distinguió: La *famille patriarcale* en el cual varias generaciones se agrupan en el hogar paterno en el que continúan los hijos, aunque se casen; régimen característico de los pueblos pastores, que en las épocas buenas resulta equitativo, pero en períodos de corrupción oprime a sus individuos y decae en la rutina o en la miseria. La *famille instable* donde el individuo no se reúne en torno a un hogar y en la que el nido paterno, que se deshace a cada generación, lo abandonan los hijos tan pronto pueden bastarse a sí mismos, régimen característico en tiempos primitivos de los pueblos cazadores y hoy en las masas de las grandes aglomeraciones urbanas, que admiten cortas épocas de prosperidad por el impulso de hombres superiores, pero que en las épocas duras son arrastradas al exceso de individualismo y de insaciables deseos de novedad. Y la *famille souche*, en la que uno sólo de los hijos se casa en el hogar paterno, conviviendo en él con padres, abuelos y hermanos o tíos solteros, continuando las tradiciones familiares; régimen característico de los pueblos labradores, que concilia mejor que los otros la virtud con un cierto desarrollo de la riqueza en los individuos y de la fuerza en los gobernantes.

y, de otra, una sociedad de masas tutelada y dirigida por el Estado (10). Ante la evidencia de que en los países no comunizados conviven, más o menos, una sociedad de familias y una masa amorfa de población, la diversidad de ambos sistemas se muestra según sea la tendencia predominante: bien la de masificar a todos en un régimen orientado hacia el socialismo, en el cual el Estado pretende proveer de todo a todos, absorbiendo al máximo, a dicho fin, el poder económico y, con él, todo el poder en orden monetario (11); o bien, por el contra-

(10) "El hecho de la masa no consiste en el gran número, en algo cuantitativo, sino que consiste en algo cualitativo, a saber: en la falta de estructura. Masa es lo amorfo, lo que no tiene *trama*, urdimbre, ni estructura: es la mera reunión o contigüidad de partículas iguales. Ahora bien, esa falta de estructura es idéntica con la apatridia espiritual. La causa primera más *profunda* de la masificación es el desarraigo religioso; pero su causa primaria *inmediata* es el dogma moderno de la igualdad, el cual se produce como efecto de aquella apatridia espiritual. Sucede que la apatridia religiosa arranca al hombre de la estructura *metafísica* de su existencia: el hombre deja de estar arraigado en un orden eterno. El dogma de la igualdad de todos arranca al hombre de su estructura *social*, destruye la estructura orgánica... Lo que decide no es el número, lo que decide es únicamente la estructura. Ahora bien, hay estructura sólo en virtud de lo desigual". (EMIL BRUNNER: *La justicia*, traducción al español de la 1.ª edición, Zurich, 1943, por Luis Recaséns Siches, México, 1961, cap. XIX, págs. 229 y s.).

"Pueblo y multitud amorfa, o, como suele decirse, "masa", son dos conceptos diferentes. El pueblo vive y se mueve por su vida propia; la masa, es de por sí inerte, y sólo puede ser movida desde fuera. El pueblo vive de la plenitud de vida de los hombres que lo componen, cada uno de los cuales—en su propio puesto y según su manera propia—es una persona consciente de su propia responsabilidad y sus propias acciones. La masa, por el contrario, es para el impulso del exterior fácil juguete en manos de cualquiera que explote sus instintos o sus impresiones, presta a seguir sucesivamente hoy esta bandera; mañana, otra distinta. De la exuberancia de vida de un verdadero pueblo, se difunde la vida abundante y rica, por el Estado y por todos los organismos de éste, infundiéndoles con un vigor renovado sin cesar, la conciencia de su propia responsabilidad, el sentido verdadero del bien común. El Estado, por el contrario, puede servirse también de la fuerza elemental de la masa, manejada y aprovechada con habilidad; en las manos ambiciosas de uno sólo o de muchos, reagrupados artificialmente por tendencias egoístas; el Estado mismo puede con el apoyo de la masa, reducida a simple máquina, imponer su capricho a la parte mejor del verdadero pueblo; el interés común queda gravemente lesionado por largo tiempo, y la herida es, con frecuencia, muy difícil de curar" (PIO XII, Radiomensaje de Navidad de 1944, *Benignitas et humanitas*, I, 17).

(11) Recordemos que la doctrina clásica (SANTO TOMÁS DE AQUINO, BARTOLO DE SAXOFERRATO, NICOLÁS ORESMIO, DIEGO COVARRUVIAS y los Papas INOCENCIO III, INOCENCIO IV y BONIFACIO VIII), consideró fuera de la competencia del Príncipe la alteración del valor de la moneda (cf. nuestro trabajo *La antite-sis Inflación-Justicia*, en Rev. Jurídica de Cataluña, T. LIX, septiembre-octubre 1960, págs. 531-582, o en Rev. Internacional del Notariado, año XIII, números 50-51-2.º y 3.º trimestres 1961, págs. 46-111). La diversidad de puntos de vista entre la orientación de una sociedad organizada sobre la base de la familia y de la responsabilidad de su jefe, de una parte, y de otra, la de una organización totalitaria de signo estatal, al ser aplicada a las finanzas públicas, se refleja en la admonición de PIO XII, en su *Discurso a los Participantes en el Congreso del Instituto Internacional de Finanzas Públicas* (2 octubre 1948): "absteneros de aquellas medidas que, no obstante su virtuosidad técnica, quitan y hieren el sentido de lo justo y de lo injusto del pueblo, o que desplazan a un

rio, se procure desmasificar, promoviendo el acceso de la masa a la pequeña propiedad familiar.

Es de resaltar, bajo este aspecto, que: mientras la concentración de la seguridad social en las solas manos del Estado (12) y su control de la llamada democratización de la enseñanza o igualdad de oportunidades (13), con la consiguiente asunción por la administración del enorme volumen de fondos que ello supone, conducen al primer resultado; otras tendencias, que en nuestro país paradójicamente fueron propugnadas por algún partido político situado antes de nuestra guerra a la izquierda, como el ideal de "*la caseta y l'hortet*" (la casita y el huertecito) para cada trabajador, de ser realizados llevarían al opuesto resultado de la desmasificación y la no estatificación, es decir, por lo tanto, en una dirección contraria al socialismo.

"El derecho de propiedad incluso de los bienes de producción —ha dicho Juan XXIII en *Mater et Magistra* (14)—, tiene un valor *permanente* por la precisa razón de que es un *derecho natural* fundado en la prioridad ontológica y teológica de los individuos sobre la sociedad..."

En otro plano —como ha dicho Haessle (15)— "hay que reconocer con el testimonio de la experiencia universal que el principal estimulante del trabajo, sea intelectual o manual, es el interés perso-

plano secundario su fuerza vital, su ambición de recoger los frutos de su propio trabajo, su preocupación por la seguridad familiar: consideraciones que en el espíritu del legislador deben tener el primero y no el último rango".

Estas medidas, con su "virtuosidad técnica", cuando no es debida a simples razones políticas —"*es siempre una política desaprensiva y criminal lo que la provoca*", ha calificado duramente LUDWIG ERHARD (*Bienestar para todos*, versión española de la 4.^a ed. alemana, Barcelona, 1961, cap. XII, pág. 213)—, tiende a sustituir la seguridad familiar por la seguridad social, consiguiendo, por lo menos, destruir la primera, pero sin lograr alcanzar la segunda en forma efectiva, sino tan sólo de modo ilusorio (cfr. ERHARD, loc. y pág. cit.). ¡Díganlo si no los pensionistas, que son las primeras víctimas de la inflación!

(12) Cfr. L. ERHARD (op. y cap. cit., págs. 213 a 216), que concluye optando entre las dos tendencias a que venimos haciendo referencia en el texto: "Bastante mejor iría a nuestro pueblo, en el terreno de lo social, si en vez de tanta voluntad social colectivista demostrásemos más sentido y actividad verdaderamente "social". Pero lo uno aniquila a lo otro. Por eso, la última cuestión que se nos plantea es ésta: De acuerdo con el deseo y en la última obligación de que ningún alemán se vea expuesto a la miseria, ¿hacemos bien en ahogar por completo las mejores virtudes humanas en el colectivismo perfeccionado, o no deberíamos más bien declarar *guerra a muerte* al pernicioso espíritu colectivista, afanándose por aumentar la prosperidad y abriendo cada vez mayores oportunidades a la *adquisición de propiedad personal*?" (págs. 215-216).

(13) Cfr. CLAUDE HARMEL: *La nouvelle question sociale: celle que va créer la democratization de l'enseignement*, en *Etudes sociales et syndicales* (octubre 1963), referencia en *Itinéraires*, núm. 80, febrero 1964, págs. 190 y ss.; y RAFAEL GAMBRA: *El llamado plan de extensión en la enseñanza media*, en *Nuestro Tiempo*, núm. 119, págs. 659 y ss. y en *Rev. Educación Nacional* núm. 164, y "La democratización de la enseñanza media", *VERBO*, núm. 26-27, págs. 401 y ss.

(14) JUAN XXIII: *Mater et Magistra*, núm. 32.

(15) J. HAESSELE: *Le travail*, ed. Desclé de Brouwer, Bruselas. Cfr. también JEAN OUSSET y MICHEL CREUZET: *El Trabajo*, trad. española de la 2.^a ed. francesa —Madrid, 1964, ed. Speiro—, I parte, cap. II, págs. 33 y ss.

nal, el pensamiento de beneficiarse o de beneficiar a su descendencia, de los frutos de la producción, tanto más abundantes cuanto más intensamente se haya trabajado”.

También desde ese punto de vista empírico se ve confirmado aquel principio antes enunciado. Como Roubier (16) y Coing (17) han afirmado, no es posible compaginar la prosperidad duradera ni la libertad con una economía centralmente dirigida.

Sin duda por esa experiencia, que empieza a olvidarse demasiado, es por lo que una de las creencias básicas de nuestra civilización—como ha subrayado Salleron (18)—radica en la distinción entre *poder económico* y *poder político*, basado aquél en la propiedad. En una propiedad privada unida al poder de gestión y al riesgo de la gestión personal del propietario sufrida por éste en sus propios bienes (19).

(16) PAUL ROUBIER: *Théorie Générale du Droit*, núm. 27, III (cfr. 2.^a ed., París, 1951, págs. 250 y s.), ha escrito que “la idea de que la totalidad de los intereses particulares puede ser controlada por los poderes públicos que harían reinar su concepción superior de un orden justo, es una idea que poco puede resistir la prueba de la práctica”... “la preocupación de las escuelas socialistas de velar por una justa distribución de las riquezas conduce demasiado frecuentemente a hacerlas insuficientemente atentas a lo que puede estimular su producción”... “la disminución de las garantías de la propiedad privada, consecuencia casi fatal de un sistema de economía dirigida, no puede llevar más que a un empobrecimiento rápido de la sociedad”... “cuantas veces los males sociales son evitados por la abundancia y la prosperidad, mientras la armonía de los intereses se halla comprometida cuando una sociedad debe vivir con medios empobrecidos”.

(17) HELMUT COING: *Fundamentos de Filosofía del Derecho* (vers. española, Barcelona, 1961), cap. VI, n. V-2 *in fine*, pág. 231. Pues: 1.^o Las decisiones de planificación quedan en manos de la burocracia (la cual, por encima de todo, tenderá a imponer sus particulares intereses de cuerpo). 2.^o Escapan también a los Tribunales de justicia, a los que se impide actuar en oposición a los objetivos del plan. 3.^o No se pueden mantener los derechos fundamentales del hombre, ni la libre elección de profesión, ni la elección de residencia, ni la libertad de opinión cuando el Estado tiene el monopolio de libros y periódicos; la propiedad pierde su función más esencial, y el individuo que se encuentra ante una sola posibilidad, la del Estado, cae en dependencia de los titulares del poder político, puesto que no puede, como en un régimen capitalista, buscarse otro patrono. 4.^o El Estado, como organización de poder que es, convertirá su administración de la economía en otro medio de poder.

(18) LOUIS SALLERON: *Sur un livre de M. Bloch-Lainé; pouvoir et propriété dans l'entreprise*, en *Itinéraires* 75 (Agosto, 1963), pág. 59, traducido al castellano en VERBO núm. 28-29, pág. 438.

(19) FRIEDRICK A. HAYEK (*Camino de servidumbre*—trad. española de la 2.^a ed. inglesa, Madrid, 1950—, cap. VIII, págs. 107 y ss.) ha escrito: “Nuestra generación ha olvidado que el sistema de la propiedad privada es la más importante garantía de libertad, no sólo para quienes poseen propiedad, sino también y apenas en menor grado para quienes no la tienen. No hay quien tenga poder completo sobre nosotros, y, como individuos, podemos decir en lo que hace a nosotros mismos y gracias tan sólo a que el dominio de los medios de producción está dividido entre muchas personas que actúan independientemente. Si todos los medios de producción estuvieran en una sola mano, fuese nominalmente la de la sociedad o la de un dictador, quien ejerciese este dominio tendría un poder completo sobre nosotros.”

Así, la propiedad privada y consiguientemente su régimen sucesorio deben mantenerse fuera del alcance del poder político y de la administración pública, como una necesidad social de la libertad y del progreso real (20).

4. Lo expuesto puede ofrecernos una primera base para orientarnos en la solución del problema fundamental del Derecho sucesorio que aquí examinamos.

(20) Nos contentaremos con tres citas a este respecto: la de un profesor francés especializado en teoría general del Derecho, Paul Roubier; la del profesor vienés de Ética y Ciencias Sociales, Johannes Messner, y la de un teólogo especializado en estudios sociales, el padre Jean-Ives Calvez S. I., que ha modificado en cierto modo su posición ante la propiedad privada como redescubriéndola.

RUBIER (loc. cit., págs. 251 y s.) señala cómo el defecto más grave del Estado dirigista, "que en este sistema tiene por papel ordenar el conjunto de los intereses económicos, acaba por aparecer como un conglomerado de estos intereses, animado por un egoísmo colectivo que le sirve de sostén y de propulsor. En lugar de los intereses egoístas de los individuos, que el Estado intenta en este sistema disciplinar de una manera satisfactoria en su seno, va a manifestarse un nuevo egoísmo que tendrá prontamente un carácter monstruoso...".

MESSNER (*Die Soziale Frage*, 1.^a ed., Innsbruck, 1965, ed. española por Manuel Heredero Higuera —Madrid, 1960—, *La cuestión social*, § 126, páginas 459 y s.) ha explicado que el derecho de propiedad privada "constituye el más sólido baluarte "institucional" contra la concentración de poder en el Estado: es ésta la indudable enseñanza de la historia reciente de la humanidad. Decimos el baluarte "institucional", pues el baluarte "moral" que en las democracias liberales de Occidente debiera constituir la responsabilidad moral de los ciudadanos para con sus derechos de libertad ha probado su falta de fiabilidad en la democracia de masas. Al baluarte institucional aludido van ligados intereses, de los cuales precisa la naturaleza humana como acicate. Lo que la doctrina cristiana del Derecho natural dice acerca de la conveniencia de la institución de la propiedad privada tiene su base plenamente en un conocimiento realista de la naturaleza humana tal como ésta es, en no escasa medida como consecuencia del pecado original. Sabe, por consiguiente, también que en caso de una supresión o limitación de la función social de la propiedad privada se pone en movimiento una dinámica de intereses la de la sociedad de masas, que actúa en el sentido de la concentración del poder en el Estado providencia".

El padre Calvez ("*Eglise et Société Economique, L'Enseignement social de Jean XXIII*" —París, 1963—, cap. II, n. III, págs. 38 y s.), después de exponer que "nuevas razones o más bien razones nuevamente aparecidas en un contexto sociológico transformado militan hoy a favor de la propiedad privada", explica que: "Hoy la sociedad, el Estado, en virtud del progreso técnico y de la complejidad creciente de la vida social tienen cada vez más de empresa y más poder sobre el individuo. Si bien este poder es abundantemente benéfico, también puede convertirse en tiránico y agresivo; cuando esto se produce, la tiranía es tanto más grave cuanto mayores son los beneficios que puede reportar una sociedad más moderna. Es, pues, dañoso que el hombre dependa íntegramente de la sociedad; es conveniente que conserve recursos independientes de lo que reciba de la sociedad. La propiedad privada es así necesaria para garantizar a las personas su prioridad respecto de la sociedad; que no tiene otro fin que su desarrollo"... Llegando a afirmar que "la propiedad privada no sirve sólo de equilibrio entre el individuo libre y la sociedad en general. En el plano particular de lo político, la existencia de la propiedad privada es una condición concreta de las libertades".

Situados en polos opuestos los regímenes de *sucesión forzosa* —ya sea en función de *concentración*, o bien en la de *distribución* que generalice con carácter forzoso, para todos los casos, la sucesión interesada— y de *libertad de testar*, hallamos en un término ecléctico los sistemas intermedios de las *legítimas* y de la *libertad relativa de testar*.

El sistema de la *libertad relativa de testar* supone —como nos dice Sánchez Román (21)—: de un lado, la más absoluta restricción en lo relativo a las personas que han de ser instituidas herederos; y, de otro, la más amplia libertad, por lo que toca a la distribución de los bienes (22).

Sistemas de *legítimas* son aquellos que cuantitativamente dividen contablemente la herencia en una porción de libre disposición y en otra forzosa, de la cual el causante: o bien carece de facultad de disponer, por disponer de ella directamente la ley; o bien tan sólo puede disponer a favor de las personas y en la proporción que la ley ordena.

Finalmente, cabe un sistema mixto de los de libertad relativa de testar y de legítimas, que encarna el régimen castellano de *legítimas y mejoras*.

5. Todo el período codificador del Código civil español vivió en un clima polémico en torno al régimen sucesorio a elegir entre los sistemas de *legítimas* o de *legítimas y mejoras*, de una parte, y el de *libertad de testar*, más o menos absoluta, de otra. Su estudio, sin duda, es uno de los más instructivos y formativos que pueden ofrecerse a un jurista (23).

Un resumen de los argumentos aducidos por ambas partes, puede sintetizarse así:

A) *En favor de la libertad de testar.*

a) Argumentos de carácter *individualista*:

1.º Los derechos de personalidad y de libertad: “porque el derecho de personalidad y el de libertad, que se fundan en la naturaleza

(21) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, t. VI-II (2.ª edición, Madrid, 1910), cap. XIV, § 1.º, n. 6, pág. 716.

(22) Encarnó históricamente este sistema el Derecho aragonés de los Fueros *De testamentis nobilium* y *De testamentis civium*.

El Fuero 1.º, *De testamentis nobilium*, se redactó en las Cortes de Aragón del año 1307, reinando Jaime II, y concedió a los nobles, militares e infanzones, la facultad de instituir heredero *al que quisieren* de sus hijos, dejando a los otros *lo que les pareciere*. Y el Fuero *De testamentis civium* de las Cortes de Daroca de 1311, bajo el mismo monarca, hizo extensiva a todo el reino sin distinción la facultad antes otorgada a los nobles, estableciéndose que todos los ciudadanos, indistintamente, pudiesen instituir heredero al hijo que bien visto les fuese, dejando a los otros *lo que les placiere* (“*quantum eis placuerit relinquendo*”).

(23) Cfr. FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, t. II (Madrid, 1952), Apéndice número 7, páginas 325 y ss.; JOAQUÍN CADAFALCH Y BAGUÑA, “*Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge superviviente?*” (Madrid, 1862); SEGISMUNDO MORET

racional y moral del hombre y hacen necesario el que pueda disponer por acto de última voluntad de las relaciones destinadas a sobrevivirle, no pueden ser objeto de limitaciones legales y arbitrarias”, y “porque esa libertad le permite cumplir con el conjunto de deberes que las relaciones de su vida han creado, que le son imputables, y que los más elementales principios de justicia reclaman que sean cumplidos (24).

2.º El derecho de propiedad (25), que “en cuanto fundado en la naturaleza racional y previsora del hombre ha de tener efectividad para después de la muerte... en uso del *ius disponendi*... que no se circunscribe a lo actual, sino que atiende a lo futuro, fundamento y materia, también del derecho de propiedad, y que de ningún modo más conciente serán cumplidos que por manifestación expresa de la voluntad del difunto, por ser quien menos conoce ese conjunto de deberes que deja a su muerte pendientes de cumplimiento” (26)... “y habría que transformar radicalmente el *concepto* y el *contenido* de la propiedad individual, para justificar las *legítimas*..., y negar la propiedad que al padre le corresponde *íntegramente*, con absoluta libre disposición en vida, sin ningún derecho de los hijos para ir contra aquella facultad, que los mismos partidarios de las *legítimas* le reconocen sin dificultad, fuera de los casos y recurso de instar la declaración de *prodigalidad*...” (27).

6. b) Argumentos de *carácter familiar*.

La familia compendia y ordena un conjunto de relaciones, cada una de las cuales constituye un lazo natural—matrimonio, en una humanidad constituida por la dualidad de sexos; poder paterno, y parentesco—que, “como tal, está por encima de la humanidad misma *ius naturale*. Por esta razón tienen un carácter de necesidad independiente del derecho positivo”. Estamos repitiendo palabras de Sa-

Y PRENDEGAST y LUIS SILVELA, *La familia foral y la familia castellana* (Madrid, 1863); JOAQUÍN COSTA, *La libertad de testar y las legítimas*, publicado en *La libertad civil y el Congreso de Juristas Aragoneses* (Madrid, 1883), págs. 500 y ss.; MANUEL DURÁN Y BAS, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña* (Barcelona, 1883), cap. IV, págs. 197 y ss.; LUIS FRANCO LÓPEZ, *Memoria de las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Aragonés*, parte segunda, III (Zaragoza, 1886), págs. 69 y ss.; MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, cap. IX, especialmente su sección IV (Cfr. 2.º ed., 1947, págs. 39 y ss. y especialmente págs. 145 y ss.). Puede hallarse una espléndida exposición general de la polémica en torno a este tema en Felipe Sánchez Román, op. y vol. y cap. cit., § 2.º, n. 8 a 19, págs. 719 y ss.

(24) SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit., n. 8, pág. 721.

(25) Cfr. CADAFALCH Y BAGUÑÁ, op. cit., cap. XVIII, págs. 104 y ss.; FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS, *Resumen de Filosofía del Derecho* (por Giner de los Ríos y Antonio Calderón), § 117 (cfr. últ. ed., Madrid, 1926, vol. II, página 88); DURÁN Y BAS, loc. cit., págs. 206 y ss.; GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del Derecho de propiedad*, t. III (Madrid, 1883), capítulo VIII, § 2.º *in fine*, pág. 82.

(26) SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit., n. 8, pág. 720.

(27) SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit., n. 20, pág. 752.

vigny (28), que prosigue: “Esta relación natural es a la vez, y necesariamente para el hombre, una relación moral...” a la que viene a “unírsele la forma jurídica”... “De aquí resulta que las relaciones de familia sólo bajo un aspecto pertenecen al Derecho positivo y aún puede decirse que en él se comprende la menor parte, pues la parte más importante pertenece a un dominio muy distinto del jurídico.”

La familia, más que una relación de derecho es una relación de comunidad y, como tal, “es un orden que nace del peso relativo de las diversas personalidades que constituyen la comunidad; no es un orden fijo y determinado”. El respeto recíproco, la inclinación y el amor, y no los límites legales son los factores que protegen de los abusos... “Por ello, cuando el derecho tropieza con la comunidad, lo único que en el fondo puede hacer es dejarla campo libre, renunciando a normarla”... “Por eso, puede el derecho destruir la comunidad. Su penetración es precisamente un síntoma de decadencia de la comunidad. Cuando el derecho penetra en una comunidad, cuando empieza a delimitar y fijar con precisión dentro de ella las prerrogativas del individuo, la comunidad se convierte en contrato o en una relación de poder jurídicamente delimitada (inauténtica): en ambos casos queda desnaturalizada” (29).

Así, se comprende que bajo este punto de vista, se aconseje la máxima autonomía en la dirección y en las disposiciones del jefe de familia y la mínima intervención del legislador y del Estado en el cumplimiento de unos deberes que sólo aquél puede juzgar certeramente con conciencia y con equidad moral (30).

Por esas razones, afirmó Sánchez Román (31) que: “El Derecho legislado debe reconocer amplia esfera, dentro de la cual cada hogar se desenvuelva en completa libertad, dejando obrar al instinto de conservación, que los lazos que unen a los miembros de la familia hacen surgir para ésta... y mediante el régimen propio que, a virtud de ese instinto, y en armonía con la naturaleza de las relaciones familiares, da nacimiento a su peculiar esfera de Derecho. Todo lleva a proclamar la libertad de la constitución doméstica, y su proclamación requiere, como natural consecuencia, la de la libertad de testar, por más

(28) FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY: *Sistema del Derecho Romano Actual*, versión castellana de J. MESIA y M. POLEY (2.ª ed., Madrid s. f.), § LIV (t. I, páginas 265 y s.).

(29) HELMUT COING, op. cit., cap. IV, n. III (págs. 93 y ss.).

(30) Cfr. FÉLIX MARÍA FALGUERÀ, *Conferencias de Derecho Catalán* (Barcelona, 1889), Conf. I, págs. 14 y s., observó que: “El jefe (de familia) debe ser libre para ejercer su cargo, y no lo sería si no tuviese autoridad sobre los demás miembros de la familia y no pudiese premiarlos o castigarlos con la distribución de sus bienes; de manera que la libertad se convierte en autoridad, porque la autoridad no es sino la libertad que tiene el jefe de dirigir a las personas y cosas de la familia, y si se le quitase esta autoridad sobre las personas y cosas carecería de libertad para desempeñar debidamente su cargo de jefe de familia, que le constituye en supremo regulador de sus intereses morales y materiales...”

(31) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., n. 9, págs. 723 y s.

conforme a las relaciones de familia, sin la que poco o nada significaría aquélla.”

En consecuencia, se ha dicho —como escribió Azcárate (32)— que las legítimas “estorban el ejercicio de la patria potestad, fomentan el egoísmo de la familia, impiden el cumplimiento de deberes sociales a que el hombre está obligado y autorizan las pretensiones de los que aspiran a que la ley convierta éstos de morales en jurídicos...”

En cambio, se señala que la libertad de testar:

- robustece la autoridad paterna (33);
- garantiza el acierto en la elección de heredero (34) o en la distribución de la herencia (35);
- estimula la cooperación y el esfuerzo de los hijos (36);

(32) GUMERSINDO DE AZCÁRATE, loc. cit., pág. 82.

(33) Cfr. GARCÍA GOYENA, op., vol. y ap. cit., pág. 329, y SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., n. 9, pág. 724. MORET y SILVELA preguntaron (loc. cit., pág. 165): “¿Qué idea daría de sus costumbres quien sostuviese que no era el amor ni los naturales sentimientos del padre y el respeto de los hijos, sino la ley o la coacción, quien distribuía el patrimonio de los descendientes o ascendientes?”

(34) Observó GARCÍA GOYENA (op., vol. y ap. cit., pág. 329); “El legislador no puede amar como un padre ni conocer los vicios y virtudes, las desigualdades y necesidades de los hijos.” JOAQUÍN COSTA (loc. cit., pág. 522) escribió: “Sólo los padres conocen el carácter de cada hijo, sus inclinaciones y sus aptitudes, su grado de capacidad intelectual, su conducta, sus recursos, los reveses de la fortuna, las desigualdades naturales que separan a unos de otros hijos y, por otra parte, la naturaleza de los bienes: rústicos, urbanos, fábricas, créditos, clientela, etc.; sólo ellos pueden combinar estos y aquellos datos y reducirlos a una expresión numérica. Podrán los padres equivocarse, pero el error es en ellos meramente posible, y en todo caso no sucederá sino por excepción y accidentalmente; el legislador, al contrario, no puede acertar nunca, el error es congénito y connatural a su regla; yerra porque no puede menos de errar.”

(35) Como observó SÁNCHEZ ROMÁN (loc. últ. cit., n. 9, pág. 725): “La libertad de testar permite al padre acumular el patrimonio en uno o varios de sus herederos o distribuirle más racional y deliberadamente y menos casualmente para que perpetúen la tradición patrimonial familiar; dejar *pro indiviso* a sus hijos las grandes explotaciones industriales, que nada valen *despedazadas*, sin que esto signifique el posible renacimiento de las suprimidas vinculaciones y mayorazgos, por lo que históricamente se explica que las escuelas liberales hayan combatido la libertad de testar, sin observar que la acumulación de la propiedad que este sistema favorece no puede ir más allá de una generación, y pudieran servirnos de ejemplo las prácticas aragonesas, donde una legislación que hace posibles aquellas acumulaciones no las convierte en regla constante, y las grandes fortunas se suelen dividir en partes iguales, mientras que los caudales exigüos son objeto de *heredamiento universal*, que si reúne los bienes en una cabeza, no los sujeta a un llamamiento prefijado para sucesivas transmisiones, que es la nota característica de la *vinculación*.”

(36) Según DURÁN Y BAS (op. cit., pág. 225): “Donde la sucesión forzosa existe, ninguno de los hijos tiene interés en estar junto al padre al cuidado del patrimonio; busca cada uno desde su juventud la independencia de su posición.” Con libertad de testar puede el padre inclinar a uno o varios de sus hijos a que sigan su misma profesión, eligiéndolos primero como socios y después como sucesores (Cfr. CADAFALCH y BAGUÑA, loc. cit., pág. 133), mientras que con los ahorros de la casa y la cooperación y el sacrificio de aquéllos da carrera, oficio o colocación a los demás (Cfr. JOAQUÍN COSTA, loc. cit., pág. 527 y

- conserva las familias evitando su liquidación (37);
- mantiene el espíritu y las tradiciones de la familia y es escuela de cumplimiento de los deberes familiares (38) de los que se inviste el heredero (39).

JUAN MONEVA Y PUYOL, *Prólogo* a la obra de LUIS MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, *La casa en el Derccho aragonés* —Zaragoza, 1944—, págs. 9 y ss.).

(37) Cfr. JOAQUÍN COSTA (loc. cit., pág. 516): "Consagrada la libre testamentificación, mueren los individuos, pero no mueren las familias: donde, por el contrario, esa libertad es negada, la muerte es más poderosa; porque le presta sus armas el legislador; las familias son uniones fortuitas; sociedades temporales, transitorias, en un perpetuo venir a ser; no bien principian a salir del estado por decirlo así, de larva y a constituirse como seres vivos y estables, no bien principian a consolidarse y a revestir caracteres de perennidad, gózase tirana la Ley, haciendo coro con la muerte, en llevar la desorganización al seno del hogar y dispersar sus miembros, como se dispersan a todos los puntos del horizonte, para no volver a reunirse jamás, las avecillas que juntas crecieron en el nido: verdadera tela de Penélope, desteje el legislador en una hora lo que la naturaleza se había afanado por ir creando al lento curso de los años, y las familias semejantes a cuadros disolventes desfilan por la vida como sombras, en fantástico remolino, sin llegar a tomar cuerpo jamás ni perpetuarse, porque les ha sido negado ese elixir de inmortalidad que se llama la justicia."

(38) Cfr. DURÁN Y BAS (op. cit., pág. 225): "... más a menudo el primogénito se ha colocado en el lugar de éste (*del padre*) para ser el amparo de sus hermanos, los cuales han buscado en el hogar paterno, que el primogénito ha procurado conservar, el abrigo contra las circunstancias de la suerte, y a veces el reposo y el auxilio después de una vida de disipación. El primogénito..., comúnmente, ha ayudado al padre en los cuidados del patrimonio, en la educación de los segundogénitos, en facilitar a éstos carrera, en proporcionar buena colocación en matrimonio a las hembras, en remediar la orfandad de los sobrinos..."

(39) Cfr. JOAQUÍN COSTA (loc. cit., pág. 527): "Al llamado heredero no se le transmiten simplemente los bienes, sino la entidad física y moral que denominamos *casa* con sus obligaciones, con todas sus cargas, con todo ese bagaje de recuerdos, de afectos, de virtudes, de amistades y parentescos, de costumbres, de estima y de consideración, de compromisos y responsabilidades que constituyen la tradición de una familia, le imprimen carácter y le asignan un lugar y un destino en la vida: no es el heredero para el goce y para la libertad, sino para ser el continuador de los destinos físicos y morales de la familia, especie de siervo adscrito al lustre del apellido, servidor de sus padres ancianos y de sus tíos solteros, a quienes tiene que asistir, servidor de sus hermanos y hermanas, a quienes tiene que colocar y dotar."

Con ese régimen —dijo Estanislao Reynals y Rabassa (*El Código civil en proyecto*, art. 5.º cit. por Durán y Bas, loc. cit., págs. 239 y s.)—, "la herencia no es la suma de unidades corporales o de valores, sino un lugar vacío, un todo moral...; ese todo moral es el poder por naturaleza uno; es el trabajo cuya dirección ha de venir de la misma inteligencia y cuyas fuerzas convergen a un mismo punto racional y social; es el deber uno, indivisible, que por ambas cosas pesa sobre el que se llama heredero".

Del *hereu* y la *pubilla* dijo JOSEPH FAUS y CONDOMINES ("Els Capítols Matrimonials a la Comarca de Guissona Catalunya segriana", Conferencias dadas en "L'Academia de Jurisprudencia y Legislació de Barcelona", los días 20 de marzo y 15 y 16 de mayo de 1907, publicadas en Rev. Jurídica de Catalunya, vol. XIII, véase I conf., págs. 204 y s.): "Sólo una razón de alta utilidad o conveniencia de la comunidad familiar, la conservación de la casa, del patrimonio y de las tradiciones de los antepasados... justifica y legitima el privilegio de la institución de *hereu* y *pubilla*. Aquel privilegiado, pues, si ha

7. En contra de este argumento, los defensores de las legítimas amplias han afirmado que la libertad de testar es contraria a la unidad de la familia, pues puede dár lugar a abusos (40) e injusticias del padre o del heredero, da lugar a envidias entre hermanos, fomenta los pleitos (41) y hace de mejor condición a la prole ilegítima (42).

Aceptando que bajo el *régimen de libertad de testar* se dan casos de familias desunidas y de contiendas entre hermanos, Sánchez Román (43) contrapone "que en igual estado de costumbres, el *régimen de legítimas* aumentaría el mal. El que el padre pueda dejar más a unos hijos que a otros, si lo hace movido del interés de que se perpetúe la tradición familiar, no se debe traducir, de ordinario, en incentivo de antagonismo entre los hijos; la distribución forzosa de los bienes..., que representa una esperanza alimentada por la ley en los hijos desde que tienen uso de razón, les puede llevar... a más probables sentimientos encubiertos de codicia o apremios de necesidad que les hagan menos sensibles a la pérdida de sus padres, cuya muerte anticipa la deseada o necesitada legítima".

Para Alonso Martínez (44) el más decisivo argumento a favor de las legítimas fue: "que no es justo y bueno en sí un sistema que permite enriquecer a un extraño a expensas de la familia".

La posibilidad de abusos fue replicada por Giner (45): "querer sustituir la libre acción de la persona en ese orden por temor al abuso, equivale a sustituir una injusticia posible con otra segura".

de responder a la finalidad de su privilegio, tiene obligación estricta de atender en todos sus actos, siempre en todo y por encima de todo, a la *razón de familia*, a las altas conveniencias de la comunidad doméstica que preside o, con el tiempo, presidirá después de muertos sus padres."

(40) La prevención de abusos es la razón más esgrimida en contra de la libertad de testar, Cfr.: GARCÍA GOYENA, op. vol. y art. cit., págs. 329 y s.; ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., sec. III, págs. 143 y ss.; JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, t. VI, Sec. V de las legítimas (Cfr. 6.ª ed., Madrid, 1932, pág. 220); MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado...*, t. XIV, Sec. V *De las legítimas*, n. IV, A (Cfr. 4.ª ed., Madrid, 1944, págs. 150 y ss.); ENRIQUE GIL Y ROBLES, *Tratado de Derecho Político*, t. II, cap. II, ampliación, pág. 41, nota (3.ª ed., Madrid, 1961-63). En contra de los argumentos de GARCÍA GOYENA, véase CADAFALCH (op. cit., capítulo XXII, págs. 137 y ss.).

(41) Cfr. JOAQUÍN CASANOVAS Y FERRÁN, *Cuestión sobre los derechos de herencia en el principado de Cataluña* (Sevilla, 1869).

(42) MANUEL ALONSO MARTÍNEZ (op. cit., pág. 163) llegó a pronosticar: "Si la Ley no ha de ser igual para todos los ciudadanos españoles, vale más dejar correr las cosas como están y respetar las instituciones forales existentes en cada provincia, esperando el plazo no lejano en que, soliviantados los ánimos por la frecuencia del abuso y el creciente descoco de las pasiones, nos pidan los mismos catalanes y navarros la reforma de su legislación en bien de la familia y en vindicación de la legitimidad ultrajada por la bastardía triunfante."

(43) SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., n. 11, pág. 729.

(44) ALONSO MARTÍNEZ, op. y cap. cit., sec. III, pág. 142.

(45) GINER, op. cit., pág. 100, vol. cit., pág. 29.

Nocedal (46) había dicho años antes: “Esta manera de testar fue ideada para contener al mal padre y la discurrió el legislador para todos teniendo a la vista un fenómeno casi singular. Pues bien, el único para quien no sirve semejante precaución es precisamente un mal padre. Obligado por la ley, derrochará durante la vida los bienes de los hijos, los venderá, los regalará, los transformará y hará impunemente que pasen a manos de sus mancebas o de los hijos de su disipación y locura.”

García Goyena (47), por otra parte, observó que: “Ni los fueros, ni otra ley alguna han querido autorizar abusos a su sombra, y menos contra las sentimientos y deberes de la naturaleza; por el contrario, fiándose enteramente en la misma, han creído que no era necesaria la intervención del legislador para que el padre se mostrase tal hacia sus hijos en la distribución de sus bienes” (48).

Es de notar que en las legislaciones forales las normas suelen estar elaboradas partiendo del buen marido y del buen padre, mientras las disposiciones del Derecho común, y mucho más las emanadas modernamente del poder central, piensan en primer término en la posibilidad de abusos, en los casos patológicos, aunque sean excepción (49).

Prosigue Sánchez Román, en el texto antes citado, observando que “la experiencia, con la elocuencia insuperable” confirma la perfecta estabilidad de las familias en los países donde rige la libertad

(46) CÁNDIDO NOCEDAL, Discurso de apertura de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid en 29 de octubre 1866, citado por SÁNCHEZ ROMÁN, op., vol. y cap. cit., n. 11, pág. 731, nota 1 de la pág. 730.

(47) Cfr. GARCÍA GOYENA, op., vol. y ap. cit., págs. 327 y s. “Yo no tengo noticia —escribe refiriéndose a su Navarra— de que en mi país haya ocurrido tal cosa, y esto hace honor a sus buenas costumbres; pero si ocurriera, yo difícil mucho que los tribunales no apelaran a la *piadosa ficción de quasi demencia* del padre introducida contra la ley de las Doce Tablas, por los juriconsultos romanos...” AZCÁRATE (op. y vol. cit., cap. XXIII, § 7.º, pág. 333), para prevenir los abusos de la libertad de testar, señala el remedio de conceder, “al principio y mientras la sociedad no imponga con energía el correctivo de su sanción, cierta amplitud a los tribunales para declarar nulos los llamamientos *ab irato, a decepto, ab imbecilli, a delirante*”. En igual sentido, GINER (op. cit., § 117, vol. II, pág. 89).

(48) LUIS MARÍA URIARTE y LEBARÍO (*El fuero de Ayala* —Madrid, 1912—, cap. VII, págs. 177 y s.) señaló que en el territorio de Ayala —de absoluta libertad de testar—, “a pesar de que los padres pueden disponer de sus bienes a favor de extraños, no lo hacen y transmiten su herencia a sus hijos sin necesidad de coacciones legales. Los donantes y testadores usan de la libertad de disponer de la manera que creen que conviene más a los intereses de sus familias”.

(49) Así se observa claramente en las objeciones que ALONSO MARTÍNEZ (op. y cap. cit.) opone a los argumentos esgrimidos en sus respectivas memorias por MORALES, FRANCO LOPEZ y DURÁN y BAS. Estos se mueven en un plano diferente que aquél. Parten de que —fuera de ciertos supuestos concretos que especialmente se prevén (leyes *Feminae, Hac Edictali*, etc.)— lo normal es que el padre que prive a sus hijos de la herencia tendrá graves razones para ello. ALONSO MARTÍNEZ parte del supuesto contrario—que aquéllos consideran que, por ser de excepción, no debe determinar la regla—de que el padre actúe inmoral y abusivamente.

de testar, en los cuales “las cuestiones y juicios de testamentaría son poco frecuentes”, mientras en los de legítimas “agotan los caudales” (50).

Más excepcional ha sido aún la preferencia por la prole ilegítima.

Y: “El *hereu-escampa* (el heredero manirroto) —ha dicho por otra parte Vicens Vives (51)— es un subproducto degenerado de una institución eminentemente social.”

El excepcional mal uso no puede afectar al normal buen uso, en el cual ha de inspirarse la norma común (52).

8. c) Argumentos de *carácter político*.

“De todas las libertades que puede apetecer el hombre, yo creo que la de la familia es la primera” —proclamó Falguera (53)—, que añadió: “el pueblo en que el jefe de la familia no puede arreglar sus asuntos domésticos sin pedir permiso al juez o al alcalde, o sin consultar de continuo a la ley, es un pueblo esclavo, por más que se le deslumbre con otras libertades de oropel. La mejor de las libertades es la que nos permite arreglar nuestro patrimonio conforme a nuestro libre albedrío y que no nos obliga a amoldarlo a la ciega voluntad del Estado que no puede saber lo que nos conviene. ¿De qué sirven sin eso todas las demás libertades? ¿Qué sacaremos de ser reyes en el Parlamento si no podemos reinar en nuestra casa?”

Durán y Bas (54) explicó: “Desde el punto de vista político, la libertad de testar se justifica aún más, si cabe, que bajo el Derecho

(50) Así lo había reconocido GARCÍA GOYENA (op., vol. y cap. cit., páginas 331 y 332): “La desventaja (de aplicar el régimen de Castilla) estará en... los malditos juicios de testamentaría”... “el mal gravísimo... es la importación de los juicios de testamentaría, eternos dispendiosos, y que son como la declaración de una guerra abierta entre los miembros de una misma familia...” Cfr. también DURÁN Y BAS (op. cit., pág. 234), quien hizo notar que los gastos de las particiones dieron lugar a que: “Enriquecimiento de curiales se haya llamado entre nosotros a las particiones según la ley de Castilla”. Cfr. sobre esta cuestión asimismo CALDAFALCH Y BAGUÑÁ, op. cit., cap. XXIII, págs. 152 y siguientes, y FALGUERA, loc. cit., págs. 15 y s.

(51) JAIME VICENS VIVES: *Noticia de Cataluña* (Barcelona, 1945), pág. 42.

(52) LIÑÁN Y EGUIZABAL (op. cit., § III., pág. 32) escribió: “Precise (el Estado) las transgresiones que puedan cometerse, sin que le sirva esto de pretexto para ahogar la espontaneidad y sus legítimas expansiones. El temor de que los menos abusen de la libertad no le lleve al absurdo de quitársela a todos: sean aquéllos la excepción, si éstos la regla, compréndese, esto sentado, que en épocas y en pueblos se necesite la intervención social de tal modo que sea el Estado el factor universal y único en justo castigo a errores y extravíos individuales, pero teniendo en cuenta que es sólo como remedio a un mal, y cuya existencia debe ser tan transitoria como el mal que la produce. No sujete a las familias a perpetua tutela; no les acostumbre a continua medicina, que el abuso de éstas hace inútil su empleo cuando la enfermedad llega, tanto en los organismos físicos como en los organismos morales”.

(53) FALGUERA, op. y conf. cit., págs. 13 y s.

(54) DURÁN Y BAS, op. cit., pág. 218, donde concluye: “y la *libertad de testar* existe hoy día en las naciones más libres del mundo: Inglaterra, con su monarquía constitucional, y los Estados Unidos de la América del Norte, con sus instituciones republicanas”.

privado. La libertad civil es la verdadera condición de los pueblos libres. Los derechos políticos no son sino su garantía; aquélla es la libertad esencial. Con relación a los bienes, el mejor testimonio de que la disfruta un pueblo está en la libertad de la propiedad y en la libertad de la contratación, porque es el reconocimiento, si no de la primera, de una de nuestras más preciosas libertades, la del empleo de nuestras facultades y de nuestras fuerzas con relación al mundo exterior. Cuanto más libre es un pueblo más libre es la propiedad.”

De modo inverso (55) fue expresada la misma idea por el Padre Luis Chalbaud y Errazquin, S. I. (56), quien, después de citar unos textos de la obra de Federico Engels “El origen de la familia”, expuso: “¿Veis crudamente el término de esta lucha por la propiedad familiar? Quitáis la propiedad familiar, priváis del apoyo necesario al espíritu familiar; le habéis arrancado su nexo y nace de la lucha individual por la riqueza, la plutocracia y la miseria, el capitalismo y el proletariado miserable; con eso brota la familia inestable, y tras ella, necesaria, fatalmente, con esa necesidad de las leyes históricas que se cumplen mientras no se desvíe la curva de su acción con el influjo de nuevos elementos, con eso digo, viene el divorcio, viene el matrimonio de conveniencia, viene la esterilidad voluntaria, viene la tiranía de ese ente de razón que se llama Estado y es en ese caso trampatojo del osado que escala el poder, y la esclavitud, el envilecimiento del hombre en su consideración personal, en sus relaciones afectivas, en su afán providencial de perpetuarse sobre la tierra.”

9. d) Argumentos de *utilidad social*.

Son argumentos de utilidad social los que hemos expresado antes de interés familiar y también los de carácter empírico y práctico que después examinaremos. Pero, muy especialmente, nos interesa destacar su aspecto referente a facilitar la conservación de la familia como *órgano de duración o conservación de las adquisiciones humanas de orden material y moral*, al modo como un famoso escritor francés, Paul Bourget (57), lo expuso.

(55) JOAQUÍN COSTA, loc. cit., págs. 515 y s., que dice: “Donde impera el régimen de la legítima, donde el Estado impone a las familias una forma determinada de constitución, de régimen económico, de sucesión testada e intestada, las familias carecen de autoridad y de iniciativa, obran movidas por ajeno impulso, no son seres vivos: entonces no existe en la nación sino una sola personalidad, inmensa, gigantesca, avasalladora, pancósmica, que violando las leyes naturales de la sociedad monopoliza la legislación por el solo privilegio que le da la fuerza; pero proclamáis la libertad de constitución doméstica y la libertad de testar, que vienen a ser una misma cosa, devolvéis el pensamiento y la palabra y la voluntad a las familias; desamortizáis el poder civil y lo restituis a sus verdaderos dueños, las personas privadas, y al punto veis surgir como por encanto legiones de nuevos seres que antes permanecían reclusos en el fondo de una potencialidad caótica por la férrea dictadura del legislador.”

(56) LUIS CHALBAUD y ERRAZQUIN, S. I.: *La familia como forma típica y trascendental de la constitución social vasca* (Bilbao, 1919, págs. 12 y s.).

(57) PAUL BOURGET: *Reflexions sur l'heritage*, en *Ou service de l'ordre* (París, 1929), cap. IX, págs. 173 y ss.

Ante el problema de la herencia, comenzó este escritor por observar, “que *a priori* el contraste de destinos parece cruelmente injusto, al que contempla que tal hijo halla millones en su cuna y que tal otro nace indigente”. “¿Pero —preguntó en seguida— suprimiendo esta desigualdad no produciréis un mal peor?” A su juicio, la respuesta nos la da la historia: “Tan atrás como nos remontemos a través de los anales de la humanidad, nos encontraremos que su constante esfuerzo, que su lucha por la existencia, ha dado lugar a la constitución de órganos de duración, gracias a los cuales cada generación no supone un eterno vuelta a empezar. El lenguaje, la escritura, la imprenta, he ahí algunos de estos órganos de duración que permiten conservar y transmitir las adquisiciones de orden intelectual. El hogar, la casa, sirven para conservar otras de orden tanto material como moral. Pero estas adquisiciones son por definición familiares. Ensayar su atribución a la comunidad es destruir su carácter esencial. Un hogar es el rincón limitado en torno al cual se aprieta un grupo de seres unidos por la sangre. Una casa, por tanto, es el abrigo cerrado en donde este grupo se inserta o se individualiza. Ahí tenemos el principio hereditario. Este instinto de permanencia, sin cesar lucha en el corazón humano contra el invencible transcurrir del tiempo. Se ha hecho sentir en el padre al pensar que su hijo no poseería la habitación edificada por sus manos; y esto desde la época más salvaje, como se siente hoy por el burgués de la ciudad o del campo que habiendo establecido, para sí y para los suyos, una mansión a la medida de su rango, desea que no sea vendida.”

A su juicio, “la ‘mística’ —como le gustaba decir a Peguy— de la idea de la herencia”, consiste en “complacerse en poseer para transmitir, en transformar en un hacer el bien ese duro apetito de la propiedad... Es desarrollar en sí mismo el sentido de la responsabilidad frente al destinatario de esta riqueza, así amasada y administrada, y es, por contrapartida, provocar en el destinatario, si tiene el corazón en su sitio, sentimientos no menos preciosos... La noción de la propiedad se ennoblece... Se transforma como en un depósito. El titular no se considera con todos los derechos sobre esta tierra, sobre esta casa. Un contrato tácito le vincula a sus predecesores y a sus sucesores...”

10. e) Argumentos de carácter empírico o práctico.

Tal vez nada mejor que centrar esa argumentación con unas palabras de Joaquín Costa (58), que precisamente los sitúa en segundo plano:

“Las ventajas económicas de la libertad de testar, no me incumbe a mí analizarlas ni hacerlas valer: si hace a los hijos menos vanos, más reflexivos, más previsores, mejores ciudadanos; si fortifica la autoridad del padre de familia, poniendo en sus manos un arma poderosa, estímulo a la virtud y freno al vicio, y medio de premiar mé-

(58) JOAQUÍN COSTA, loc. cit., págs. 527 y s.

ritos, de remunerar servicios, de reprimir inclinaciones aviesas, de castigar ingraticudes, extravíos, desórdenes; si mediante ella los hijos, o alguno de los hijos, se asocia temprano a los negocios de su padre y se hace el continuador de su artefacto; si de esta suerte contribuye a hacer las artes industriales hereditarias en las familias, necesaria condición para su prosperidad y florecimiento, como ya observó Capmany respecto a Cataluña; si la pequeña propiedad no se volatiliza en manos de la curia, si la grande no degenera en pequeña, desmenuzada con exceso, imposibilitando a la Agricultura patria para sostener la competencia con la norteamericana, que tan gravemente preocupa en los momentos presentes de la Economía política europea; si el rasero nivelador de las legítimas pasa periódicamente por nuestro territorio como ciclón asolador, derribando cercas y hogares, y mudando a toda hora el aspecto de los campos; si la libertad de testar previene otro de los mayores daños que se siguen de la legítima, que los hijos de los propietarios en pequeño desciendan a jornaleros y los de éstos a proletarios; si por eso mismo y por cien otras causas de prolijo enumerar, favorece a la democracia, cuyas exageraciones encuentran en ella un saludable contrapeso; todo esto hay que dejarlo íntegro a los Congresos de economistas, de agricultores y de políticos: nosotros debemos estudiar los problemas de derecho con un criterio estrictamente jurídico, sin que nos preocupe en lo más mínimo si la solución defendida es más útil o menos útil que la impugnada, seguros, por lo demás, de que la cuestión económica va siempre envuelta en la jurídica, y que lo más justo es siempre lo más beneficioso y útil; que no en vano dijo Jesucristo *buscad ante todo el reino de Dios y su justicia, y lo demás se os dará por añadidura*. Unicamente recordaré de pasada que, como todo artificio llama con atracción irresistible otro y otro en pos de sí, el artificio de la división forzosa de las herencias debía traer, y en efecto ha traído, el desmenuzamiento de la propiedad territorial, y ésta, a su vez, la idea de que la ley declare forzosamente indivisibles las piezas de tierra dentro de los límites de una cierta unidad legal. La ley del Fuero Juzgo debía engendrar, por lógica necesidad, la utopía de la indivisión..." (59).

(59) Entre los juristas del siglo pasado causó impresión una obra precursora de sociología: *Fomento de la población rural*, de FERMÍN CABALLERO, memoria premiada en el concurso de 1862 por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. A él se remiten muchas veces MORET y SILVELA, DURÁN Y BAS y FRANCO Y LÓPEZ.

FERMÍN CABALLERO (op. cit. —Vitoria 1886—, cap. "Estado presente de la población rural", III, págs. 49 y ss.), atribuyó en parte a la libertad de testar las cualidades de los catalanes: "grande energía, amor a la patria, apego al trabajo, genio emprendedor, afición al comercio y a las artes, perseverancia en los propósitos"; así como el hallarse Cataluña "a la vanguardia de los adelantos útiles", su sobresalir "en industria y tráfico". Y afirmó que si su población rural no está tan bien establecida como en Vizcaya, Asturias y Galicia (lo que luego comentaremos) "se halla mejor que en el resto de España", "a lo cual contribuyen dos instituciones que le son peculiares: el fuero de Monzón de 1585..."

Un historiador, Vicens Vives (op. cit., pág. 43), ha confirmado que: "El

En contra de este argumento, ya había objetado Alonso Martínez (60) "que la familia se constituye y la propiedad se desenvuelve por manera idéntica en provincias regidas por sistemas legales no ya diversos, sino opuestos". Y citó al efecto Guipúzcoa, regida por la legislación castellana; Navarra, con absoluta libertad de testar; Aragón, con libertad entre sus hijos, y Cataluña, con legítima de un cuarto.

Claro que la diversidad es más aparente que real en las tres últimas, habida cuenta que en Navarra lo normal es que habiendo hijos la libertad se utilice a favor de uno de ellos y que en Cataluña el pago en metálico y la general aceptación de cantidades que muy escasamente cubren la legítima, se aproximan en la práctica los tres sistemas. En cuanto a Guipúzcoa, donde —como dijo Alonso Martínez— el propietario utilizaba para conservar la unidad agrícola la parte libre y la mejora —según el mismo autor señaló—, gracias a la sucesión en el arrendamiento del caserío y su transmisión sucesoria se conservaban las unidades de explotación; por lo cual añadía: "Debo hacer la confesión de que los procedimientos que emplean los guipuzcoanos no se ajustan completamente al patrón del derecho, de suerte que, examinando las cosas a fondo, lo que allí se ve es que de hecho prevalecen las costumbres sobre la ley escrita y que si no surgen en tal estado de cosas graves conflictos es porque no hay ninguna reclamación, sino que, antes bien, se cuenta con la aquiescencia universal" (61).

comercio y la industria de Cataluña se ha creado con el esfuerzo de los segundones y con el de los herederos que velaban por ellos desde la masía lejana".

DURÁN y BAS (loc. cit., págs. 230 y s.) había subrayado que la legítima reducida de un cuarto ya regía antes de las cortes de Monzón en Barcelona y en las poblaciones que disfrutaban de sus privilegios, y que todo el Principado pidió su aplicación, en dichas Cortes, dada la prosperidad que con aquel régimen de libertad había alcanzado Barcelona desde que, dos siglos y medio antes, le había sido concedida como Privilegio.

MORET y SILVELA (op. cit., págs. 179 y ss.) dedujeron sus consecuencias al comparar la distribución de la propiedad agraria en Vizcaya y Cataluña con la de Castilla, Andalucía y Extremadura.

JOSÉ DE SOLANO y POLANCO (*Estudios Jurídicos del Fuero de Biskaya* —Bilbao, 1918—, cap. V, págs. 251 y ss.) previno: "Suprimamos el Fuero y veremos morir la vida rural en Biskaya. Vendrá muy pronto la emigración a las villas primero y a otros continentes más apartados después. Si al fallecer el propietario del caserío repartimos los diversos pertenecidos de éste..., la explotación agrícola habrá concluido."

También puede decirse que en el extranjero la distribución de la tierra es mejor donde no se ha practicado la división *in natura*. (Cfr. MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La conservación de las unidades agrarias*, en A. D. C. XII-III (julio-septiembre, 1959), pág. 1.003.

(60) ALONSO MARTÍNEZ, op. y cap. cit., sec. IV, págs. 157 y ss.

(61) Cfr. también URIARTE y LEBARIO (op. cit., cap. VI, pág. 147), quien explicó que en Guipúzcoa "los labradores resisten el influjo secular de las leyes castellanas y dejan a un solo hijo el caserío y sus tierras, llegando a veces para lograrlo a simular ventas a favor del hijo agraciado"; y añadía (pág. 154) que "los hijos del labrador guipuzcoano no agraciados con la herencia paterna se avienen a dar por buenas las combinaciones, no siempre legales, por las que uno sólo de los hermanos que queda con la casería y sus pertenecidos".

Asimismo, en Asturias —regida igualmente por el Derecho de Castilla—, gracias a la sucesión en el arrendamiento, consolidada por la costumbre, se logró asegurar la continuidad de la casería (62).

También Alonso Martínez (63) objetó “que en Navarra, con la libertad de testar, la propiedad está muy dividida y es por todo extremo diminuta la unidad agrícola, al paso que en Andalucía, con el sistema castellano, los propietarios son pocos y sus dominios son vastos”. Pero si respecto Navarra cabía preguntar si la propiedad pequeña lo era o no en demasía, era evidente con referencia a Andalucía que sus latifundios fueron principalmente fruto de los mayorazgos, con su acumulación estatutariamente forzosa. Aparte de la regla de que en las tierras ricas la partición de las pequeñas propiedades no suele llevar al minifundio, sino al latifundio, a través de su venta a los grandes propietarios.

En cuanto a la referencia de Fermín Caballero a Galicia, como modelo de buen asentamiento en la tierra —que tal vez pudieron mantener hasta entonces los *petrucios*, con la delegación de la facultad de designar el petrucio y el pago de las legítimas en *rentas de saco*—, la aplicación estricta del Código civil (64) no ha podido ser más trituradora de la propiedad que ha llegado a los límites extremos del minifundismo.

Mariano Nougués (65) había dicho: “Dividid extremadamente la propiedad y desaparecerá ésta con todas sus ventajas: no habrá verdaderamente propietarios —porque no lo es el que no puede vivir con ella cultivándola—, sino infelices poseedores de pequeñas suertes de tierra que trabajarán para obtener un miserable alimento, que tendrán que vender sus frutos por menos de lo que valen, y que se verán precisados a postrarse ante un usurero para recobrar un préstamo ruinoso, ante un tendero que los esquilme a cambio de algunas monedas que les adelante o algunos efectos que les preste.”

B) *En favor de las legítimas.*

11. a) *Razones de tipo individualista, basadas en el principio de la igualdad.*

“La naturaleza —dijo Alonso Martínez (66)— ha hecho esencialmente iguales a los hermanos y les hace violencia la ley que les otorga derechos diversos.”

(62) Cfr. PRIETO BANCES: *La casería asturiana*, en Rev. Cr. de Der. Inmob., vol. XIV (diciembre 1947), pág. 736.

(63) ALONSO MARTÍNEZ, op. y cap. cit., sec. III, pág. 141.

(64) AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN: *La mejora de labrar y poseer*, en An. Der. Civ. I-III (julio-septiembre 1948), nn. IV y V. En el núm. X, 3, refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo 1932, que consideró reducidas a la nada las costumbres gallegas amparadoras de casa petrucial.

(65) MARIANO NOUGUÉS, citado por FRANCO LÓPEZ, loc. cit., págs. 86 y s.

(66) ALONSO MARTÍNEZ, op. y cap. cit., sec. II, págs. 111 *in fine* y s.

Se ha dicho que con el régimen de la libertad de testar, usada para designar heredero a uno solo de los hijos, "parece como si los padres no tienen más que un hijo y que la procreación se degenera por grados en la misma familia a medida que cumplen los cónyuges el precepto *crescite et multiplicamini*" (67).

Según Scaevola (68): "Sentado el derecho de los hijos a heredar a sus padres, ¿qué razones pueden abonar la diferencia entre ellos? Si todos tienen igual valor en el orden fisiológico respecto a sus progenitores, ¿por qué asignarles valor jurídico distinto? A la igualdad de las leyes en el orden de la Naturaleza debe corresponder la igualdad en el orden de derecho."

El razonamiento tiene un evidente fundamento psicológico, muy elemental, pero tiene diversas facetas y derivaciones que conviene distinguir.

Moret y Silvela (69) observaron que "la idea igualitaria de la legítima encierra en sí una monstruosa desigualdad dentro de la familia... Desconocidas las verdaderas necesidades por la ley, que tiene que ser por fuerza ciega porque no puede ser individual, aparece violada bajo seductoras formas la justicia distributiva."

Y Joaquín Costa (70) subrayó: "... cuando a ese padre le obligáis a legar a todos sus hijos una cantidad igual, vosotros, niveladores, utopistas, que invocáis tanto la equidad, sois igualitarios en apariencia, pero de hecho los mayores enemigos de la igualdad. Para repartir entre varios individuos de una familia una herencia con verdadera igualdad de derecho, no con igualdad mecánica, algebraica, abstracta, enteramente ilusoria, que si al hombre irreflexivo puede engañar, no así al hombre pensador que sabe levantar la corteza y penetrar en la esencia de las cosas, para distribuir (digo) una herencia entre los diversos miembros de una familia con estricto criterio de justicia, hay que tomar una masa de datos tal y tan compleja que apenas alcanza a lograrlo toda la discreción del padre y el conocimiento minucioso e íntimo que tiene de las interioridades del hogar."

(67) CASANOVAS Y FERRÁN, op. cit., IV, pág. 12, quien continúa: "Como si la prole supernumeraria fuera alejándose, a medida que nace, del parentesco de sus padres; cual rama suelta condenada a crecer y a vivir sin alimentarse de la savia de su tronco común; como si fueran meros hijos del apetito carnal de sus padres, sin derecho de reclamación como frutos de este apetito. Admitida esa máxima perniciosa, habría que convenir en que son inmorales los cónyuges que tienen más de un hijo, o hay que negar la reciprocidad de derechos y deberes entre padres e hijos". Y, más adelante (n. X, págs. 33 y 35), el mismo CASANOVAS Y FERRÁN, prosigue: "El padre que da vida material a sus hijos *les debe* vida civil en proporción a sus bienes de fortuna, sin distinciones ni mejoramientos, como no sea por justa causa"... "La justicia, que todo lo nivela, no puede tolerarlo [el uso de instituir heredero a uno sólo de los hijos], y la política que en todos los Gobiernos liberales e ilustrados tiende a una absoluta igualdad de derechos y a la destrucción de todos los privilegios odiosos, no pueden permitirlo..."

(68) SCAEVOLA, op., vol. y loc. cit., n. V, pág. 173.

(69) MORET Y SILVELA, op. cit., pág. 171.

(70) COSTA, loc. cit., págs. 521 y ss.

Giner (71) había concluido que “no hay principio alguno de justicia que autorice semejante igualdad mecánica y abstracta...; antes el Derecho pide que la fortuna, como toda clase de medios, se destine y proporcione con flexible conformidad a los fines que la hayan menester y a los sujetos de estos fines: todo lo cual varía en cada caso infinitamente”.

Modernamente, ha observado Roca Sastre (72) que: “Es evidente que desde un punto de vista estrictamente aritmético, dinerario o crematístico, podrá decirse que un hijo se queda casi con todo y los demás no perciben casi nada; pero esto constituye un mal enfoque del problema, el cual debe ser contemplado y tratado desde un plano superior funcional, biológico, social y económico. Debe huirse del simplismo perturbador y ver las cosas con visión orgánica y compleja, pues la vida jurídica es varia y varias deben ser las soluciones jurídicas.”

Por eso, en otra ocasión (73) concluimos que: “La injusticia de la igualdad aritmética resulta de que ésta es puramente cuantitativa, sin matices cualitativos. Si unos hijos abandonan la casa y trabajan para sí, y, en especial, si se les dio carrera, oficio o colocación con los ahorros de la casa; y si otro hijo quedó en ella, incorporando a ésta todo su trabajo y aunando su esfuerzo a los del padre para educar y colocar a los demás hermanos, no parece equitativo que a la hora de heredar tengan éste y aquéllos que partir por igual la casa y las tierras que éste trabajó y de las que marcharon los demás, que sólo trabajaron para sí, y, tal vez, gracias a carrera estudiada o un oficio aprendido con el esfuerzo y el sacrificio económico de la casa.”

Y se ha notado, en la realidad práctica, que los proletarios de los suburbios de las grandes ciudades no suelen ser los segundones de las regiones forales, sino que, en general, proceden de territorios de Derecho común.

La referencia de Casanovas al número de hijos, puede ser replicado con un dato comprobado en familias francesas (74) “que restringían a dos o tres el número de hijos para evitar una división ruinosa, y otras en las que un solo hijo se casaba, sus hermanos permanecían en casa solteros. Esto explica que, después de ciento cincuenta años, quedan todavía familias campesinas fijadas a su propiedad y que puedan sacar de ella lo necesario para subsistir.”

En fin, la invocación de la igualdad es difícil que se detenga en

(71) GINER, op. cit., § 117, vol. cit., pág. 89.

(72) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio*, en *Anales de la Ac. Matritense del Notariado*, T. I. (Madrid 1943), pág. 375.

(73) Prólogo al *Campesinado*, folleto núm. 20 de la colección VERBO, páginas 10 y s. Reproducido con el título *Los patrimonios agrícolas familiares*, en *Revista del Instituto Agrícola Catalán de San Isidro*, año CXIII, n. 2 (febrero 1964), págs. 34 y s.; y *La agricultura y la explotación familiar*, en *Rev. Jur. de Cataluña*, año LXIII, n. 1 (enero-marzo 1964), 113 y s.

(74) Cfr. HELION DE BEAULIEU: *El Campesinado*, VERBO, n. 20, págs. 66 y siguiente.

los hijos... y que no llegue más lejos, pensando en los hijos de los que nada tienen. La lógica del principio abstracto nos llevará a la abolición de la herencia, si nos dejamos arrastrar por ella, prescindiendo de las razones reales que una visión total, plena, nos impone (75).

12. b) Razones de *carácter propiamente jurídico*.

1.º *La copropiedad familiar*.

Las legítimas eran entre los germanos —nos dice Azcárate (76)— “una consecuencia de la copropiedad de la familia”. Pero —como el mismo autor objeta—, “¿cabe sostener que sean hoy consecuencia de la copropiedad de la familia, cuando de hecho ésta ya no existe, y cuando en principio tampoco se reconoce, puesto que es incompatible con ella la emancipación por edad?”

Y si a esa copropiedad familiar se le da otro sentido más genérico (77) de “cierta especie de condominio virtual a un derecho indirecto y subsidiario de unos individuos de la misma [familia] en los bienes de los otros, nacidos de los lazos que los ligan o de las obligaciones naturales que suponen la constitución y conservación de los mismos”... —observa Sánchez Román (78)—: “llevarían lógicamente a afirmar la copropiedad de la Humanidad entera, desde que la moderna idea del condominio familiar no se funda en una verdadera propiedad de familia, sino en los lazos de solidaridad que unen a sus individuos y que, si no tan estrechas, por su condición de seres sociales unen a todos los hombres y, en más o menos grado, todos cooperan en la labor individual y social de los demás”. “Claro que tal afirmación —prosigue Sánchez Román— nos conduciría derechos a un sistema socialista... o, para no caer en tales extremos, habría que reconocer que independientemente de estos lazos de solidaridad, y de los fines comunes de cada colectividad familiar o de otra clase, se impone, para su mejor cumplimiento, especializarlos en cada individuo.

(75) Cfr. COSTA, loc. cit., págs. 518 y s.

(76) AZCÁRATE, op. y vol. cit., cap. IX, § 2.º, pág. 77.

(77) ALONSO MARTÍNEZ (op. y cap. cit., sec. II, págs. 117 y ss.) en ese sentido escribió: “me cuesta mucho comprender cómo hay fuera del comunismo y de las sectas socialistas quien puede negar el carácter familiar de la propiedad y la herencia de los hijos, sin la cual queda, por demás, endeble y descarnado el cimiento del dominio perpetuo sobre los bienes, y singularmente sobre los inmuebles”. Y en igual dirección, ENRIQUE GIL Y ROBLES (loc. cit., p. 41, nota 1), razonó: “Moralmente, no puede fundarse la absoluta libertad de testar sino en el individualismo más absurdo, en el que supusiera que toda la propiedad familiar es sólo y exclusivamente del padre, afirmación ahora más extraña y repugnante que nunca, cuando contra el derecho y la economía individualista se pronuncia, cada vez con mayor justicia, una reacción hacia el sentido y carácter, no socialistas, sino sociales, de toda la propiedad. Si no hay ninguna que no tenga funciones y deberes para con la propiedad pública, ¿no ha de tenerlos para con la propiedad privada; para con la colectividad más íntima y amada del propietario; para aquella cuyos miembros son carne de su carne y sangre de su sangre?”.

(78) SÁNCHEZ ROMÁN, op. vol. y cap. cit., n. 14, págs. 734 y s.

atribuir a éste medios que sólo de su determinación dependen, y, entonces, volvemos a descubrir, en toda su pujanza, la personalidad individual, a la que, para que sea efectiva y completa su gestión, tiene que concedérsele la *libertad de testar*, como prolongación de los actos de su vida, en armonía con su naturaleza racional y previsoras.”

13. 2.º El *fideicomiso tácito*.

Según esta teoría, “el padre, o ha heredado de sus mayores los bienes que posee, o los ha adquirido de su propia industria. En el primer caso, sus mayores no se los han transmitido a él para él solo, sino para los descendientes que de él tuvieran: le han constituido en una especie de mandatario o depositario, y faltaría a la confianza que de él hicieron, si por pasión o por antojo interrumpiese la cadena de la transmisión hereditaria. En el segundo caso, cuando se trata de bienes adquiridos por el padre con su trabajo, como el padre no es producto de una generación espontánea, como la familia ha hecho de él todo lo que es, transmitiéndole, junto con la sangre, sus facultades espirituales, como un eslabón en la cadena de la familia, como ha heredado de ella sus cualidades económicas, como aquellos bienes no habría podido adquirirlos sin la inteligencia, la educación y el ejemplo de su abuelos, viene a resultar que en realidad, de hecho, son fruto del trabajo secreto e invisible de las generaciones pasadas unos bienes que aparentemente son obra inmediata de la actividad y del ahorro de aquel hombre, de aquel padre de familia; viniendo, por tanto, a ser éste un mero depositario de los bienes adquiridos, lo mismo que de los heredados.”

Así nos explica esta teoría Joaquín Costa (79), quien —después de hacer bastantes salvedades a la certeza de los presupuestos de la misma— observa que, aun “concediendo que fuera cierta la existencia de ese fideicomiso tácito que los partidarios de la legítima han ideado, la consecuencia de semejante teoría no sería ciertamente la legítima, esto es, la división del patrimonio a cada generación, sino todo lo contrario, la vinculación de los bienes patrimoniales y adquiridos en la familia troncal, la perpetuidad de esta familia en el tiempo; los partidarios de la teoría del fideicomiso tácito, para ser lógicos, habrían de proclamar un sistema de testamentificación parecido al que rige en los valles del Pirineo aragonés, en el que el padre instituye en sucesor y heredero universal de todos los bienes de la familia a uno de sus hijos, bajo la condición de hacer otro tanto en su día con uno de los suyos.”

Aunque lo más probable —creemos— es que el número de criterios y opiniones de cada ascendiente, acerca de este fideicomiso tácito, variaría con los lugares, las épocas, la educación, sentimientos y circunstancias, de un modo indefinible...

(79) JOAQUÍN COSTA, loc. cit., págs. 512 y s.

3.º Los deberes de la paternidad.

Es el argumento de más solera a favor de las legítimas. Lo hallamos en la Ley 17 del Título I de la 6.ª Partida, cuando recuerda que: "E a esta parte legítima dizen en latin, parte debida jure naturae."

García Goyena (80), reproduciendo las palabras de un célebre orador, contemporáneo suyo al que nombra, razonó así este fundamento, valorado en general como el más serio en favor de las legítimas: "los padres y madres, que han dado la existencia natural, no deben tener la libertad de hacerles perder arbitrariamente la existencia civil bajo una relación tan esencial como la de los bienes, o fortuna; y aunque deben quedar libres en el ejercicio de su derecho de propiedad, deben también llenar los deberes que les impone la paternidad para con los hijos y con la sociedad. El padre ha contraído no sólo con aquéllos, sino también con ésta, la obligación de conservarles los medios de subsistencia proporcionados a su fortuna." También Alonso Martínez (81) subrayó este fundamento, advirtiendo que: "La deuda alimenticia tiene una base más ancha que la incapacidad para el trabajo, ora nazca de los pocos años, ora de la enfermedad del cuerpo y del espíritu. La familia es el *medium* en que necesariamente vive el hombre, y, por tanto, los derechos y deberes de sus miembros son, y no pueden menos de ser, correlativos y recíprocos."

Y Enrique Gil Robles (82) planteó: "Los partidarios más fervientes de la libertad de testar suelen reconocer el derecho de alimentos, cuando menos, a hijos y a padres; ahora bien, ¿qué es esto más que la legítima?"

Estas razones habían sido atajadas con anterioridad por Azcárate (83), acompañándolas de dos citas:

Una de Montesquieu ("L'esprit des lois", XXVI, 6): "El derecho natural impone a los padres el deber de mantener a sus hijos, pero no les obliga a hacerles herederos."

Otra de Concepción Arenal ("La cuestión social: cartas a un señor", 21.ª): "Me parece altamente filosófico y equitativo el modo que tiene la Iglesia Católica de comprender los deberes de los padres, y que expresa el Catecismo diciendo que deben a sus hijos *alimentarlos, enseñarlos, darles buen ejemplo, y estado competente a su tiempo*; no dice dejarles herencias, ni procurar enriquecerlos. El precepto es claro como la justicia, sencillo como la verdad: alimentar a sus hijos, sostener su cuerpo, darles enseñanza y buen ejemplo, sostener su espíritu, darles estado, educar su inteligencia, y por todos estos medios, ponerlos en condiciones de que quieran y puedan trabajar con fruto, y sean hombres honrados, dichosos, cuanto es posible, y útiles a la

(80) GARCÍA GOYENA, op., vol. y ap. cits., pág. 431.

(81) ALONSO MARTÍNEZ, op. y cap. cits., sec II, págs. 114 y s.

(82) ENRIQUE GIL Y ROBLES, op., vol. y loc. cits., pág. 2, nota 1 de la página anterior.

(83) AZCÁRATE, op. y vol. cits., cap. XXII, § 7, págs. 328 y s.

sociedad. Ningún hijo en razón puede exigir más de su padre, que después que le ha dado esto podrá darle más, porque *quiera*, no porque le *deba* ya cosa alguna.”

“La legítima —concreta Azcárate— es el derecho conferido a ciertas personas sobre una parte del patrimonio del que muere, por virtud del parentesco que las une con éste y sin consideración a las circunstancias de los favorecidos por la ley, mientras que el derecho a alimentos pende en primer término de aquéllas y se gradúa además su cuantía por el fin a que responde, así que procede o no, según los casos, y no alcanza por igual a todos los hijos.”

Costa (84) también atajó: “¿El deber de alimentar a los hijos trae como consecuencia necesaria las legítimas? Para crearlo así ha sido menester confundir dos cosas que son radicalmente distintas, dos instituciones irreductibles entre sí: una cosa son los deberes de la paternidad, y otra muy distinta los derechos del dominio; una cosa son los alimentos, y otra cosa distinta la legítima; y cuando se juntan en una misma persona la cualidad de padre y la de propietario, como estas dos cualidades no son incompatibles, no es lícito desconocer y vulnerar los derechos que como tal propietario le corresponden, a pretexto de las obligaciones paternas, que ciertamente no se extinguen con la muerte.”

15. c) Razones de *tipo político*.

Se ha afirmado que las legítimas largas, al obligar a dividir las fortunas, favorecen la democracia. Hemos visto antes que, por el contrario, Durán y Bas afirmó que la libertad de testar es garantía de las libertades civiles, y que Costa señaló que esa libertad de testar favorece la democracia, “cuyas exageraciones encuentran en ella un saludable contrapeso”.

Lo cierto es que el régimen de las legítimas largas favorece, sin duda, la formación de la llamada sociedad de masas y con ella, a la vez, del gran capitalismo anónimo, al que la división forzosa ofrece inmejorables ocasiones de compra, y del totalitarismo del Estado y del poder de los tecnócratas, que así no sienten la resistencia de una sociedad arraigada, sino que impunemente pueden pactar de modo oculto, en frecuente sinarquía, con el capitalismo anónimo (85).

El 7 de marzo de 1793 —nos explica Le Play (85)— la Convención prohibió a los padres de familia disponer por testamento, estimando que la libertad de testar era incompatible con el espíritu de la Revo-

(84) COSTA, loc. cit., págs. 505 y ss. La argumentación de GARCÍA GOYENA (pág. 332) —“cuando un hijo educado en abundancia o medianía, según la clase y fortuna de los padres, se ve repentinamente, y sin justa causa, lanzado en la mendicidad. ¿no es cierto que la sociedad se ve defraudada en los servicios que tenía derecho a esperar de él, y que se encuentra con un miembro inútil, cuando no peligroso?”— es duramente discutida por COSTA (págs. 507 y ss.).

(85) Cfr. HENRI COSTON: *Les technocrates et la sinarchie* (París, 1962, Lectures françaises), caps. III, IV, V, VI y VII, págs. 47 y ss.

(86) LE PLAY, op. cit., lib. I, cap. II, § 13, págs. 76 y s.

lución. Así, en las familias no se perpetuarían los sentimientos hostiles al nuevo régimen. Para fortalecer la Revolución debía destruirse la autoridad de los padres de familia.

En 1703 el Parlamento inglés para destruir a los católicos de Irlanda dictó una ley ordenando que toda herencia de un papista sería distribuida por partes iguales entre sus hijos, salvo si el mayor fuese protestante (87).

En otras ocasiones se han simultaneado dos regímenes forzosos contrapuestos: los mayorazgos o vinculaciones, correspondientes al sistema de acumulación, para unas familias; y la legítima larga *in natura*, como sistema de división forzosa, para las demás, a fin de conservar de ese modo la preeminencia política de aquéllas.

Este fue el régimen castellano conservado en las Leyes de Toro (88).

Este fue el régimen que instituyó Napoleón en Francia, que extendió e impuso a todo el territorio *le partage forcé de les pays à famille instable*, y creó e impuso, a su vez, ciertos mayorazgos a la sucesión de personas notables fieles a su régimen, destinadas por él a constiuir la nueva clase directora (89).

¿Qué ha sido políticamente del labrador de un país tan progresivo como Francia, siglo y medio después de la aplicación del Código de Napoleón? (90). Nos responde un labrador (91): “no es ni siquiera

(87) Cfr. LE PLAY, op., lib. y cap. cit., § 15, nota 2, pág. 97.

(88) Las leyes 17 y ss. de Toro recogen la legítima del Fuero Juzgo, que comprendía todos los bienes excepto el quinto, respecto extraños, inclusive, y el tercio respecto de los descendientes; y las leyes 40 y ss. recogieron los mayorazgos, confirmando la ley 42 las necesidades de licencia regia para su constitución.

(89) Ese fue el sistema que aconsejó el mismo Napoleón I a su hermano José, en su carta de 5 de junio 1806 (cfr. LE PLAY, op., lib. y cap. cit., § 13, nota 5, págs. 79 y s.): “Estableced el *Code civil* en Nápoles; todo aquello que no sea afecto quedará entonces destruido en pocos años, y lo que queráis conservar se consolidará. He ahí la gran ventaja del *Code civil*. Hace falta establecer el *Code civil* en vuestro reino; consolidará vuestra potencia, puesto que, gracias a él, todo lo que no es sino fideicomiso cae, y no quedan más grandes casas que aquéllas que vos constituyáis en feudos. Esto es lo que me ha hecho desear un Código civil y me ha llevado a establecerlo”.

(90) CHARLES MAURRAS: (*Les nouveaux organisateurs. A propos de la liberté testamentaire*, en *De Démos a César*—París, 1930—, págs. 55 y s.), comentó que “Napoleón I se condujo con nosotros como Inglaterra con sus vecinos irlandeses”, después de reseñar el acta de la Reina Ana de Inglaterra de 1763 para Irlanda—a que antes nos hemos referido—y de narrar los siguientes hechos que transcribimos:

“En 1815, en el Congreso de Viena, al lamentarse lord Castlereagh por no poder desmembrar enseguida nuestro país, se consolaba pensando que, “*después de todo, los franceses están suficientemente debilitados por su régimen sucesorio*”, y se cometería un error al no ver en esta apreciación del diplomático británico, más que una *boutade* circunstancial, cuando obedece a una tradición de la política inglesa, *metódicamente aplicada a través de los siglos a los pueblos vencidos*”.

“... en la isla Mauricio, ocurre a los antiguos colonos de raza francesa como a los irlandeses en el siglo XVIII; bajo pretexto de conservarles su estatuto per-

dueño de su trabajo ni de sus productos, ya que debe hacer declaraciones de plantación y talas, de cosechas y *stocks*; se le prohíbe a veces vender su trigo o su vino en un momento dado o se le obliga al contrario, a deshacerse de ellos. Esta permanente ingerencia del Estado, que frecuentemente no tiene para él otro rostro que el de una oficina impersonal, donde se encuentran funcionarios irresponsables, no puede más que acentuar su sentimiento de desposesión y la desgana cada vez mayor de un trabajo cuya independencia disminuye cada día”.

“... el mecanismo de los precios —se dice como algo inevitable— no cumplirá su misión en el sector agrícola más que al rebajar a los agricultores, casi permanentemente, a un nivel de vida muy inferior al de las otras categorías de trabajadores.”

16. d) Razones de orden económico o práctico.

Alonso Martínez (92) señaló las siguientes:

— “con él [régimen de legítimas] no hay el peligro de que la propiedad se acumule en pocas manos, ni, por tanto, que se reproduzca en España un estado social semejante al que sugirió la célebre frase: *Latifundia perdidere Italiani*” (93).

— “el sistema de las legítimas favorece la movilización de la propiedad, mientras que la libertad de testar la impide, no sólo porque la fatalidad de la lógica impone como natural complemento de ésta la sustitución fideicomisaria y porque es invencible en el hombre el deseo de perpetuar su casa y su apellido, sino también por la imposibilidad de encontrar compradores para establecimientos vastísimos de un precio fabuloso que sólo está al alcance de muy raras fortunas”.

— “con la división del patrimonio entre los hijos, no puede menos de aumentarse el número de pequeños propietarios, lo cual es de excepcional importancia en los tiempos que atravesamos, porque sólo multiplicando los poseedores de inmuebles e interesando a una masa considerable de ciudadanos en la defensa de derechos de propiedad, es como puede construirse un dique bastante poderoso a detener el torrente devastador de las ideas socialistas”.

Claro que, a estas observaciones de Alonso Martínez puede objetarse: que la formación y el mantenimiento de los latifundios corresponde más al régimen de los mayorazgos o vinculaciones que al de la libertad de testar; que es muy discutible que sea un objetivo de-

sonal, se les mantiene cuidadosamente bajo el imperio de una legislación que les coloca en constante estado de inferioridad frente a sus rivales anglosajones”.

(91) HELION BEAULIEU: *El campesinado*, vers. española núm. 20 de VERBO... páginas 67 y s.

(92) ALONSO MARTÍNEZ, op. y cap. cit., Sec. III, págs. 141 y s.

(93) DURÁN Y BAS (op. y cap. cit., pág. 231), ya antes de la obra de ALONSO MARTÍNEZ, hablaba de “la repetición de la a este propósito ya manoseada frase, exacta en el sentido y en la ocasión que se escribió: *‘Latifundia perdidere Italiani’*”. Citando datos concretos para demostrar la inexactitud del argumento, con abundantes referencias a autores franceses (págs. 231 y s.).

OSWALD SPENGLER (“La decadencia de Occidente”, trad. de Manuel G. Mo-

seable la movilización de la propiedad inmueble (94); y que la multiplicación del número de pequeños propietarios tiene el límite de conveniencia que marca la muy variable medida óptima de la explotación, en el cual no puede detenerse el sistema de legítimas y si el buen juicio del testador (95).

rente, 5.^a ed.—Madrid, 1943—, vol. III, cap. II, n. 5, pág. 154) observó que: “La famosa frase de Plinio, repetida muy significativamente en la moderna economía: *latifundia perdere Italiam, jam vero et provincias*, confunde el principio y el fin del proceso; los latifundios, en efecto, no hubieran llegado a tener la enorme extensión que alcanzaron, si primeramente no hubiese el aldeano emigrado a las ciudades abandonando el campo—al menos exteriormente—. El Edicto de Pertinax en 193 descubre el fin de la terrible saturación: en Italia y en las provincias se autorizaba a quien quiera a tomar posesión del campo abandonado. El que lo labra adquiere sobre él el derecho de propiedad. Si los historiadores estudiaran serenamente las demás civilizaciones, encontrarían por doquiera el mismo fenómeno”.

(93) Como ha escrito ROCA SASTRE (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, 1.^a ed.—Barcelona 1941—, T. III, tema LXVIII, n. II, págs. 567 y ss.): “La propiedad inmueble siempre constituirá una parte del *suelo nacional* y será el asiento territorial de la *familia*, considerada ésta como órgano semipúblico, interferido entre el Estado y el individuo; siempre en ella habrá que apreciar un *valor de afección*, de *historia familiar* y de *linaje* (...); siempre habrá en ella un elemento de *estabilidad*, de *tradición* y de *conservadurismo* bien entendido; siempre en ella habrá de procurarse cierta permanencia, pues el cambio incansante de dueños perturba las condiciones de producción; siempre habrá de procurarse que vaya a manos *aptas*; siempre, en una palabra, habrá que ver en ella, especialmente tratándose de la propiedad rústica, el aspecto de la *propiedad-institución* más que el de propiedad—simple elemento económico—. El afán de movilizar hasta el máximo la propiedad territorial desconoce este carácter institucional, y sólo atiende unilateralmente a su valor de elemento negociable, como si se tratara de una vulgar mercancía”. Hoy, “a base de la función social de la propiedad”, se ve “la necesidad de arraigar en el suelo a la familia rural, y asentar al proletario agrícola en el terruño; de combatir al absentismo y el éxodo hacia la ciudad de los trabajadores de la tierra; de descongestionar los grandes centros urbanos; de propulsar una colonización y repoblación interior...”. Ya, LE PLAY (op. lib. y cap. cit., § 13, nota 8, págs. 83 y s.) había observado “que el comercio de los inmuebles rústicos, con las exageraciones que imprime el Código civil, ejerce una influencia mala, mala... El comercio de los inmuebles es malsano...”.

(95) Es inútil la lectura del extracto de la sección de la *Convention* de 28 diciembre 1793 en el *Moniteur*, allí resuenan aún estas palabras de Cambáceres: “La ley sobre la igualdad de las particiones ha ocasionado ya bastantes desórdenes en las familias...; habéis hecho un gran acto de justicia; habéis querido herir las grandes fortunas, siempre dañinas en una República; pero, al ser general la ley, los pequeños propietarios han sido extinguidos” (cfr. LE PLAY, op. lib. y cap. últ. cit., § 13, nota 3, pág. 77).

Como explica HELION DE BEAULIEU (loc. cit., pág. 66): “la obligación legal y uniforme de la división terminó inevitablemente en parcelamiento de la propiedad, es decir, en el emprobecimiento de cada uno de los herederos, y rápidamente en la imposibilidad de conservar una tierra incapaz de alimentar a la familia”. Y añade: “Es fácil ver cómo esta legislación es destructora del lazo que une al campesino a la tierra, cómo tiende a expulsarle de ella; hacer del propietario que trabaja su hacienda o del granjero familiarmente apegado al bien de otro propietario, un pobre diablo, obligado, finalmente, a ir a trabajar para otros o a dejar la tierra por la fábrica”.

Le Play (96) ya había observado, en Francia, que: Nuestras *familles-souches* de campesinos que, durante veinticinco siglos habían resistido innumerables causas de destrucción bajo la bienhechora influencia de la libertad, han sido en su mayor parte agobiados por los males derivados de una cruel imposición. Estos males resultan, sobre todo, de la movilidad de los inmuebles rústicos, de las maniobras fraudulentas y de los procedimientos organizados por los agentes que intervienen en el comercio y en la partición forzosa de estos bienes”.

El fenómeno tiene fácil explicación, según previno la Memoria premiada por el Instituto Agrícola Catalán de San Isidro en 1887, debida a la pluma de Catá de la Torre (97):

“Supongamos el caso de enajenación. Los bienes rurales habrán de ir a parar a manos de los que tienen capitales disponibles, que no serán ciertamente los agricultores, supuestas las condiciones de la partición continuada. Los comerciantes, los industriales, los hombres de las profesiones liberales, todos aquellos, en fin, que hayan podido acumular un capital, lo emplearán en la compra de los patrimonios de las antiguas casas rurales...”

“Cuando los bienes, en lugar de enajenarse, se dividen en varias porciones, es posible que sean poseídos aún por familias de agricultores. Mas ¿qué representación tendrán al fin unos propietarios a quienes se han adjudicado exiguas porciones? ¿Cómo podrán representar debidamente los intereses de la agricultura aquellos que tienen graves apuros para conllevar su penosa situación? Los demás ramos de la producción, o lo que es peor aún, los mismos empleados públicos, arreglarán todos los intereses, relegando al desprecio a la que es madre fecunda de riqueza y bienestar. Y al fin y al cabo los pequeños fragmentos de propiedad agrícola servirán para redondear las vastas posesiones de los potentados del siglo, cuyas riquezas se acumularán muy lejos de la producción rural. ¿Qué importa que estos potentados posean vastas extensiones de territorios si ellas son casi nada con relación a la profesión o la industria que tales riquezas les permitió acumular? Los bienes rurales son, en tales casos, reputados como un capital que produce un tanto por ciento menor que los que se emplean en los demás negocios; que por lo mismo que es un accesorio, consecuencia de todo ello ha de ser que los intereses de la agricultura no son tomados en cuenta al tratar de resolver los problemas sociales y económicos. Y los pocos agricultores sin importancia que puedan quedar aún tendrán que doblegarse al yugo.”

Mariano Nougés (98) advirtió: “si no hay propietarios grandes...

(96) LE PLAY, § últ. cit., pág. 83.

(97) RAMÓN MARÍA CATÁ DE LA TORRE: *La ley de la sucesión forzosa y libertad testamentaria en sus relaciones con la familia, la agricultura y la conservación de los patrimonios rurales* (Barcelona 1887), págs. 72 y ss.

(98) MARIANO NOUGÉS, citado por FRANCO LÓPEZ, *Memoria...*, cit., página 87.

la ignorancia, el envilecimiento será el resultado de ese sistema de nivelación, que a lo más durará dos o tres generaciones, porque pasará como un torrente que iguala el terreno, sí, pero aniquilándolo y llevándose la sustancia”.

17. Planteada y referida en términos generales la polémica acerca de la libertad de testar y las legítimas, quedan algunos puntos conexos por dilucidar.

¿Cuándo puede estimarse que hay libertad de testar? ¿La hay si la legítima es de una cuarta parte? La libertad relativa, es decir, la que está circunscrita entre los componentes de un determinado grupo de parientes (hijos, descendientes, ascendientes, profincos colaterales tronqueros), ¿puede conceptuarse como libertad de testar?

Los defensores de la libertad de testar que aceptan legítimas reducidas, ¿qué fundamento atribuyen a éstas?

Respecto de la primera cuestión, Durán y Bas (99) observó que el sistema de la libertad de testar no significa “que deba ser precisamente omnimoda, ilimitada esta libertad”. “Susceptible de varias formas el sistema de libertad de testar, admite a veces —proseguía Durán y Bas— las legítimas y siempre la obligación de alimentos; por tal se entiende lo mismo aquél en que el testador debe dejar una cantidad módica en sumo grado a los hijos o a los padres, más que como legítima, para evitar que se les tenga por preteridos, que el que nada impone como forzoso a título sucesorio; y susceptible de mayor o menor extensión el de la sucesión forzosa, se comprende dentro de él todo el sistema en que el padre no pueda disponer, a lo menos, de la mitad de los bienes.”

En cambio, el representante de Navarra en la Comisión Codificadora, Morales, dijo en ésta que (100) “Se puede transigir sobre el *tanto* o el *cuanto*; pero no cabe transacción sobre los *principios*, y aquí hay que optar entre la libertad de testar o las legítimas, que son la antítesis de esa libertad.”

Y, a su vez, el representante de Aragón, Franco López (101), opuso a la extensión a Aragón del sistema catalán de legítima de un cuarto y libérrima disposición del resto, los siguientes reparos, de los cuales el primero es aplicable a la libertad navarra y ayalesa: “En primer lugar, podría con ello dejar el padre la parte más considerable de su herencia a un extraño: cuando con arreglo a la legislación aragonesa debe ser para los hijos, o, por lo menos, para aquél o aquellos de entre ellos a quien él tenga por conveniente elegir. En segundo lugar, hallándose los padres con la libertad actual de distribuir los bienes con arreglo a su prudencia, dejan de ordinario, aun

(99) DURÁN Y BAS, op., parte y cap. cit., pág. 206.

(100) MORALES, en la Comisión General de Codificación, citado por ALONSO MARTÍNEZ, op. y cap. cit., sec. IV, pág. 151.

(101) FRANCO Y LÓPEZ, *Memoria...*, cit., parte III, n. XI, págs. 137 y s.

a los hijos a quienes no instituyen herederos, mayor parte de bienes, que la que probablemente les dejarían, sabiendo que cumplían con la ley no señalando más a cada uno de ellos que lo que taxativamente le correspondiese en la cuarta parte de la herencia. Y, en tercer lugar, se hallaría sujeta esta reforma que se indica a los mismos inconvenientes a que... se halla sujeto el sistema de particiones de Castilla; puesto que la necesidad de ellas y de las tasaciones que deberían precederlas, para saberse si el padre se había o no excedido de sus facultades, y adjudicar a cada hijo lo que le correspondiere con arreglo a la ley, es lo mismo que consista la legítima de la cuarta parte de los bienes paternos, que si consistiese en los cuatro quintos o en otra parte alícuota cualquiera.”

18. La segunda observación de Franco López nos evoca otra muy concreta de García Goyena (102), respecto de su tierra, Navarra:

“Elige [el padre] un hijo o hija, a quien hace donación universal, con cierta pequeña reserva de que poder testar el mismo donador; el donatario queda obligado a mantener a éste, a los otros hijos, a darles carrera, dotar y colocarlos en matrimonio, según sea el estado de la casa; otras veces el mismo donador se reserva una cantidad alzada para este último objeto—Supongamos, por término medio, al donador cuatro hijos: ¿qué es lo que de los quince mil duros quedará en limpio al donatario con la carga de los alimentos del donador, con la reserva a favor del mismo para testar, con los alimentos, dotes y colocaciones de los tres hermanos?—. Yo apelo con fiadamente al testimonio de todos mis paisanos para que me digan si el donatario navarro, en el caso propuesto, queda tan beneficiado como quedara un castellano mejorado en el quinto y tercio...” (103).

A la inversa, respecto de la tercera observación, la experiencia muestra, en el agro catalán, que los hijos o hijas al ser colocados o dotados renuncian en vida de sus padres a nada más pedir por sus legítimas, o que éstas son cifradas en el testamento paterno en cantidades que no la cubren sin que se reclame nada más, salvo que dada la desvalorización de la moneda resulte la cifra tan irrisoria que de común acuerdo heredero y legitimario fijen otra; y que más que a un cálculo riguroso del valor de la legítima en su determinación se atien-

(102) GARCÍA GOYENA, op., vol. y ap. cit., págs. 331 y ss.

(103) No obstante, no siempre pudo ser así. A menor patrimonio, en menor proporción puede detraerse de la casa. Como ha observado ROCA SASTRE (*La necesidad de diferenciar...*, n. X, Anales cit., págs. 367 y ss.): “Aun este tipo del cuarto resulta a veces excesivo, según la experiencia demuestra en Cataluña, pues tratándose de pequeños patrimonios rurales que carecen de numerario suficiente para pagarse las legítimas (o dotes en equivalencia de ellas) a los hermanos del heredero, éste se ve en la necesidad de vender bienes del patrimonio familiar, con lo cual éste sufre una amputación perturbadora... Por ello, en Aragón, Navarra y Vizcaya surgieron las legítimas individuales ficticias.”

de a las posibilidades del *hereu* para su pago sin atentar contra la conservación de la casa.

Todo nos lleva a admitir, en el terreno moral, como deber del padre no sólo el de alimentar y educar a los hijos no instituidos, sino también el de darles colocación y acomodo para poder desenvolverse, y el de dotar a las hijas, atendidas las posibilidades de la casa y teniendo como principio básico el de su conservación.

Pero el *quid* radica en este punto, ¿esas obligaciones morales trascienden del ámbito de la comunidad familiar? ¿Deben tener otro juez que el padre o madre? ¿Han de estimarse como jurídicas y, por tanto, sometidas a regulación legal y vigilancia judicial? (104).

Enrique Gil y Robles (105) lo planteó así:

“Según este mismo criterio de la mayor independencia jurídica de la familia, se resuelve fácilmente el tan debatido punto de las legítimas y de la libertad de testar, principios que no son opuestos, sino complementariamente armónicos, porque, en realidad, no se trata de si ciertos parientes, sobre todo los hijos y padres, se deben respectivamente una porción hereditaria en propiedad, sino de averiguar si la porción debida ha de imponerla por precepto el Estado, o si ha de fiarse a la autoridad del padre la distribución de los bienes, según justicia distributiva; o lo que es lo mismo, y para decirlo más claramente, si el deber moral de la legítima y del consiguiente derecho de los legitimarios han de convertirse en jurídicos sancionados en la ley común.” A juicio del mismo Gil y Robles, la contestación es que “la imposición de la legítima no es una función esencial, sino circunstancial, del poder supremo, cuyo título no es otro que la necesidad, demostrada o determinada por la experiencia de los abusos que contra la justicia y la piedad cometan, con habitual frecuencia, padres desnaturalizados”.

Cándido Nocedal (106) había opinado lo contrario: “Hay padres

(104) GINER (op. cit., § 100, ed. y vol. cits., pág. 29) lo planteó así: “El padre, por ejemplo, debe en vida alimentar al hijo en ciertas condiciones; debe, por tanto, asegurárselos en sus bienes para después de su muerte. Pero de ningún modo está en conciencia obligado a dejar siempre, sea por igual, sea por partes desiguales, su fortuna a sus hijos ni a otra persona alguna; esta obligación nace sólo cuando existen ciertas condiciones que nadie, ni, por tanto, el legislador o el juez, se halla en situación de juzgar con acierto. Si tan relativa y variable es la obligación ante la conciencia, se concibe lo absurdo de querer petrificarla, convirtiéndola en idéntica y permanente por las leyes.”

(105) GIL Y ROBLES, loc. cit., págs. 40 y s.

(106) NOCEDAL, disc. cit. (Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, op., vol. y cap. cits., páginas 730 y s., nota 1 de la pág. 730), que también dice: “Los hijos tienen en el corazón del padre una garantía mayor y más eficaz que todas las leyes positivas posibles y que todos los Códigos de la tierra... ¿Qué legislador ni qué Gobierno llegará jamás, con sus combinaciones calculadas y frías, hasta donde llega el amor, la solicitud, la previsión y hasta la adivinación del padre?; y “... del padre, tipo ideal de Gobierno y gobernantes, desconfían las leyes de Castilla...; al padre encierran dentro de un círculo de hierro, cuando él se lo trazara a sí propio y entonces sería bueno, y es malo porque es forzoso...” y

desnaturalizados, cierto; son injustos alguna vez; pero la excepción rarísima no puede ser fundamento y norma para legislación ninguna. Buscad lo común, lo ordinario, lo universal, lo natural y acertaréis seguramente, preocupándoos con lo excepcional, quebrantáis las leyes de la naturaleza...”

Si el Derecho de Navarra, o el de Ayala, admite la plena libertad es porque presupone que si alguna vez el padre deja el caserío, v. gr., a un sobrino y no a un hijo, será por razones muy evidentes o graves. V. gr., que ningún hijo sea labrador, todos le hayan emigrado a América, o sido educados para mejor profesión u oficio; o bien, que aquél que quede sea un pródigo, un mal labrador, un degenerado, supuesto en el cual le sería mucho más duro incapacitarle o desheredarle que simplemente dejarle —en cuanto a los alimentos— al cuidado de aquel a quien designe heredero (107).

Si el Derecho de Aragón es adverso a la legítima individual es porque estima que si algún padre no coloca o dota a algún hijo o hija es porque absolutamente no puede hacerlo, o bien porque al hijo o hija no le hace falta, porque por sí solo ya lo ha logrado con creces, o bien porque no lo merece o porque lo dilapidaría y despilfarraría.

El Derecho común parte de lo contrario. Las normas forales sólo desconfían en ciertos casos, como son los de segundas nupcias; y estiman que el padre puede tomar las medidas que, a su juicio, el modo de ser de su hijo exija, y, en cada generación, así sucesivamente: Heredamientos, donaciones, *propter nuptias*, designaciones de comisario, son garantías de tipo familiar, adaptables a cada caso, no soluciones prefabricadas por la ley.

Se ha llegado a proclamar la incompetencia del legislador en esta materia, en la que sólo un padre puede juzgar y aun con muchas dificultades. Recordemos la aseveración de Costa (108) de que el legislador “no puede acertar nunca, el error es congénito y connatural a su regla; yerra porque no puede menos de errar”. “Las relaciones familiares y personalísimas de cada uno de los llamados a la herencia —explicó Angulo Laguna (109)—, factor sin el cual no se puede lle-

“... el único para quien no sirve semejante precaución es precisamente un mal padre... derrochará durante la vida los bienes de los hijos, los venderá, los regalará, los transformará...”.

(107) URIARTE LEBARIO (op. cit., cap. V, pág. 134) informaba de que, pese a la amplia libertad de testar y de *apartar* a los hijos de la herencia de que dispone el padre en el territorio de Ayala, no se recordaba, en el transcurso de un siglo, que se utilizara más que dos veces en favor de extraños: “una en las proximidades de Respaldiza, donde un padre apartó a sus hijos para instituir a un extraño, quien ante la general indignación que en el país produjo la conducta del testador renunció a favor de los hijos esta herencia, y otra vez en el valle de Oquendo, donde un anciano cuyos hijos estaban en América gozando de buena posición económica dejó su escaso caudal al convecino que le albergaba en su casa”.

(108) Cfr. COSTA, *La libertad de testar...*, loc. cit. 522, Cfr. este texto *supra*, nota 34 de este §.

(109) DIEGO ANGULO LAGUNA: *Derecho privado de Vizcaya* (Madrid, 1903), capítulo III, págs. 59 y ss., especialmente 67 y 68.

gar a una solución justa en materia de reparto, por su índole esencialmente privada escapan a la acción del Estado, no armonizan con los medios de que éste dispone para cumplir y hacer cumplir el Derecho a este respecto, y suponen una variedad tal de casos y de estados de conciencia, que la regla jurídica es impotente, al menos por ahora, y no contando, como no cuenta, con órganos auxiliares [Consejo de familia], de una parte, para presuponer todos los casos, y de otra, para encontrar feliz expresión de un principio que a todos los comprenda.”

19. Hay un viejo brocardo (110) que dice: “*Legitima quoad substantiam naturale debitum est, sed quantum ad quantitatem est iuris civilis.*”

Tal vez sería más exacto decir que son de derecho natural los deberes que constituyen la substancia de la legítima, ya que éstos pueden cumplirse sin que las legítimas existan. De no ser así las legítimas individuales simbólicas de Vizcaya, Navarra y Ayala contrariarían el Derecho natural.

Para el Derecho natural clásico, la justicia reside en la recta disposición de las cosas a su fin, o según el orden de la Creación (111). La intervención de la ley positiva es exigible en cuanto sea necesario a ese orden, y repudiable en cuanto lo perturbe. Pero muchas veces su actuación produce ambos efectos a la vez, perturbando bajo ciertos aspectos y en unos supuestos, pero evitando otras perturbaciones en otros aspectos y supuestos.

Ese es el meollo del problema del tan discutido dilema de la libertad de testar o de las legítimas.

Lo fundamental en el régimen sucesorio —dijimos en otra ocasión (112)— es la adecuación del sistema al fin pretendido y al objeto de que se trate. Por esto, en nuestro tema, hay que valorar el clima moral social de la época y lugar, las costumbres y los usos vividos, e incluso el mismo objeto o contenido de la herencia en cuestión, netamente influido cuando se traduce en bienes raíces por la geografía física y económica en que se hallan ubicados.

a) En el primer aspecto, recordemos que Alonso Martínez pronosticaba que se llegaría a la extensión del régimen de las legítimas por la disminución de la moralidad, y, especialmente, recordemos aquellas palabras de la Novela XVIII, cap. III, de Justiniano, que ante la disposición del usufructo universal a favor de la viuda, comentó que: “*Quamobrem arbitrator studium esse huiusmodi testamentis uxores etiam proprietatem acquirere, filiis forte fame perentis.*” O aquellas otras de la ley “*Dum inlicita*” de Chindasvinto (Lex Visi-

(110) Cfr. MANS PUIGARNAU, *Los principios generales del Derecho...*, cits., (H 2), n. 72, pág. 227.

(111) Cfr. MICHEL VILLEY, *Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit* (París, 1962), II parte, cap. III, A, 1, a, págs. 124 y s.

(112) *Panorama...*, cit., tema XI, n. I, pág. 263.

gotorum IV-I, 1.^a): “Plerique enim, indiscrete viventes suasque facultates interdum vel causa luxuriosa vel cuius tam male voluntatis in personas extraneas transferentes, ita inoffensos filios vel nepotes aut non gravi culpa obratam ob noxis inanes reliquunt...”

Por ello, habíamos afirmado en otras ocasiones (113) que la libertad de testar puede ser útil o perjudicial según el uso que de la misma se haga: “Si un contingente considerable de padres usara de ella para despojar a sus deudos en beneficio de sus amantes, necesariamente debería abolirse. También habría que abrogarla si los hijos preferidos dilapidaran su caudal o guardaran avaramente su haber mientras sus hermanos se vieran condenados a poblar los barracones de los suburbios...” “La conveniencia o inconveniencia de las leyes no puede juzgarse si no es con relación al clima social o moral al que se aplica. Mucho más que el juicio teórico de la ley interesa la reacción que provoca en el organismo social al que se aplica.”

b) En cuanto a las costumbres vividas, como también allí dijimos: “La mentalidad jurídica popular llega a ser mucho más decisiva que las mismas leyes: “*Leges sine moribus vanae proficiunt*”. “Por ello, la libertad de testar sería inútil si los padres no usaran de ella, por desconocer que utilizándola con acierto puede lograrse justicia.”

“El Derecho sucesorio —ha dicho Roca Sastre (114)— está íntimamente ligado con la organización específica de la familia. El Derecho sucesorio tiene un objeto o cometido simple: regular el destino de un patrimonio relicto y, en este sentido, es un mero desenvolvimiento de los sistemas o modos de adquirir. Pero la técnica o sentido que adopte la regulación de aquel destino o sucesión patrimonial está fuertemente influenciado por el criterio imperante en materia de organización familiar.”

c) En lo relativo al objeto, el mismo Roca Sastre (115) ha propuesto la distinción entre lo *rural* y lo *urbano*, aplicándoles, respectivamente las características señaladas por Le Play a la familia troncal y establece y a la familia no troncal o temporal (116). Y Gregorio de

(113) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, epílogo, cfr. ed. sép., págs. 621 y s. y A. D. C. VIII-II (abril-junio, 1955), págs. 457 y s., y prólogo a *El campesinado* en VERBO cit., pág. 19, R. del I. A. C. de S. Isidro CXIII, 2, pág. 36 y s., y Rev. Jur. de Cat. cit., págs. 119 y s.

(114) ROCA SASTRE: *La necesidad de diferenciar lo rústico y...* A. A. M. del N., vol. cit., págs. 337 y s.

(115) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., págs. 338 y ss.

(116) URIARTE LEBARIO (op. cit., cap. VI, págs. 48 y ss.) observó al respecto que: “En las anteiglesias de Vizcaya, donde rige el Fuero civil vizcaíno, usan los labradores de la facultad de testar que el Fuero les otorga, de tal manera que las propiedades rústicas se mantienen indivisas; pero la mayor parte de los menestrales, propietarios y comerciantes, no cuidan de que el patrimonio familiar no se fraccione, aunque usan y tienen en gran estima la libertad de testar que el Fuero concede...” “Los labradores ayaleses, que tan fieles se muestran a la transmisión íntegra del patrimonio familiar cuando lo constituyen fincas rústicas, en cambio lo dividen entre todos sus hijos si consiste en dinero.”

Altube (117) ha llegado a afirmar que el paisaje es fuente del Derecho, pintando con vivos trazos con cuánta necesidad el paisaje montañoso vasco reclama un régimen sucesorio que permita mantener indiviso y vivo el caserío (118).

Nosotros, en otra ocasión (119), propusimos otra distinción: *patrimonios dinámicos o de producción* y *patrimonios estáticos o de ahorro rentista*. El problema de los patrimonios dinámicos no sólo existe en las casas labradoras, en los patrimonios familiares agrarios, sino que también se plantea en la empresa individual artesana y en la pequeña empresa industrial o comercial que dividida entre muchos no produce lo suficiente para ninguno y termina por tenerse que liquidar, después de causar en muchos casos la discordia entre los hermanos.

Añadamos, incluso, el supuesto de la familia urbana que no tiene más bienes que su hogar, en el que conviven con los padres ancianos una hija o un hijo que subviene a casi todas las cargas del hogar, mientras los otros que tienen su acomodo fuera no cooperan de modo alguno al sostenimiento de los padres. Para estos supuestos, muy numerosos —como hemos comprobado en nuestra práctica notarial—, el régimen que en general se siente como el más justo y adecuado es el de la familia estable, de modo idéntico que para los patrimonios dinámicos, mejor que el sistema de los patrimonios estáticos o de ahorro rentista. Tal vez porque la casa es un complemento del desenvolvimiento dinámico de la familia más que un mero elemento del ahorro.

20. Profundizando un poco más en la distinción entre los *patrimonios dinámicos o de producción* y los *patrimonios estáticos o de ahorro rentista*, dijimos —en el lugar últimamente citado— que: “Para los primeros, los regímenes sucesorios que mejor cumplen su interés social son evidentemente los sistemas de continuidad, que por un medio o por otro mantienen viva la explotación. Para los sistemas de

(117) GREGORIO DE ALTUBE: *El paisaje como fuente del Derecho*. Conferencia inédita en la Academia Matritense del Notariado el 21 de abril de 1949.

(118) EDUARDO DE HINOJOSA (*El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña* —Madrid, 1905—, cap. IV, págs. 160 y ss.): “Las condiciones del suelo influyeron también (en la Cataluña medieval), sin duda, en el predominio de la sucesión individual. En comarcas montañosas, donde la escasa fecundidad de la tierra y la crudeza de la temperatura imponen la cultura extensiva, el fraccionamiento excesivo de la propiedad territorial tiene como consecuencia la imposibilidad de proporcionar medios de subsistencia a familias numerosas.” Y Uriarte (loc. últ. cit., págs. 156 y ss.) ha hecho notar que la causa del fenómeno social del uso de la libertad de testar para conservar indivisa la casería debe basarse en los procedimientos de cultivo y en las condiciones físicas del suelo”, pues los “territorios habitados por vascos, tanto en el lado de acá como en el de allá de los Pirineos, son montuosos y pobres”, y que por la adecuación de leyes y costumbres se hallan conceptuados “como muy bien cultivados y productivos, si no por su fertilidad, por el perseverante e ingenioso trabajo de sus habitantes”.

(119) *Panorama...*, cap. y núm. cit., págs. 264 y s.

ahorro o estáticos, la unidad patrimonial no tiene ningún interés social, y entonces parece, como regla general, más justa la tendencia a la división igualitaria.”

A este segundo supuesto es aplicable lo que Radbruch (120) ha dicho con excesiva generalidad:

“La masa hereditaria no se presenta hoy, en la mayoría de los casos, como un todo material coordinado a un fin económico que no puede dividirse sin gran perjuicio, sino más bien como un conglomerado, una suma, una masa informe de valores. Ya vimos en el capítulo de la propiedad la transformación de la propiedad en patrimonio, de la cualidad en cantidad. Ahora bien, un montón de valores, una caja llena de las más variadas acciones, obligaciones, suscripciones públicas y talones hipotecarios no constituyen una unidad económica necesitada de conservación. Sólo porque la mayoría de las herencias habían tomado este carácter puramente cuantitativo es por lo que pudo imponerse el sistema de las legítimas. Las unidades económicas necesitadas de conservación en medio del cambio de los hombres, con la despersonalización de la economía y con la objetivización de las empresas, han pasado de las manos perecederas de las personas naturales a las manos inmortales de las personas jurídicas, escapando, justamente por eso, del círculo del Derecho hereditario. De tal suerte encontramos en el dominio del Derecho hereditario agudizados y en su plena acritud los problemas que nos salieron al paso en la propiedad y en la familia.”

Esta última frase nos muestra la imprudencia de generalizar lo que se estima mayoritario, reconocida como un hecho en otra de las frases que acabamos de transcribir. Por otra parte, como antes hemos observado, Radbruch generalizaba excesivamente sus conclusiones. Así nos lo confirman las estadísticas (121). Además de que —como sabemos prácticamente los Notarios— la mayoría de las sociedades anónimas sólo lo son formalmente, pues realmente son empresas familiares que, por múltiples razones que no son del caso enumerar, han adoptado la forma —sólo la forma— de sociedad anónima, pero sus acciones no circulan y, muchas veces, ni siquiera están materialmente

(120) G. RADBRUCH, op. cit., § 21, págs. 210 y s.

(121) Acusamos de *excesiva generalidad*, y lo confirman así las estadísticas; v. gr., en la progresiva Francia, según índice de 1958, de un total de 837.000 establecimientos industriales: 792 tenían menos de 20 asalariados, 36.000 de 20 a 100; 8.400 de 100 a 500; 900 de 500 a 1.000, y 50 de más de 1.000; trabajando en empresas de uno a 20 obreros, 2.197.000 trabajadores; en empresas de uno a 200 obreros, 4.673.000, y de más de 200 obreros, 2.909.000 (Cfr. Anexo I, del trabajo *La tecnocracia y las libertades*, del Club Jean Louis Richard, en VERBO, núm. 28-29, pág. 504).

Parece como si los intelectuales tuviésemos una excesiva percepción de la *dinámica*, del *movimiento*, que nos impidiera ver y valorar lo que *permanece*. Por eso, nos es útil constatar de vez en cuando la medida de lo uno y de lo otro.

impresas. Lo más voluminoso es anónimo, pero no lo es lo más numeroso, ni siquiera en la industria ni en el comercio (122).

21. Donde de un modo más agudo se ha planteado el problema sucesorio de la conservación del patrimonio familiar ha sido en la mediana y, especialmente, en la pequeña propiedad rústica. Por ello, dedicamos especialmente este epígrafe a ese problema. Su planteamiento es claro (123).

Es necesaria una adecuada ecuación: entre la familia campesina y las tierras que ésta cultive y de las que viva. Ecuación que nos plantea de un modo dramático un hecho evidente: no todos los que nacen en una casa campesina pueden seguir viviendo en ella formando una sola familia, en las mismas tierras de la casa en que nacieron. Se trata de una imposibilidad económica y hasta física que lo impide.

Hay un mínimo vital en la cantidad de tierras de cada calidad por debajo del cual no es posible que vivan las personas que integran una familia.

“No cabe duda —ha dicho Roca Sastre (124)— que la división igualitaria de herencias es altamente perniciosa en los territorios principalmente rurales, pues tratándose de un patrimonio agrícola que sólo dé para vivir una familia modesta, si al morir el padre dejando varios hijos se impone su partición por efecto de una legítima de excesiva cuantía, el resultado será, en general, que los hijos vendan sus lotes, yendo después aquéllos a engrosar la masa proletaria de las ciudades y acaparando el comprador, en sistema de latifundio, las tierras enajenadas. En cambio, con el sistema de heredero único, posibilitado para la legítima corta, se produce aquel arraigo a la tierra, evitándose la despoblación del campo y efectuándose por vía automática y con la normalidad propia de las soluciones de Derecho privado, un proceso de asentamiento sin necesidad de intervención burocrática estatal y con pacífica solución del problema agrario.”

De este modo, cuando la casa ya no puede desdoblarse, los hijos que deseen establecer su nido deberán abandonar el suyo originario..., excepto uno, el heredero, que quedará encargado de perpetuarlo.

La historia del Derecho y las legislaciones actuales nos ofrecen tres tipos de fórmulas para lograr aquella solución: las vinculaciones, la indivisibilidad forzosa y la libertad de testar (125), y, como variante

(122) Otra cuestión diversa es la de si es conveniente que el Derecho favorezca ese anonimato capitalista, característico de las sociedades anónimas y contrario a la relación directa de propietario y propiedad, que separa la propiedad de la riqueza del poder sobre ella, y que llega a permitir a determinados grupos que manejen ocultamente los resortes del mundo. Sobre este tema Cfr. FEDERICO DE CASTRO, *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*, en Centenario de la Ley del Notariado, Sec. III, vol. I, págs. 94 y ss. y 126 y ss.

(123) Cfr. nuestro prólogo a *El campesinado*, VERBO cit., pág. 9; R. J. de Cataluña cit., pág. 112, y Rev. del Inst. Agr. Catalán de San Isidro, cit., pág. 34.

(124) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., págs. 374 y ss.

(125) Cfr. nuestro prólogo a *El campesinado*, VERBO cit., págs. 16 y ss.; R. J. de Cataluña cit., págs. 117 y ss., y R. del I. A. C. de San Isidro cit., páginas 35 y s.

de esta solución, la de otorgar donación universal o *heredamiento* en capitulaciones matrimoniales.

Las *vinculaciones* ofrecen el grave inconveniente de su perpetua inflexibilidad. Las condiciones de la familia y las del lugar pueden cambiar. Cabe que en éste varíe la orientación económica más conveniente y que haga tránsito de la agricultura a la industria o a otra actividad diversa (126). Cabe que el designado estatutariamente carezca de las cualidades necesarias para llevar el timón o los remos de la casa o del indispensable amor a la tierra. Por otra parte, anula el estímulo que significan el premio al labrador que mejor sepa hacer rendir sus tierras y el castigo a quien no sepa cuidarlas (127). Otro de sus inconvenientes consiste en que la inmoviliza, a la vez que limita sus posibilidades de crédito, al hacerla inalienable. Provoca, en fin, la concentración de la propiedad territorial al reunirse con las uniones matrimoniales diversos mayorazgos, sin ser posible a los padres su división (128).

La *indivisibilidad*, legalmente impuesta a las parcelas consideradas como unidades mínimas de cultivo, no parece que a la larga pueda resultar buena solución. En primer lugar, resulta rígida, estereotipada, no adaptada a la variedad de circunstancias y a su posible mutabilidad, y además introduce la tecnocracia y la burocracia estatal para controlar la actividad dispositiva de los labradores (129), con violación del principio de subsidiaridad (130). En segundo término, su desbordamiento de hecho por la realidad no puede evitarse más que con soluciones drásticas, que resultarán injustas en cuanto impongan lo positivo y formal a lo real y vital; y que, para no resultar disposiciones estériles, incluso necesitarán desconocer la usucapión, institución que esencialmente confirma de derecho la unión vital de hecho del hombre con la cosa (131).

(126) Cfr. JOSÉ M. SANAHUJA Y SOLER, *Tratado de Derecho Notarial*, t. II (Barcelona, 1945), cap. VII, II, c, págs. 321 y ss.: "Los inconvenientes de las vinculaciones reguladas por fundación o por precepto legal son los de todas las instituciones de Derecho positivo creadas a perpetuidad: la rigidez de la institución no se aviene con las necesidades de los tiempos y llega un momento en que el divorcio entre la norma imperativa y la realidad es tal que hay que proceder a una operación de cirugía jurídica para dar salida a una corriente de vida social que no puede hallar cauce adecuado dentro de la angostura estatutaria o funcional."

(127) Por esas razones, en el S. XVI, la alta nobleza territorial de Inglaterra suprimió el derecho vincular de primogenitura (o mayorazgo) para basar en la libertad de testar la elección del heredero (Cfr. LE PLAY, op. y cap. cit., 15, pág. 92).

(128) Cfr. A. Menger, op. cit., cap. V, n. LIV, pág. 395.

(129) Cfr. Federico de Castro, *El Derecho Agrario de España - Notas para un estudio*, en A. D. C. VII-II (abril-junio 1954), págs. 387 y s.

(130) *El principio de subsidiariedad* lo vemos enunciado en términos generales como la doctrina social de la Iglesia por Pío XI en *Quadragesimo anno*, §§ 79 y 80; Juan XXIII en *Mater et Magistra*, § 53.

(131) Así expusimos en VERBO, cit., pág. 22, y en R. J. Cataluña cit., página 122.

Por lo demás, la determinación de unidades mínimas de cultivo indivisibles resultará una solución insatisfactoria si las legítimas a abonar a los demás hijos son superiores a las posibilidades de ahorro de la casa en una generación (132). Y, finalmente, del mismo modo que en el agro la erosión se evita con vegetales de tamaños distintos, según las circunstancias, o con la combinación de unos y otros —árboles, arbustos y herbáceas—, de igual modo, la erosión humana se evita mejor conservando heredades campesinas de distintas dimensiones y riqueza, con funciones sociales distintas, con posibilidades estimulantes de agrandarse o achicarse según la capacidad y el esfuerzo de sus respectivos titulares.

La *libertad de testar* pretende delegar en el padre la decisión, en cada caso, del mantenimiento de la unidad de los herederos o de su división, apreciando la posibilidad o conveniencia de una u otra solución, y su medida.

Claro que esta solución requiere que las costumbres hayan enseñado a los padres a saber usar de esa libertad. De lo contrario, la labor más eficaz, a la larga, que el Estado puede acometer, es la de formar una sana y realista mentalidad campesina en defensa de las casas labradoras y, con ella, de la propia agricultura (133).

Sanahuja (134) reconoce el peligro de que “al dominar como soberana la voluntad individual, se rompe jurídicamente la cadena en cada generación y el patrimonio deja de cumplir a menudo su misión como soporte de un tronco familiar, para servir únicamente a los intereses efímeros de un individuo cuando el patrimonio es grande o para ser abandonado cuando es pequeño”. Y, por ello, indica como solución óptima que: “La capitulación matrimonial tiene la ventaja de asociar al primogénito en la labor de la granja y quedar ensamblado el interés de padre e hijo, reemplazando éste a aquél sin solución de continuidad. Por otro lado, la renovación de que es objeto al contraer matrimonio el vástago elegido le da la suficiente flexibilidad para adaptar las capitulaciones a las necesidades que los nuevos tiempos demandan.”

(132) Lo que podría dar lugar al fenómeno llamado del *endeudamiento de la tierra*.

(133) Cfr., al respecto, nuestra ponencia general en el I Coloquio Latino de Derecho Agrario, celebrado del 8 al 12 de noviembre de 1964, organizado por la Asociación Aragonesa de Derecho Agrario, que con el título *El espíritu del Derecho foral español y los problemas agrarios de hoy* publicó An. Der. Cív. XVIII-I (enero-marzo, 1965), págs. 214 y ss.

(134) SANAHUJA y SOLER, op. vol. y cap. cit. n.º II c y d, p. 322.

“Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes”⁽¹⁾

GUILLERMO G. VALDECASAS
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: I. Introducción.—II. Concepto de la retroactividad de la ley.—III. Fundamento del principio de no retroactividad.—IV. Efecto inmediato de la ley nueva y supervivencia de la ley antigua.—V. Conclusión.

I. Toda nueva Ley, en cuanto sea incompatible con una ley anterior, la deroga (“lex posterior derogat priori”). Así se resuelve el conflicto u oposición entre normas sucesivas que regulan de diversa manera el mismo tipo de relaciones jurídicas. La ley antigua deja de estar vigente en el mismo instante en que la ley nueva entra en vigor, quedando perfectamente delimitadas y separadas sus respectivas esferas de vigencia temporal, entre las cuales no parece posible ya interferencia o cruce alguno.

Pero si del plano puramente normativo descendemos al terreno de los hechos y de las relaciones jurídicas, advertiremos en seguida que no es tan fácil deslindar el ámbito de aplicación de las leyes que se suceden en el tiempo. Pues si bien es evidente que la ley nueva ha de aplicarse a los hechos y relaciones futuras, es dudoso, en cambio, que deba aplicarse también a las relaciones constituidas bajo la ley

(1) BIBLIOGRAFIA: AFFOLTER, *System des deutschen bürgerlichen Übergangsrecht*, 1903; *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, 1901; BORDA, *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*, Buenos Aires, 1951; CASTÁN, *Derecho civil*, 9.ª edición, t. I, vol. 1, 1955, pág. 401; CASTRO, *Derecho civil de España*, 3.ª ed., t. I, vol. 1, pág. 705; COVIELLO, *Doctrina general del Derecho civil*, trad. de F. Tena, México, pág. 100; DUGUIT, *La non retroactivité des lois et l'interprétation des lois* (“Revue de Droit public”, XVII, 1910, pág. 764); ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil*, trad. Pérez y Alguer, Parte general, vol. I. págs. 232 y s.; ESPÍN, *Manual de Derecho civil*, I, 2.ª ed., pág. 122; GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, 3.ª ed., 1891-8; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, págs. 185 y s.; LASALLE, *System der erworbenen Rechte*, 1861; POPOVILIEV, *Le Droit civil transitoire ou intertemporal* (“Revue trimestrielle de D. civil, 1908, págs. 461 y ss.; RIPPERT y BOULANGER, *Traité de Droit civil*, I, 1956, págs. 124 y s.; ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, 2 vols., 1929-33 (2.ª ed., Paris, 1960); SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano*, VIII, §§ 383 y s.; VAREILLES-SOMMIERES, *Une nouvelle théorie sur la retroactivité des lois* (“Revue critique de législation et jurisprudence”, 1893); WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. Fadda y Bensa, I, 1902, pág. 88; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil* trad. esp., I, págs. 118 y s.; PACE, *Il Diritto transitorio*, 1944; MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. de Sentis, I, pág. 90.

antigua y que todavía subsisten. Pueden existir, en efecto, razones poderosas para que estas últimas sigan rigiéndose por la ley antigua, la cual, aunque derogada, sobreviviría con una eficacia limitada a las mismas.

El tránsito del Derecho antiguo al Derecho nuevo plantea siempre el problema de hasta qué punto este último debe apoderarse de las situaciones jurídicas creadas al amparo del Derecho anterior, para suprimirlas o modificarlas a tenor de los nuevos principios. En el fondo se trata del problema de conciliar y ajustar los intereses defendidos por la nueva legislación con los que, hasta ahora, habían sido protegidos por la legislación antigua.

A veces, el mismo legislador dicta disposiciones cuyo objeto es determinar las normas aplicables a estas relaciones jurídicas cuya existencia se extiende entre los períodos de vigencia de ambas legislaciones. Son las llamadas disposiciones transitorias y también de Derecho intertemporal, o de colisión de leyes en el tiempo. Sería de desear que, siempre que fuese necesario, el legislador agregase a la nueva ley las oportunas normas de Derecho transitorio, y que éstas señalaran, con toda la precisión posible, la respectiva esfera de aplicación de las leyes en conflicto, sin dejar ningún vacío o laguna jurídica. Pero es frecuente que el legislador se ahorre este esfuerzo, acudiendo al sencillo expediente de atribuir o negar efecto retroactivo a la nueva ley, según que se proponga o no someter a su dominio las situaciones jurídicas creadas bajo la ley antigua. Otras veces el legislador guarda silencio sobre esta cuestión y es el intérprete quien tiene que resolver si la nueva ley es o no retroactiva.

Por su parte, la ciencia jurídica ha desplegado esfuerzos ingentes para encontrar un principio general y reglas particulares derivadas del mismo, con arreglo a las cuales resolver los conflictos de leyes en el tiempo, o lo que es igual —puesto que la cuestión gira en torno a la retroactividad—, decidir cuándo la ley debe ser retroactiva y cuándo no. Fruto de ellos son múltiples sistemas científicos que suministran un material copioso y de evidente utilidad para enjuiciar y resolver la multitud de cuestiones que suscita el tránsito del Derecho antiguo al nuevo.

Sin embargo, por esa misma superabundancia de doctrina, puede ser conveniente, de vez en cuando, una labor de clarificación y simplificación, que es la que nosotros nos proponemos en el presente estudio. Naturalmente, el primer paso a dar es el de determinar el concepto mismo de la retroactividad, pues antes de discutir cuándo la ley debe ser retroactiva y cuándo no, hay que ponerse de acuerdo sobre qué sea la retroactividad. En cuanto a la segunda cuestión, sólo intentaremos señalar algunos criterios muy generales, pero, a nuestro juicio, sólidamente fundados.

II. Las leyes sólo pueden producir efecto para el futuro, es decir, a partir del momento de su promulgación y entrada en vigor. Ello es consecuencia necesaria de la naturaleza irreversible del tiempo: no es posible retornar al pasado y remover los hechos en él acaecidos. Sin embargo, sabemos que, a veces y con carácter excepcional, el legislador asigna a la ley eficacia retroactiva. ¿Qué debemos entender por retroactividad? En sentido vulgar, retroactividad significa actuar sobre el pasado, lo cual rigurosamente hablando es imposible, según acabamos de indicar. Por consiguiente, retroactividad en su sentido técnico-jurídico debe significar cosa distinta. Adelantando una definición aplicable a los distintos supuestos de retroactividad en el campo jurídico, podríamos decir que es la atribución a una norma o a un hecho jurídico, de los efectos que habría producido de haber estado vigente aquélla o haber existido éste, en un tiempo anterior a aquel en que efectivamente entró en vigor la norma o se produjo el hecho.

Así, pues, la retroactividad de la ley se basaría en la ficción de que había estado vigente en un tiempo anterior a su promulgación. ¿Qué se persigue con esta ficción, qué consecuencias se derivarán de ella? Examinemos algunos ejemplos:

Supongamos que la nueva ley exige como requisito necesario para la constitución o transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles la inscripción de los mismos en el Registro de la propiedad, mientras que la legislación anterior no requería formalidad especial alguna. Si se da efecto retroactivo a la nueva ley, esto es si se finge que estuvo vigente en el pasado, quedarán anulados automáticamente (“*ipso iure*”) todos los actos de constitución y transmisión de derechos reales inmobiliarios en los que no se hubiese observado el requisito de la inscripción. A su vez, la anulación de aquellos actos repercutiría sobre todas aquellas relaciones jurídicas constituidas posteriormente y que presuponían la validez de dichos actos (p. e., sucesivas transmisiones del mismo derecho). Otros ejemplos; la retroactividad de una ley que limitara las facultades de disposición del propietario, anularía los actos de disposición contrarios a ella aunque se hubiesen realizado antes de su promulgación. La de una ley suprimiendo la esclavitud, llevaría consigo que quienes hasta ahora han sido esclavos sean tratados en el porvenir como si no lo hubieran sido nunca.

Como se ve, la ley retroactiva sólo produce efecto a partir de su entrada en vigor y para el futuro. Lo que ocurre es que sus efectos se determinan *como si* la ley hubiera estado vigente en el pasado. Es decir, que las situaciones jurídicas creadas al amparo de la legislación anterior son suprimidas o modificadas *actualmente*, dándoles la configuración que les correspondería de haber estado vigente en el pasado la nueva ley.

Dada la concatenación existente entre los hechos jurídicos de la vida social, es muy difícil prever el alcance que en cada caso particular pueda tener la eficacia retroactiva de la ley. Aplicándola rigurosamente se verían afectadas relaciones ajenas por entero al contenido

de la nueva ley, pero que indirectamente dependen de un hecho que habría caído bajo el dominio de ésta si hubiera estado vigente entonces. La retroactividad es un expediente o recurso técnico muy cómodo para el legislador que, mediante ella, se propone suprimir o modificar de raíz las situaciones jurídicas existentes, pero es también un procedimiento peligroso que, una vez puesto en movimiento, puede conducir a resultados que excedan ampliamente la intención o la previsión del legislador.

En ocasiones el legislador —o, en su caso, el intérprete— limita o modera el efecto retroactivo de la ley, con lo que se originan tipos de retroactividad menos fuerte o intensa. Así, por ejemplo, se excluyen del efecto retroactivo las situaciones jurídicas que ya habían sido establecidas por una sentencia firme (2) dictada con arreglo al Derecho anterior, o por una transacción, mientras que las controversias en tramitación y las que se promuevan en el futuro sobre cuestiones pretéritas se deciden con arreglo a la nueva ley (3).

En cualquier caso, sea más o menos fuerte la retroactividad, ésta supone siempre una modificación actual de las situaciones jurídicas existentes, para darles la configuración que les correspondería de haber estado vigente la ley nueva en el tiempo anterior a su promulgación.

Sin duda el legislador puede alcanzar los fines que se propone con la retroactividad sin declararla expresamente, es decir, sin fingir que la ley había estado vigente en el pasado. Para ello le bastaría con ordenar directamente los efectos deseados: v. gr., anulando los actos de disposición válidamente celebrados con arreglo a la ley antigua; reconociendo la validez de los actos del esclavo, cuando éste carecía de capacidad para realizarlos, etc. En tales casos se operaría una retroactividad material de la nueva ley, aunque el legislador ni siquiera hubiese mencionado esta palabra. Pero la fórmula de retroactividad es más cómoda, ahorrándole el cuidado de prever y ordenar cada uno de los efectos que habrían de producirse.

El concepto que acabamos de exponer es el de la retroactividad en sentido estricto, la cual, a nuestro juicio, es la única y verdadera retroactividad. Pero otros autores hablan de una retroactividad más débil que la anterior y que no necesitaría apoyarse en la ficción de que la ley estuvo vigente en el pasado.

Así, por ejemplo, si la ley impone una nueva limitación al derecho de propiedad, la limitación afectaría inmediatamente a todos los derechos de propiedad existentes y no sólo a los que se adquieran después de promulgada la nueva ley; pero los actos contrarios a dicha limitación, realizados antes, conservarían su validez. Otro ejemplo: la ley que para impedir la usura reduce el interés de los préstamos, se aplicaría no sólo a los préstamos futuros, sino también a los exis-

(2) La retroactividad será aún más débil si se excluyen también las cuestiones decididas por una sentencia susceptible todavía de impugnación.

(3) Por ejemplo, la ley que para reprimir la usura rebaja el interés de los préstamos, no se aplica a los intereses vencidos y pagados, pero sí a los vencidos bajo la ley antigua y aún no pagados al entrar en vigor la ley nueva.

tentes, reduciendo los intereses que venzan después de la promulgación, pero no los vencidos antes.

En semejantes casos no hay verdadera retroactividad, porque las situaciones jurídicas no se configuran como si la ley hubiera estado vigente antes de su promulgación. Que la ley nueva se apodere de las situaciones existentes en el momento de su promulgación y pase directamente a regularlas, debe ser considerado como efecto normal de la ley. Confundir esta eficacia inmediata de la ley con su retroactividad es un error al que debe imputarse, en gran parte, el confu-sionismo que reina en la materia.

Lo que ocurre es que atendiendo a razones de justicia y equidad y aun de simple utilidad práctica, el legislador restringe en muchas ocasiones la eficacia inmediata de la ley a las relaciones jurídicas que se constituyan en el futuro, conservando para las existentes el antiguo régimen. Tal sería el caso, por ejemplo, de una nueva ley sobre el régimen económico del matrimonio, que sólo se aplicara a los matrimonios futuros, conservando los matrimonios existentes el régimen de la legislación anterior. O el de una ley modificando las obligaciones del mandatario que sólo rigiera para los futuros contratos de mandato. Ahora bien, en estos casos no sólo no es retroactiva la nueva ley, sino que, junto a ello, se produce otro efecto verdaderamente excepcional, a saber, la supervivencia de la antigua ley derogada formalmente, pero que materialmente sigue en vigor respecto a las relaciones constituidas a su amparo y aún subsistentes (4). La oposición o conflicto entre las leyes sucesivas se resuelve, pues, asignando a cada una de ellas la regulación de un grupo distinto de relaciones, delimitado por la época de su aparición.

III. Cuestión distinta de la determinación del concepto de la retroactividad es la de averiguar cuándo la ley debe tener eficacia retroactiva y cuándo no. Como dijimos antes, se trata de hallar ciertas reglas, fundadas, a ser posible, en un principio general, con arreglo a las cuales decidir esta cuestión. Tales criterios, una vez descubiertos por la ciencia, servirían de guía y orientación al legislador o, según otros, al juez solamente, ya que la libertad de aquél para dar efecto retroactivo a la ley sería ilimitada.

Por lo que a esta cuestión se refiere, impera desde los tiempos del Derecho romano el principio, sancionado también por el Código civil español, de que las leyes no tienen efecto retroactivo a no ser que el legislador haya dispuesto otra cosa. A nuestro parecer, la validez del principio de no retroactividad no puede ofrecer la menor duda si se entiende la retroactividad en su sentido propio y estricto. Es más, creemos que entonces el principio tiene una validez prácticamente ab-

(4) GIERKE (Op. cit., pág. 186), para quien la aplicación inmediata de la ley es una manifestación, si bien la más débil, de retroactividad, reconoce consecuentemente que el principio de no retroactividad implica al mismo tiempo la perduración de la aplicabilidad del Derecho antiguo.

soluta y que su desconocimiento por parte del legislador entrañaría una gravísima falta de política legislativa.

En efecto, semejante retroactividad supone la violación de la ley antigua por la ley nueva. Porque no se trata simplemente de la sustitución de una ley por otra, de un cambio o modificación del Derecho vigente, fenómeno que es normal en todo ordenamiento jurídico que ha de evolucionar a compás de la sociedad y de las creencias en ella imperantes, sino que se trata de una invasión de la esfera de vigencia de la ley antigua por la ley nueva, la cual, para el futuro, ordena los efectos jurídicos de los hechos pasados como si la ley antigua no hubiera estado en vigor y en su lugar hubiera estado vigente la ley nueva. Al actuar así esta última destruye o modifica la eficacia jurídica de los hechos pasados como si hubieran sido antijurídicos, a pesar de que se ajustaron plenamente al Derecho entonces vigente. Si tal poder se reconociese al legislador, desaparecería el orden, la certeza y la seguridad que deben reinar en las relaciones jurídicas y se introduciría la confusión en las conciencias de quienes están sujetos a la ley, porque al cumplirla no sabrían si su conducta sería después estimada y sancionada como contraria a la ley. Hay que escluir, por tanto, la posibilidad de que el legislador dé eficacia retroactiva a la ley, si ello ha de significar la violación de la ley antigua.

Semejante violación sería contraria a la unidad y armonía del orden jurídico en su proyección temporal, la cual exige que toda ley, por el tiempo en que estuvo vigente, sea respetada y obedecida, sin que la ley posterior pueda invadir su esfera temporal de vigencia, ya que en el caso contrario se produciría una situación tan absurda como la de que en un momento dado estuvieran vigentes normas contradictorias (5).

El fundamento del principio de no retroactividad es tan firme y evidente que nos inclináramos a pensar no admite excepciones propiamente dichas. Podría justificarse la excepción en el caso de ser la ley antigua tan manifiestamente injusta que fuera necesario destruir de raíz todos sus efectos. Pero la excepción sería entonces más aparente que real, por que impropriamente se diría que una ley manifiestamente injusta es verdadera ley y puede ser infringida.

También es más aparente que real la excepción relativa a las leyes interpretativas, cuya retroactividad es admitida unánimemente. La ley interpretativa, en efecto, más que una nueva ley independiente, es parte integrante de la ley cuyo sentido se propone aclarar (6). Ahora bien, es lógico entender que el sentido declarado por la interpretación auténtica es el que correspondía a la ley interpretada desde el mo-

(5) En un momento dado no pueden coexistir dentro del ordenamiento jurídico normas contradictorias. Si tal ocurriera, la de rango superior derogaría a la inferior, y si ambas eran del mismo rango se abrogarían mutuamente.

(6) Vid. S. del T. S. 1 mayo 1881.

mento de su promulgación, lo cual, evidentemente, no supone violación de la misma por la ley interpretativa (7).

Más dificultades presentan otros supuestos de retroactividad, como el de las leyes penales benignas y el de aquellas leyes que conceden algún derecho o ventaja jurídica a partir de una fecha anterior a su promulgación. Podría sostenerse, sin embargo, que la retroactividad de estas leyes, en cuanto se traduce solamente en atribuir un beneficio a determinados sujetos, sin lesionar los derechos o intereses jurídicamente protegidos de otras personas, no entraña una verdadera violación de la legislación anterior. Así, la retroactividad de las leyes penales en cuanto sean más favorables al reo, no perjudican a nadie. Y lo mismo se diga de una ley que elevase el sueldo a los funcionarios públicos con efecto retroactivo a una fecha anterior. Por la misma razón las leyes confirmatorias que vienen a convalidar actos considerados ineficaces bajo la ley anterior, cuando con ello no lesionan intereses ajenos, no implican una verdadera violación de ésta última.

IV. Excluida la retroactividad propiamente dicha, siempre que entrañe la violación del Derecho anterior, queda todavía por dilucidar si la nueva ley se aplicará inmediatamente a las relaciones jurídicas existentes (efecto que muchos confunden con la retroactividad) o si, por el contrario, éstas seguirán rigiéndose por la legislación antigua. Es esta la cuestión central en torno a la cual giran las numerosas teorías que acerca del problema de la retroactividad de la ley se han elaborado. A nuestro juicio, sin embargo, en esta materia sólo cabe establecer algunas directrices muy generales y siempre susceptibles de diversas excepciones. Si la retroactividad de la ley debe ser desechada radicalmente, no se puede decir lo mismo de la aplicación inmediata de la nueva ley a las relaciones jurídicas existentes, efecto que ha de considerarse normal a partir de su entrada en vigor. Y si es éste el efecto normal, parece que, en vía de principio, debe afirmarse el efecto inmediato de la nueva ley.

Ahora bien, hay que tener presente que ciertas leyes por su mismo contenido y el ténor en que están redactadas sólo pueden aplicarse a hechos jurídicos futuros, pero de ningún modo a relaciones jurídicas preexistentes. Así, las leyes relativas a los hechos determinantes del nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas, sólo pueden regir los hechos de esta clase que se verifiquen en el futuro (8), pero no se concibe cómo podrían regular directamente situaciones ya existentes (9). Por otra parte, valorar los hechos pasados

(7) A pesar de todo, y puesto que de hecho puede existir contradicción entre la interpretación auténtica y la que antes se diera a la ley, la retroactividad de la ley interpretativa debe encontrar un límite en las situaciones jurídicas establecidas por sentencia firme o por transacción (COVIELLO, *Op. cit.*, pág. 75).

(8) Cfr., entre otros, ENNECERUS, *Op. cit.*, pág. 236; RIPPERT-BOULANGER, *Op. cit.*, pág. 129.

(9) COVIELLO (*Op. cit.*, pág. 121) parece entender lo contrario y pone el siguiente ejemplo: Si una ley exige la escritura pública para la venta de inmuebles, mientras la anterior permitía la forma verbal, no será aplicable para

con arreglo a la nueva ley y extraer de ello sus lógicas consecuencias sería atribuir a la ley no ya efecto inmediato, sino una verdadera fuerza retroactiva "strictu sensu". Se comprende, por tanto, la unanimidad con que la doctrina asigna a estas leyes eficacia solamente para los hechos futuros.

Por el contrario, las leyes que determinan el contenido y efecto de las relaciones jurídicas, su existencia o inexistencia, son evidentemente susceptibles de aplicación inmediata a las relaciones existentes. La cuestión, sin embargo, de si a una ley determinada se le debe reconocer dicho efecto, o si la ley anterior debe seguir rigiendo las relaciones nacidas bajo su imperio, sólo puede resolverse en cada caso particular, atendiendo a razones de justicia y equidad. Ciertamente en favor de la aplicación inmediata se puede aducir el principio de la uniformidad legislativa (10), la cual se vería afectada por la existencia de una dualidad de régimen jurídico para relaciones que, siendo del mismo tipo, sólo difieren en cuanto a la fecha de su constitución. Pero no es éste un argumento decisivo que deba prevalecer frente a la exigencia, en determinadas circunstancias, de amparar y conservar las situaciones creadas legítimamente bajo la legislación anterior (teoría de los derechos adquiridos).

Otro factor que debe ser tenido en cuenta es el carácter temporal o perpetuo de las relaciones jurídicas, pues mientras en el primer caso la coexistencia de leyes opuestas sería un fenómeno transitorio, en el segundo se convertiría en permanente, atentando seriamente a la igualdad jurídica de los sujetos y a la uniformidad de la legislación.

Hoy día se afirma por muchos autores, como principio general, el de aplicación inmediata de la ley nueva. Pero no sin reconocerle numerosas excepciones. Entre éstas destaca, por contar con la adhesión prácticamente unánime de los autores, la referente a las relaciones obligatorias de origen contractual. Las obligaciones nacidas de los contratos se regirán exclusivamente por la ley vigente cuando éstos se celebraron. Se aduce en favor de esta solución, entre otros argumentos, los siguientes: el contenido de las obligaciones se determina ante todo por la voluntad de las partes expresada en el contrato y, sólo en defecto de esta voluntad, por preceptos legales que tienen el valor de presunciones de la misma, es decir, por preceptos de carácter dispositivo o supletorio. Por consiguiente, el respeto a la voluntad de los contratantes y la seguridad de los negocios exige que las relaciones contractuales sigan rigiéndose por la ley bajo la cual nacieron. Aun tratándose de leyes imperativas o taxativas, prevalece el criterio

negar validez a los actos de disposición realizados por el comprador después de entrar en vigor la ley nueva. Se le puede objetar que la ley nueva no limita las facultades de disposición del propietario y menos todavía del comprador, sino que se limita a exigir una determinada formalidad para la validez de la venta y solamente sobre la base de que la venta realizada bajo la ley anterior fue nula (lo cual entrañaría una auténtica retroactividad) se podrán anular los actos de disposición del comprador anteriores o posteriores a la nueva ley.

(10) ROUBIER (Op cit., I, pág. 565) funda el efecto inmediato de la ley en "l'unité nécessaire de la législation".

de que no deben aplicarse a las relaciones contractuales existentes, pues el contenido de éstas viene fijado fundamentalmente por el acto constitutivo, el contrato, debiendo ser la ley vigente al celebrarse éste la que se aplique.

Aun así, la regla expresada no tiene una validez incondicional, pues a menudo existen razones para que el legislador ordene la aplicación de la ley nueva a las relaciones contractuales existentes. Tal es el caso, en España, por ejemplo, de la legislación especial de arrendamientos rústicos y urbanos que se aplicó inmediatamente a los arrendamientos existentes en el momento de su promulgación.

V. A pesar de las enormes dificultades con que la doctrina tropieza para descubrir adecuados criterios de solución de los conflictos de leyes en el tiempo, hay que perseverar en la tarea, con el objeto de orientar al legislador en la regulación del tránsito del Derecho antiguo al Derecho nuevo. Este tránsito, que siempre es peligroso, debe ser ordenado con criterios de justicia y equidad, ponderando todas las circunstancias y los intereses en juego, pero de ninguna manera mediante la aplicación mecánica de unos principios lógicos.

Inspirándose en las orientaciones que le suministra la ciencia, el legislador, cada vez que promulga una nueva ley, debería dictar las oportunas disposiciones transitorias, delimitando el ámbito de aplicación de las respectivas leyes. De esta forma se evitaría la fórmula cómoda pero equívoca y peligrosa de una simple declaración de retroactividad o irretroactividad, y se facilitaría al mismo tiempo la labor del intérprete y del juez.

Algunas consideraciones sobre la partición adicional del artículo 1.079 del Código civil

VICENTE GUILARTE ZAPATERO

I

PLANTEAMIENTO

A) LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA PATRIA

El artículo 1.079 del Código civil determina que “la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por / lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos”.

El precepto transcrito ha merecido escasas consideraciones. La doctrina, implícitamente, no parece haber encontrado problemática de interés en tal norma. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, no ha tenido ocasión sino de manifestarse indirectamente, limitándose a matizar algunos aspectos del precepto. Pero falta un tratamiento de conjunto de las varias consecuencias que de la aplicación del artículo derivan, así como la armonización del mismo con distintos preceptos del Código civil, decisiva para la interpretación del 1.079 y para el preciso y adecuado funcionamiento del remedio que se consagra.

Las consideraciones principales que, dentro de nuestra doctrina, se han dispensado y que resultan de interés ahora para centrar las distintas cuestiones, son las siguientes:

Manresa, en su comentario al artículo 1.079, afirma que “no se exige que la omisión sea de importancia” y que “si el objeto se incluye en absoluto y se tiene en cuenta su naturaleza, su destino y clase y, sin embargo, se evalúa con error, resultando desigualdad grande entre los coherederos, serán aplicables los artículos 1.074 a 1.078” (1). Mucius Scaevola, por su parte, entiende que el artículo 1.079 funcionará, exclusivamente, en los supuestos de omisión no intencionada (2). Ya, anteriormente, García Goyena en relación con el artículo 929 del Proyecto de 1851 que establecía que “la omisión de alguno o algunos objetos en la partición no da derecho para que se rescinda la ya hecha,

(1) *Comentarios al Código Civil Español*, t. VII, pág. 697.

(2) *Comentarios al Código Civil Español*, t. XIX, págs. 438 y ss.

sino para que se continúe en los objetos omitidos", se había inclinado a tal solución, entendiéndolo que si mediaba fraude la partición quedaría, por esto sólo, sujeta a rescisión (3).

López Gómez puso de manifiesto que el artículo 1.079 del Código civil, al igual que el 1.080, no tenía en nuestro Derecho otros precedentes que el uso práctico y las leyes de enjuiciamiento (4). Sánchez Román interpreta el precepto entendiéndolo que cualquier error de inclusión o valoración notoriamente inferior para cualquiera de los herederos, que no ascienda a la cuantía suficiente para rescindir la partición, puede servir para, en base del artículo 1.079, reclamar su modificación, subsanándose el error o falta y el consiguiente perjuicio (5). De Buen, en relación con el tema, sólo pone de manifiesto, siguiendo ya las enseñanzas jurisprudenciales (Sentencia de 16 de junio de 1915), que el contenido del artículo 1.079 se aplica tanto si la omisión es intencionada como si es involuntaria (6). En el mismo sentido se había pronunciado ya Covián (7).

Más recientemente, Royo Martínez, sobre el artículo que nos ocupa destaca lo siguiente: Que el precepto brinda un remedio especial que puede ser promovido o suscitado por quien advierte la omisión y reclama la incorporación del bien omitido, mediante el ejercicio de la acción de complemento de operaciones particionales. Que esta acción está conferida en el Código civil como distinta de la rescisoria. Que en un tenor literal el texto es claro y la solución congruente, porque la no inclusión de un bien hereditario en la partición no origina propiamente hablando "lesión" en el sentido de desproporción de adjudicaciones; que los litigios por omisión suelen promoverse por discrepancias en cuanto a colación y sobre todo por las que pueden surgir entre los coherederos acerca de lo asignado al causante en la liquidación de la sociedad conyugal. Que la situación en tales supuestos resulta un tanto paradójica, pues se reclaman como "omitidos" bienes que abiertamente figuran mencionados en el inventario general, y, siendo la lesión causada a los herederos al liquidar la sociedad conyugal la verdadera raíz de la acción, no es la lesión lo que se invoca. Y, finalmente, que el Tribunal Supremo, inspirado siempre en la tendencia a evitar por cuantos medios resulten posibles la rescisión de las particiones, propende a entender con gran amplitud el concepto de omisión (8).

Lacruz Berdejo, que ve en el artículo 1.079 del Código civil una aplicación más del principio de conservación, aplicable lo mismo a las omisiones voluntarias que a las involuntarias, y aun cuando no existan los mismos valores u objetos, siempre que pueda aplicarse el

(3) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, t II, págs. 279 y 280.

(4) *Tratado teórico legal del Derecho de sucesión*, Valladolid 1893, pág. 318.

(5) *Tratado VI*, pág. 2120.

(6) *Adiciones a Colin y Capitant*, t. VIII, pág. 446.

(7) *Enciclopedia Scix*, voz "partición de herencia", pág. 383.

(8) *Derecho sucesorio "mortis causa"*, pág. 368, Sevilla 1951.

principio de subrogación, admite la interpretación de Manresa y Sánchez Román, aun cuando estime que no sea ése el alcance del artículo, que parece dirigido a la partición complementaria cuando “algo” —un objeto o un valor— con individualidad propia, se ha omitido en el inventario y no ha sido adjudicado a nadie, y no a los defectos de valoración de bienes inventariados y adjudicados, que, sin embargo, no producen una lesión superior a una cuarta parte. Pero como aquella doctrina conduce a resultados justos, bien puede aceptarse en concepto de interpretación correctora (9).

B) EL DERECHO COMPARADO

Las legislaciones francesa e italiana, de 1865 y de 1942, se enfrentaron con el problema, resolviéndolo en forma aparentemente similar al Código español; sin embargo, las fórmulas utilizadas no son iguales, resaltando matices en la nuestra que permiten juzgarla como mejor que las consagradas en el artículo 887, “in fine” del Código francés; la del artículo 1.038 del Código italiano de 1865 y del artículo 762 del vigente de 1942.

a) *El Código francés*

El citado artículo, en su parte final, declara que “la simple omisión de un objeto de la herencia no da lugar a la acción de rescisión, sino solamente a un suplemento de la escritura de partición”. La primera parte del precepto se dedica a la consagración de la acción rescisoria por lesión a cualquiera de los herederos en más de la cuarta parte de su respectiva cuota.

En líneas generales, la doctrina francesa critica el precepto, por entender que con la aplicación de conjunto del mismo se llega a resultados injustos, aunque sea con la finalidad de, manteniendo la eficacia de la partición, evitar que cada una de ellas sea una fuente de discusiones y pleitos (10). La desigualdad de la partición puede ser considerable, aun cuando no llegue a la cuarta parte, sin que ningún remedio quepa al perjudicado.

La simple omisión de un objeto de la herencia es tratada por la doctrina francesa como un supuesto de error, que no puede dar lugar a otras consecuencias que a la partición complementaria (10 bis). O sea, que, de una parte, el artículo 887 proclama la posibilidad de rescindir la partición si, como consecuencia de la valoración de los bienes que integran el patrimonio hereditario, existe perjuicio en más de la cuarta parte para cualquiera de los herederos. Si el perjuicio, aun

(9) *Derecho de sucesiones*, Parte general, pág. 556, Barcelona 1961.

(10) Así PLANIOL, en *Derecho civil francés*, t. IV pág. 768.

(10 bis) Así el citado PLANIOL, COLIN y CAPITANT, *Derecho civil*, VII, página 315; JOSSERAND, en *Cours de Droit Civil Positif Français* t. III pág. 659.

existiendo, no llega a tal porcentaje, la partición subsiste plenamente, y, únicamente, se dará lugar a una partición complementaria en el caso de simples omisiones de objetos y respecto de éstos (11).

b) *La legislación italiana*

El artículo 1.038 del Código de 1865, a semejanza del artículo 887 del Código francés, declaraba que la "simple omisión de un objeto de la herencia no da lugar a la acción de rescisión y sí solamente a un suplemento a la división". La doctrina, al igual que la francesa, estudió el supuesto como un caso de error, sin otra consecuencia legal que la apuntada (12).

El legislador italiano de 1942 mantiene el mismo criterio, si bien, desde un punto de vista formal, debe señalarse que el supuesto de omisión se regula ahora en un precepto independiente en los siguientes términos: "La omisión de uno o varios bienes de la herencia no da lugar a la nulidad de la división, sino solamente a un suplemento de dicha división" (art. 762). La doctrina sigue considerando la omisión como un supuesto de error. Así, Trabuchi (14), Barassi (15), Cicu (16), Martínez (17), etc.

La idea fundamental sobre la que se asienta el tratamiento del supuesto, y que se contiene en los citados preceptos del Código francés y de los italianos, es que con la omisión de bienes en la partición no se produce ningún perjuicio exclusivo a ninguno de los coherederos, sino que todos sufren las consecuencias de la misma, siendo susceptible el error de perfecta y sencilla subsanación con la partición suplementaria.

Es de notar, sin embargo, que Cicu señala como interés posible para anular la partición en el supuesto que nos ocupa el no haberse respetado el contenido del artículo 727, en punto a la formación de lotes (18).

La conclusión a que debe llegarse, lo mismo en el Código francés que en los italianos de 1865 y de 1942, es que para la posible eficacia de los preceptos de referencia es preciso e imprescindible que se haya omitido en absoluto un bien determinado en la partición. Siendo inaplicables tales preceptos cuando incluido un objeto determinado se haya evaluado con error, dadas las circunstancias que en el mismo concurren, en cuyo caso, únicamente se dará lugar a la rescisión de

(11) JOSSEMAND, loc. cit. en la nota anterior.

(12) Así PACIFICI-MAZZONI, en *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, 5.^a edición, Vol. VI, págs. 289 y ss.; PACCHIONI, *Elementi di Diritto Civile*, pág. 657, RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, t. II, pág. 1051.

(14) *Instituzioni Di Diritto Civile*, Padova 1952, pág. 811.

(15) *Le Successioni per causa di morte*, Milano 1947.

(16) *Trattato di Diritto Civile e Commerciale, Successioni per causa di morte, Parte Generale*, pág. 460, Milano 1958.

(17) *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova 1959.

(18) Loc. cit., pág. 460.

la partición si se produce perjuicio para alguno de los coherederos en la cuarta parte; fuera de aquel supuesto, pues, la deficiencia no se traduce en las operaciones particionales, con el mantenimiento de los consiguientes perjuicios derivados de la desigualdad.

La diferencia entre las fórmulas de los Códigos francés e italiano con el español se manifiesta, como ya puso de relieve Manresa (19), en que en aquéllos se habla exclusivamente de "omisión de objetos", mientras que en el Código patrio se alude a "omisión de alguno o algunos objetos o valores". Posteriormente nos referiremos a esta sustantiva diferencia y a su importancia para una posible interpretación del precepto con mayor amplitud de la que parece derivarse de una lectura superficial del mismo o exclusivamente literal.

C) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Las consideraciones de mayor interés que de las sentencias del Tribunal Supremo se desprende, en relación con el artículo 1.079, son fundamentalmente las siguientes:

Sentencia de 2 de julio de 1908: "El artículo 1.079 del Código civil prevé el caso de que en la partición de bienes de una herencia se omitieran, sin distinguir de causas, objetos o valores que a la misma pertenezcan, omisión que se ha demostrado en el actual juicio que tuvo lugar en las operaciones de testamentaría formalizadas al fallecimiento de la causante, madre y causante de los recurridos; y el propio artículo establece como medio legal de subsanar este defecto que la partición se complete o adicione con los objetos o valores omitidos, que es lo ordenado en la sentencia recurrida, sin que a las últimas palabras del artículo citado pueda atribuirse la significación de que es indispensable la existencia de los mismos valores y objetos para que pueda ejercitarse la acción que nace de su precepto, cuando el Tribunal sentenciador estima probado que a ellos han sustituido otros bienes que figuran en el haber de la testamentaría del padre, cuya exclusión, precisamente por esta causa, se pide en la demanda, sin que a ello obste que el error provenga de la testamentaría anterior de su mujer, para que no pueda subsanarse en la de que se trata, y cuando, por otra parte, dicha apreciación..." (20).

Sentencia de 16 de junio de 1915: "No se han infringido los artículos 1.079 y 1.270 del Código civil, pues desde el momento que no se estimó por la Sala la existencia del dolo ni del perjuicio que hubiesen justificado la nulidad o rescisión de las operaciones particionales, la omisión en el inventario que las sirvió de base, de los títulos de la Deuda amortizable que obraban en poder del recurrido y pertenecieron al causante, bien fuese ésta involuntaria o intencionada, porque no establece la Ley tal distinción, no podía producir otro efecto que

(19) Ob. cit., pág. 696.

(20) C. L., t. 29, pág. 641.

el de que se complete o adicione la partición practicada con los valores omitidos, que es lo acordado por el Tribunal sentenciador, sin perjuicio del procedente abono de cupones y primas de amortización que a los mismos deben ser inherentes, dado que no pueden existir valores intrínsecos cotizables sin los correspondientes intereses devengados” (21).

Sentencia de 17 de diciembre de 1908: “...y como quiera que la acción ejercitada por la parte actora ha sido la de nulidad o rescisión, en su caso, de las operaciones particionales aprobadas por el Juzgado, desestimada aquélla, es manifiesto que sin notoria incongruencia no ha podido el Tribunal sentenciador hacer aplicación del precepto del artículo 1.079 del Código civil para mandar completar la partición realizando otra adicional, no precisamente por derivarse de dicho precepto legal una acción diferente de la ejercitada, cuanto por la razón principal de referirse lo que la Audiencia califica de omisión a derechos en el actual pleito no discutidos...” (22).

Sentencia de 9 de abril de 1904: “La Sala sentenciadora no ha infringido y sí interpretado rectamente los artículos 1.073, 1.074 y 1.079 del Código civil, porque sin confundir la nulidad solicitada con la rescisión y sin desconocer que las particiones son rescindibles por las mismas causas que las obligaciones, acuerda que, en conformidad al último citado artículo, la partición sea adicionada con los bienes que enumera no incluidos en el inventario, por estimar que el valor de los mismos no asciende siquiera a la cuarta parte del caudal relicto” (23).

Sentencia de 19 de noviembre de 1927: “...quedando limitado el derecho del tercero a pedir la subsanación de algún error u omisión que hubiera podido producirse, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.079 del Código civil...” (24).

Sentencia de 7 de julio de 1930. “Para la acertada resolución de este recurso no puede olvidarse ni por un momento que la reclamación que la motiva fue iniciada por unos herederos legítimos del causante contra otro heredero del mismo, pues todos traen causa de éste, y que el pleito versa sobre repartición de sumas que consta probado, a juicio de la Sala sentenciadora, que el demandado recibió del causante, y después extrajo de los Bancos en que las depositó, y de las que no dio conocimiento a los herederos cuando todos otorgaron los documentos privados de partición; y, sobre todo, lo consignado en éste, que lo repartido no era una verdadera liquidación, por lo cual, mientras ésta no se hiciera, forzosamente tenía que continuar el estado de indivisión hereditaria de todos aquellos bienes que no hubieran sido

(21) C. L., t. 51, pág. 701.

(22) C. L., t. 30, pág. 1047.

(23) C. L., t. 16, pág. 61.

(24) C. L., t. 96, pág. 496.

conocidos y partidos, lo cual hace necesaria la aplicación rigurosa del artículo 1.965 del Código civil" (25).

Sentencia de 25 de octubre de 1911: "Este artículo 1.079 del Código civil es inaplicable, «no tratándose de la omisión de determinados objetos o valores de una herencia en las operaciones particionales, sino de otros errores que alterando los derechos derivados del testamento hacen rescindibles aquellas operaciones»" (26).

Sentencia de 8 de junio de 1945: "Este artículo 1.079 del Código civil es inaplicable al caso, ya que no se trata en el de estos autos de suplir la omisión de objetos o valores de la herencia en una partición, sino de la rectificación de la misma en puntos tan esenciales como calificación jurídica de los bienes que forman parte del caudal o haber de la sociedad conyugal y la consiguiente determinación del remanente líquido de la misma" (27).

Sentencia de 10 de octubre de 1958: Teniendo la partición, cuando todos los herederos intervienen en ella un carácter contractual que hace referencia tanto sobre su importe como sobre los bienes que en la herencia se comprenden, "puede, no obstante, y a pesar de ello, ser objeto de impugnación, entre otros casos, por vía de complemento o de adición cuando se advierta que alguno, o algunos, de los bienes que pertenecieron al causante, voluntaria o de modo intencional han sido omitidos al hacer la partición, como se recoge en el artículo 1.079 del Código civil, pero sin que proceda su rescisión, cuando con los bienes, valores o efectos en que consiste la emisión, sea posible que se complete o adicione, sin originar perjuicios para los que en ella figuren como interesados" (28).

Sentencia de 29 de marzo de 1958: Las operaciones de partición de herencia pueden ser impugnadas posteriormente, entre otras causas, "... por vía de complemento o adición al advertirse la omisión de alguno, o algunos, de los bienes hereditarios..." (29).

Sentencia de 13 de octubre de 1960: "La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos, habiendo declarado esta Sala, en su sentencia de 2 de julio de 1908, que el artículo 1.079 del Código civil prevé el caso de que en la partición de bienes de una herencia se omitieran, sin distinción de causas, objetos o valores que a los mismos pertenezcan, y el propio artículo establece como medio legal de subsanar este defecto que la partición se complete o adicione con los objetos o valores omitidos, sin que a las últimas palabras del artículo citado pueda atribuirse la significación de que es indispensable la existencia de los mismos valo-

(25) C. L., t. 113, pág. 631.

(26) Vic. PEDREIRA, *Comentarios y Jurisprudencia del Código Civil en el art. 1.079*.

(27) *Rep. Aranzadi*, 1945, pág. 700.

(28) *Rep. Aranzadi*, pág. 3776.

(29) *Rep. Aranzadi*, pág. 1461.

res y objetos para que pueda ejercitarse la acción que nace de su precepto, cuando el Tribunal sentenciador estima probado que a ellos han sustituido otros bienes que figuran en el haber de la testamentaria del padre, cuya exclusión, precisamente por esta causa, se pide en la demanda, sin que a ello obste que el error provenga de la testamentaria anterior de su mujer, para que no pueda subsanarse en la que se trata. en la sentencia de 16 de junio de 1915, que desde el momento que no se estimó por la Sala la existencia de dolo ni del perjuicio que hubiesen justificado la nulidad o rescisión de las operaciones particionales, la omisión que las sirvió de base, digo en el inventario que las sirvió de base de los títulos que pertenecieron al causante, bien fuese ésta involuntaria o intencionada, porque no establece la Ley tal distinción, no podía producir otro efecto que el de que se complete o adicione la partición practicada con los valores omitidos; la de 28 de mayo de 1943, que el artículo 1.079 sobre la base obligada de una disposición testamentaria referida al conjunto de los bienes relictos, señala el camino adecuado para completar o adicionar, con los bienes del testador que no se tuvieron en cuenta al hacer la partición los omitidos por cualquier causa en el cuaderno particional sin recurrir al innecesario y más gravoso expediente de rescindir la partición ya practicada; y la de 17 de marzo de 1955, que si ciertamente es exacto que la doctrina jurisprudencial, interpretando y aplicando los artículos 1.079 y 1.080 del Código civil, viene proclamando la necesidad o conveniencia de mantener las operaciones divisorias realizadas, en cuanto sea posible, sin perjuicio de llevar a ellas las adiciones o ratificaciones que sean procedentes, es cierto también que este criterio legal y jurisprudencial, lógicamente inspirado en razones de economía y sosiego familiar, no tiene encaje posible en casos en que tales operaciones han sido efectuadas desde su origen, con olvido de formalidades esenciales, puesto que tratándose de la sucesión del cónyuge premuerto y existiendo albaceas designados por su esposa, también fallecida al ser iniciado el juicio de testamentaria de aquél, no se cumplió el mandato de los artículos 1.055 y 1.065 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no ser citados para el juicio y para la formación del inventario los representantes del cónyuge sobreviviente, los albaceas, ni se les dio intervención alguna en la liquidación de la sociedad de gananciales, como si pudiera llevarse a efecto la liquidación de una sociedad sin contar con los socios que de ella formaban parte, y ante deficiencias de tanto volumen, que tiene su manifestación en las primeras y básicas actuaciones del juicio de testamentaria, es indudable rehacer todas las operaciones realizadas...” (30).

Sentencia de 2 de diciembre de 1930: “No se infringe este artículo (1.079) al declarar la ineficacia de una partición cuando en la misma se omitieron bienes que significaban una gran porción de los que constituían el haber hereditario con notorio perjuicio y merma de la legí-

(30) *Rep. Aranzadi*, pág. 3085.

tima de los herederos forzosos, ya que no se trata de la omisión de determinados valores..." (31).

Esta breve referencia a la doctrina y a las consideraciones contenidas en las sentencias del Tribunal Supremo sirven para dar una idea de conjunto de aquellas cuestiones que integran la problemática del precepto, y que a continuación estudiamos.

II

NATURALEZA DEL REMEDIO CONSAGRADO EN EL PRECEPTO

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sancionado, en sentencias recientes (10 de octubre de 1958, 29 de marzo de 1958) la consideración de la acción que nace del artículo 1.079, como un medio de impugnación de las operaciones particionales; anteriormente (sentencia de 2 de julio de 1908, recogida en la de 13 de octubre de 1960) se había considerado como medio, no de impugnación, sino de subsanación legal de un defecto de que adolece la partición. Realmente, parece impropio hablar de impugnación de partición en el supuesto que se contempla, cuando la idea que late en el precepto y que, sin duda, le sirve de fundamento, es la contraria, o sea, el respeto a la partición efectuada. Y ello, aunque el legislador español incluya el artículo en la misma sección cuarta, entre los que dedica a la rescisión de las particiones, remedio que, claramente, implica un supuesto de impugnación de un concreto negocio jurídico. Sin embargo, entre las causas que propiamente pueden considerarse de impugnación de la partición, o sea, aquellas a que genéricamente se refiere el artículo 1.073 del Código civil, entre las que unánimemente la doctrina recoge las de nulidad radical y anulabilidad (32), la de rescisión específicamente contenida en el artículo 1.074 del Código civil, y las de nulidad del artículo 1.080 —cuando de mala fe o con dolo se haya preterido en la partición a alguno de los herederos—, y del artículo 1.081 —partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo—, y el remedio que recoge el artículo 1.079 del Código civil, median sustanciales diferencias.

Dentro del grupo de causas que, en general, pueden invalidar el negocio jurídico, podría señalarse analogía entre la acción de anulabilidad que se asienta en el error y la establecida en el artículo 1.079, que indudablemente, en líneas generales, se apoya en un error. Pero el propio legislador señala la posible diferenciación por cuanto que, si se toma en cuenta el artículo 1.266 del Código civil, resulta lo siguiente; para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer

(31) PEDREIRA, loc. cit.

(32) Vic. LACRUZ, loc. cit., pág. 544 y ss.

sobre la sustancia de la cosa que fuese objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo; que el simple error de cuenta dará lugar a su corrección. Es decir, a mantener la eficacia del contrato con la enmienda que en tal sentido corresponda. Es obvio que si puede aplicarse el remedio contenido en el artículo 1.079, completando la partición sin rescindirla, ni anularla, estamos a presencia de un error de los que el ordenamiento estima sin trascendencia para privar de eficacia a un negocio jurídico. Parece evidente que, en definitiva, el error que contempla el artículo 1.079 será de la misma naturaleza que aquellos referidos en el artículo 1.266, último párrafo: y como nota típica que ninguna de estas categorías dan lugar a una válida impugnación de los respectivos negocios a que se refieren, sino una simple corrección, en el error contractual de cuenta, y la posibilidad de continuar la partición en el supuesto que contempla el artículo 1.079.

En otro orden de ideas, es indudable, pese a la postura mantenida por la generalidad de la doctrina francesa, en relación con el artículo 887 de su Código, que puede tener perfecta aplicación al negocio particional la anulabilidad por error, cuando precisamente afecte a algún elemento de una mayor sustantividad que el de un bien omitido, por ejemplo, el llevarse a cabo la partición con olvido de formalidades esenciales de la misma o prescindiendo de operaciones importantes, o el propio caso del artículo 1.081 (33).

Por lo demás, ninguna similitud presenta el remedio del artículo 1.079 con los supuestos de intimidación, violencia o dolo, máxime si, respecto de nuestro sistema, se recuerda que la jurisprudencia ha sancionado la vigencia y correcta aplicación del 1.079, aun en aquellos casos en los que la omisión derive de una conducta dolosa (34).

Dentro de la rescisión debe distinguirse, siguiendo a Lacruz (35) y a Sánchez Román (36), a diferencia de como lo entiende Manresa (37), entre la rescisión por causas diversas, por aplicación de la doctrina general de los contratos (artículo 1.073) y la causa específica de rescisión de las particiones por lesión en más de la cuarta parte. Pero, en todo caso, y para lo que aquí interesa, es evidente que las acciones rescisorias persiguen una finalidad genérica, privar de efectos al negocio jurídico, con las consecuencias que de ello deriva en orden a reponer las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad al negocio que se impugna, mientras que la acción del artículo 1.079 parte, precisamente, de la idea de sancionar las consecuencias derivadas de la partición que se va a completar.

Tampoco es posible considerar, siquiera, el artículo 1.079 del Código civil. como parece seguirse de una interpretación estrictamente

(33) En tal sentido la sentencia recogida de 8 de junio de 1945.

(34) Sentencia de 16 de junio de 1915.

(35) Loc. cit., pág. 545.

(36) Loc. cit., pág. 2114.

(37) Loc. cit., pág. 684.

literal del precepto, como una excepción a la fórmula rescisoria del artículo 1.074, sino como una facultad concedida al heredero para conseguir que, acreditada la omisión de algunos bienes o valores de la testamentaría y consiguientemente demostrado que no se ha concluido definitivamente la partición, se continúe ésta con los bienes exceptuados cualquiera que haya sido la razón de la omisión. La idea aparecía claramente recogida en el Código italiano de 1865, y late también en el artículo 762 del vigente Código (38), y, desde luego, es consecuencia de la aplicación de dos principios, fundamentales en la materia: uno, el de conservación de la partición, siempre que sea posible; otro, el de que la simple omisión de un bien o un valor de la herencia no perjudique, individualmente, a ninguno de los coherederos, pudiendo ser partido con posterioridad a la división ya practicada, sin que se alteren los derechos que a cada uno hubieran correspondido en la partición.

Ahora bien, si tales orientaciones laten en el artículo 1.079, y tienen fácil justificación en los supuestos de posible aplicación del precepto cuando claramente se identifican éstos con la mera omisión de un bien o un valor, ciertamente que existen otros casos en los que esta operación complementaria no se podrá limitar a una operación de tal naturaleza, sino que entrañará una verdadera modificación de la partición realizada. Aquí, precisamente, como se pondrá de manifiesto posteriormente, existe la verdadera dificultad, representada por una cuestión de límites, de fijar hasta qué punto se puede modificar una partición hereditaria sin que sea preciso acudir al remedio rescisorio. Tal problema, juntamente con el de la interpretación del alcance de la expresión "valores", a que también se hará referencia después, son, seguramente, los que encierran una mayor dificultad dentro del tema.

Sin embargo, y sin perjuicio de volver sobre estas cuestiones apuntadas, puede concluirse que mientras la acción de rescisión del artículo 1.074 del Código civil produce la privación de efectos de la partición, aun cuando no se pueda olvidar la opción que se contiene en el artículo 1.077 y el artículo 1.080, en supuestos en los que no se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados, es un caso indudable de modificación de la partición, sobre todo si se entiende con la doctrina dominante, a diferencia de lo que piensa Manresa (39), que la expresión "pagar" no tiene en el precepto una significación técnica, como sinónimo de "satisfacer en dinero", sino como obligación para los coherederos no preteridos en la partición de cumplir la prestación debida, adjudicándose al heredero preterido cosas, bienes o valores de la herencia, en la misma proporción y con idéntico criterio de igualdad que debe presidir toda partición; la acción del artículo 1.079 no parece entrañar, en líneas generales, modificación

(38) Y así lo entiende en general la Doctrina.

(39) Loc. cit., pág. 699.

de la partición, pues de la actividad suplementaria que tiene por finalidad repartir los bienes omitidos, no se deriva, en principio, una alteración en lo ya hecho que implique modificación.

En síntesis, y prescindiendo por el momento del posible valor del artículo 1.079 del Código civil para ser utilizado como elemento para subsanar las posibles desigualdades de las operaciones practicadas con valoraciones inexactas de los bienes que integran la herencia y evitar, consiguientemente, las injusticias que de ello derivan, cuando no pueda darse lugar a la rescisión de la partición al no producirse lesión en más de la cuarta parte, el remedio del precepto se nos presenta, de una parte, como forma de mantener la vigencia de la partición efectuada; de otra, como facultad concedida a los interesados en la partición para que, respetando ésta, se pueda operar, sin otras consecuencias, la totalidad de la división, adjudicando los bienes omitidos de acuerdo con las normas que presiden toda la materia.

Por último, debe señalarse también otra nota que sirve a tipificar la facultad que nos ocupa y la acción que de ella surge. Es la aplicabilidad del contenido del artículo 1.965 al supuesto de bienes omitidos en la partición, en cuanto dispone que "no prescribe entre coherederos, condueños o propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de herencia, la división de la cosa común o el deslinde de las propiedades contiguas", como ya puso de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1930 (40). Claro que tal principio de imprescriptibilidad será tenido en cuenta, exclusivamente, cuando fuera se trate de un bien absolutamente omitido en la partición. El fundamento de la aplicabilidad de tal norma radica, como es indudable, en que, al no producirse los específicos efectos de la partición, respecto del objeto o de los objetos omitidos, se mantiene la situación de indivisión. Consecuentemente, cualquier coheredero poseedor de tales bienes omitidos no podrá invocar en su favor ningún tipo de usucapión.

Todavía sería preciso tener en cuenta para dejar perfectamente matizado el remedio del precepto, determinar si es de posible utilización, en defectos de otras fórmulas, para, en el mayor número posible de casos, conseguir el perfecto funcionamiento del principio de igualdad, que se encuentra con una fuerte limitación en el ordenamiento positivo, al sancionar éste que sólo la lesión en más de la cuarta parte origina la rescisión. Pero de esto, por entender que es más oportuno, se tratará en los epígrafes siguientes.

(40) Al distinguir en el supuesto que contemplamos la acción del 1.079 de una acción reivindicatoria.

III

AMBITO DE APLICACION DEL PRECEPTO

De lo que se ha expuesto y del propio artículo 1.079 se sigue que, en principio, la omisión de bienes o valores de la herencia dará lugar a que el remedio del precepto entre en juego.

La primera cuestión que se plantea es si esta omisión debe representar, desde un punto de vista cuantitativo, un valor determinado. Y esto tiene una doble proyección: de una parte, si cualquier omisión, aun la representada por no haberse tenido en cuenta un objeto de escaso valor, determina la facultad de pedir la partición adicional; de otra, si la omisión de bienes puede tener una entidad tal, en relación con los bienes inventariados, que haga imposible el remedio de la partición adicional, dando lugar, bien a la nulidad, bien a la rescisión de la partición llevada a efecto con el resto de los bienes integrantes de la herencia.

En relación con el primer problema, debe concluirse, sin lugar a dudas, que cualquiera que sea el valor del bien omitido, tal omisión origina la aplicación del remedio adicional. La razón es clara: mientras exista algún bien en comunidad, cualquiera de los que la integran, por aplicación de los principios generales del sistema está plenamente facultado para provocar la extinción de la indivisión. Así se establece, concretamente, en el artículo 1.051, cuando determina que "ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división".

¿Cómo debe resolverse el segundo aspecto de la cuestión antes apuntada? ¿Podrá el excesivo valor de los bienes omitidos impedir el funcionamiento del remedio adicional? En principio, y de acuerdo con los criterios generales antes apuntados, que indudablemente informan esta materia, debe estimarse que el aspecto meramente cuantitativo de la omisión no debe impedir la aplicación del contenido del artículo 1.079, ya que, mientras de la omisión no se derive perjuicio individual para alguno de los coherederos, no existirá razón para alterar el sistema; y, normalmente, una simple omisión de bienes no entrañará tal consecuencia dañosa, en sí misma considerada y con independencia de otras irregularidades que en la partición incompleta puedan concurrir. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en alguna ocasión, y pese a la gran amplitud con que interpreta el precepto, parece haber sancionado solución distinta. Concretamente, en la sentencia de 9 de abril de 1904 (41). Pero la doctrina, unánimemente, se inclina a la solución contraria, o sea, a la de la intrascendencia del valor de los bienes omitidos (42). No parece pueda existir problema, al afirmar que resulta

(41) Sin embargo, la jurisprudencia posterior no parece tener en cuenta la posibilidad de aplicar tal criterio cuantitativo.

(42) Sobre todo si la cuestión no viene complicada con otros posibles defectos de la partición, por ejemplo, el no haberse efectuado la oportuna colación. Así, concretamente en la Sentencia de 12 de diciembre de 1961 (R° Aranzadi,

perfectamente posible la formalización de la partición adicional, incluso dando cumplimiento al contenido del artículo 1.061 del Código civil, en punto a la posible igualdad en los lotes de cada coheredero, tomando en consideración la naturaleza y las distintas circunstancias de las cosas primeramente adjudicadas (43).

Mayor complejidad que la derivada de la simple omisión de un bien o valor de la herencia presentará, como señala Royo Martínez (44), el supuesto de tratarse de discrepancias surgidas en cuanto a colación y a calificación de bienes parafernales o gananciales, y la división o liquidación de éstos. Puntualizando la cuestión, respecto del primer extremo, se debe entender que, de cara al posible funcionamiento del artículo 1.079 del Código civil, la discusión en cuanto a valoración no tendrá influencia y sí la presentará, en cambio, en relación con el artículo 1.074, a efectos de la posible rescisión, si de tal inexacta evaluación se sigue perjuicio en más de la cuarta parte para alguno de los coherederos.

En síntesis, la cuestión se plantea en los siguientes términos: producido el incumplimiento, voluntario o involuntario, del contenido del artículo 1.035 del Código civil en cuanto dispone que “el heredero forzoso que concurra con otros que también lo sean a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición”, y de los preceptos concordantes se pregunta si podrá entrar en juego, respetando la partición ya realizada, o si, por el contrario, tal remedio legal no puede servir para subsanar los graves defectos que derivan de la omisión de una operación fundamental dentro de las particionales.

La consecuencia de la omisión, representada por la circunstancia de no tenerse en cuenta las liberalidades del causante, es clara, concretándose en el consiguiente perjuicio para los restantes herederos forzosos, que verán cómo los beneficiados en vida del causante entran en el reparto de los bienes relictos en idénticas condiciones que ellos, cuando está claro que no debió ser así. Es decir, que no se ha podido llevar a cabo lo que determina el artículo 1.047 (“el donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad”), ni lo que dispone el artículo 1.048, en defecto de la solución anterior (“no pudiéndose verificar lo prescrito en el artículo anterior, si los bienes donados fueran inmuebles, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metáli-

número 4.464), lo que es objeto de partición complementaria son las cantidades de 1.278 y 439,80 pesetas.

(43) Sin embargo, no debe olvidarse que el precepto citado sólo se limita a aconsejar la posible igualdad, de donde cuando ésta resulte imposible los lotes se podrán hacer de otra forma.

(44) Loc. cit., pág. 368.

co o valores mobiliarios al tipo de cotización; y no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria. Cuando los bienes donados fueran muebles, los coherederos sólo tendrán derecho a ser igualados en otros muebles de la herencia por justo precio, a su libre elección”). ¿Será distinta la solución según se puedan computar estas liberalidades con posterioridad a la partición, o ello ya no sea posible por no disponer los donatarios de los bienes objeto de aquéllas, ni de su equivalente, que incluso puede ser superior a lo que a cada coheredero le haya correspondido en las operaciones particionales? ¿Y si no hay lesión en la cuarta parte? ¿Podrá, entonces, funcionar el artículo 1.079?

Covián, sin decisivos argumentos en que apoyar la afirmación, resuelve el supuesto como uno de los casos típicos a que debe aplicarse el remedio del artículo 1.079. Sin embargo, la solución no es clara (45).

De un lado, debe tenerse en cuenta que las consecuencias que derivan de la omisión de colación pueden ser muy variadas. En unos casos, la infracción del artículo 1.035 apenas si tendrá trascendencia, ni desde un punto de vista estrictamente económico ni del de la dificultad de operar una posterior modificación de la partición, teniendo en cuenta los resultados de la colación; en otros, puede afectar incluso a los derechos legitimarios, mientras que otras veces, por fin, la posterior formación de la colación, aun sin llegar a una lesión de la cuarta parte, implicará, por lo menos, una sustancial modificación del resultado de las operaciones particionales, debiéndose hasta modificar los bienes y valores adjudicados a cada coheredero, para poder llegar a la solución justa. Y siempre deberá considerarse que se ha prescindido de una operación fundamental dentro de las que integran la partición de herencia (46).

Resalta, además, que, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de omisión de un bien o valor de la herencia, sin más, por ejemplo, el olvido de un inmueble, en todos aquellos casos relacionados con los problemas de la no formalización de la colación, las operaciones posteriores no se limitarán a una pura actividad aritmética de división, sino que presentará siempre matices más complicados encaminados a conseguir un verdadero reajuste, con modificación sustancial de la anterior partición en muchos puntos.

Para poder llegar a una solución respecto del problema, deben tenerse presente en todo momento el principio de conservación de la partición y el de igualdad y respeto a la voluntad del testador, muchas

(45) Loc. cit., pág. 383.

(46) En relación con la colación y su trascendencia dentro de las operaciones particionales vid. CASTAN, *Derecho Civil Español*, t. VI, pág. 297 y ss.; LA-CRUZ, loc. cit., págs. 559 y ss.; CICU, “Divisione ereditaria”, en *Trattato*, páginas 477 y ss. Sobre el concepto de colación y sus dificultades, De los Mozos, *La Colación*, 1965, capítulos VI y VII.

veces contrarios en estos supuestos, y, por fin, qué representan las cosas o valores colacionables para la herencia (47).

Y lo primero debe ser fijar la significación, aunque sea sucintamente, de los bienes colacionables, para después llegar a la solución, armonizando los distintos criterios, que derivarían de la separada consideración de cada uno de los principios (48).

Como observa Castán, la palabra colación significa el acto de aportar o llevar los herederos a la masa hereditaria lo que con anterioridad tenían recibido del causante (49). De Buen señala dos distintas significaciones de la colación en nuestro Derecho; de una parte, en sentido general, como agregación numérica que hay que hacer a la herencia, de todas las donaciones hechas por el testador, a los efectos de señalar la legítima, y averiguar si son inoficiosas; de otra, en sentido especial, se habla de colación para significar la agregación que hay que hacer de ciertos bienes o valores recibidos del causante por uno o varios herederos forzosos en el caso de que concurren con otros de la misma naturaleza (50). Esta segunda acepción, que es la que propiamente aquí nos interesa, se define por Castán como "agregación que debe hacerse a la masa hereditaria por los herederos forzosos que concurren en una sucesión con otros de los bienes que hubiesen recibido de su causante, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlos en la cuenta de partición (51). Y Lacruz, por su parte, señala que la colación "supone una modificación de la formación de las cuotas sucesorias que se produce cuando hay herederos forzosos y alguno de ellos ha recibido donaciones del causante" (52) y que "aun cuando la división hereditaria tiene normalmente por objeto el relictum, en este caso hay que integrar, en cierto modo, en el patrimonio a dividir entre los legitimarios herederos las donaciones que el difunto había realizado en favor suyo, salvo que medie dispensa de colación" (53). Y que "se trata de una integración intelectual del donatum a los herederos forzosos aceptantes con la parte del relictum destinada a los mismos, para que se tenga en cuenta en la formación de sus cuotas, asignándose dicho donatum en la parte de quien lo ha recibido" (54).

Como dentro de nuestro Código civil se ha prescindido de las variadas modalidades de colación, reconocidas en el Derecho histórico, consagrando como tipo único la colación por imputación en el artícu-

(47) Vid. LACRUZ en notas a BINDER, págs. 261 y ss., y VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de derecho sucesorio*, Madrid 1955, págs. 433 y ss.

(48) Parece indudable, sin embargo, que pese al criterio que parece latir en el Código, dando superioridad al principio de conservación de la partición, debiera ser más decisivo el de igualdad.

(49) Loc. cit., pág. 297.

(50) Loc. cit., pág. 626.

(51) Loc. cit., pág. 299.

(52) Loc. cit., pág. 570.

(53) Loc. cit., pág. 559.

(54) Loc. cit., pág. 559.

lo 1.045, 1.º, al establecer que “no han de traerse a colación las mismas cosas donadas o dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiere hecho entonces su justiprecio”, y en el apartado 2.º, que “el aumento o deterioro posterior, y aun su pérdida total casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario” (55), es obvio que la no formalización de la colación en las operaciones particionales no supone una omisión de objetos de la herencia, sino que, en todo caso, podría hablarse de omisión de valores de la misma. Debiéndose añadir al valor colacionable el de los frutos que los bienes donados normalmente hubieran podido producir desde que se abra la sucesión hasta que la partición quede firme, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.049 del Código civil.

Pudiera entenderse que al utilizarse en el artículo 1.079 la expresión “objetos o valores de la herencia”, en la misma debe incluirse aquellos valores que suponen los bienes colacionables. Tal interpretación literal del precepto, si, además, se califica el valor que representan los bienes colacionables como pertenecientes a la herencia, llevaría, prácticamente, a la forzosa conclusión de aplicar el remedio legal del artículo 1.079 a estos supuestos, entendiéndose, pues, la no formalización de la colación como un simple supuesto de omisión de un valor de la herencia, sin otra trascendencia que adicionar la partición, por lo menos, cuando del defecto apuntado no se derivara lesión en más de la cuarta parte para alguno de los coherederos.

Sin embargo, pensamos que tal interpretación no es correcta, ni se ajusta a la propia naturaleza de la colación, ni al remedio del artículo 1.079. Entendemos que los bienes donados en vida por el causante, y, por ello, los que tienen que ser objeto de colación, no pueden considerarse realmente como valores de la herencia, o por mejor decir, como propiedad de la comunidad hereditaria, hasta tanto se opere la necesaria partición. Parece indudable que resultan de la exclusiva propiedad del coheredero donatario que, en ningún caso, tendrá que aportarlos a la masa hereditaria, ni siquiera su valor, ni serán objeto de una material división entre todos los coherederos, sino que se computará su valor y, como observa Lacruz, con tales bienes, ya recibidos, se llenará la cuota sucesoria del heredero forzoso, y las de los demás con el resto, y en lo posible con la misma calidad de cosas. Por lo que, ciertamente, al no colacionarse en los términos que dispone la Ley, lo que adquiere relevancia no es el no haberse tenido en cuenta valores de la herencia, el que pudiera estar representado en la cuantía de las donaciones, sino el error de que, al no computarse tales valores, el heredero forzoso que debió colacionar no lo hizo, con lo que entró a participar de la masa hereditaria representada por el relicto en las mismas condiciones que el resto de coherederos no donatarios, y sin que se le tuviera en cuenta lo ya percibido en propiedad por causa de

(55) En relación con los antecedentes históricos vid. los apuntes de derecho sucesorio de Vallet.

la donación, con olvido del especial derecho que la Ley confiere a aquéllos en orden a exigir tal computación. El perjuicio de la omisión, por lo tanto, no lo sufren todos los coherederos de acuerdo con el contenido de sus respectivos derechos hereditarios, sino solamente aquellos a los que no se les dispensó liberalidades, con lo cual desaparece una de las ideas básicas del artículo 1.079. Olvidándose precisamente la finalidad de la colación que persigue, con esa reunión ficticia del valor de lo donado y de sus frutos con el relictum, como observa La-cruz, que el coheredero pueda exigir que se calcule su cuota sobre el importe de dicha reunión ficticia, aun cuando el pago haya de operarse, exclusivamente, con los propios bienes de la herencia, que, a ser posible serán semejantes a los que fueron objeto de la donación (56).

No parece, pues, posible mantener la aplicabilidad del artículo 1.079 a los supuestos de omisión de la colación. Resuelto en sentido negativo el problema, se plantea otro, consistente en determinar qué tratamiento habrá de darse a aquella partición que adolezca de tal defecto. Pero antes de ello, conviene considerar, en líneas generales, las consecuencias que derivarían de una solución contraria a la apuntada. Es decir, de afirmar la perfecta aplicabilidad del artículo 1.079 al supuesto que nos ocupa. Serían las siguientes: demostrada la existencia del defecto de haberse llevado a cabo la partición, sin computarse las liberalidades en los términos de Ley, sería preciso, posteriormente, y dado que se estimaría tal defecto como la simple omisión de un valor, llevar a cabo la computación de tales valores; y ello produciría, de una parte, el aumento de la cuota efectiva del coheredero no donatario, con la disminución de la que correspondía a quien debió colacionar; de otra, que tal exceso habría de pagársele con bienes de la misma especie y calidad que aquella que correspondía a los que fueron objeto de las liberalidades. Y ello, por su complejidad, resulta incompatible con la idea que evidentemente sirve de base y fundamento al remedio contenido en el artículo 1.079, manifestada en la supuesta facilidad de la solución. Pero es que, además, la cuestión puede, normalmente, plantearse con perfiles de una mayor gravedad para los intereses de los coherederos no donatarios. Piénsese, por ejemplo, que al no existir ya bienes ni valores en la herencia, precisamente por el efecto de la partición concluida, la única posibilidad de materializar la modificación es que los coherederos donatarios dispongan de bienes para enjuagar las deficiencias, lo que dará lugar a mayores complicaciones que la formalización de una nueva división de la herencia. Todo ello sin entrar a profundizar en supuestos concretos, pero perfectamente posibles en la práctica, que darían lugar a situaciones de grave y manifiesta injusticia.

Ahora bien, descartada la aplicabilidad del remedio del artículo 1.079 del Código civil, queda en pie la cuestión de determinar el tratamiento que haya de dispensarse a la partición concluida con omi-

(56) Loc. cit., pág. 583.

sión de las operaciones que integran la colación. ¿Habrà de estarse a la cuantía de los perjuicios en que tal irregularidad se manifieste para, si llega a la cuarta parte, aplicar la fórmula de la rescisión del artículo 1.074 del Código civil?, o bien, ¿si no llega el perjuicio a la cuarta parte, mantener la partición y su absoluta eficacia sin modificación alguna, manteniendo la consecuencia injusta que, indudablemente, tal solución entraña? O, desde otro punto de vista, ¿será posible, con independencia del criterio primeramente apuntado, y teniendo en cuenta solamente la omisión de una operación fundamental y sustantiva, sancionar la ineficacia de la partición?

La solución parece dudosa. Si se piensa en el principio de conservación, parece que la duda se resuelve adecuadamente afirmando la rescisión cuando exista lesión en más de la cuarta parte, manteniéndose, en caso contrario, y sin más, la partición. Si, por el contrario, se piensa en el principio de igualdad y en la necesidad de respetar la voluntad del causante, así como en la trascendencia que en la mecánica de la partición tiene la computación de las liberalidades, a los efectos de concretar los derechos de cada coheredero en su respectiva cuota, parece que la conclusión segura es la de la ineficacia de tal partición, por su posible anulabilidad, con base en el dolo, si la omisión fue fraudulenta, o en el error sustancial, si la omisión de la colación fue involuntaria. Con lo cual, realmente, el remedio rescisorio quedaría reducido a los supuestos de valoración errónea, con perjuicio en más de la cuarta parte. Aun cuando se pudiera objetar que no existe razón de peso para sancionar la ineficacia de la partición en unos casos, aun cuando la lesión o el perjuicio no tenga relieve, y en otros, de mayor entidad, pero sin llegar a la cuarta parte, se afirma la absoluta eficacia.

Pero lo que parece indudable, cualquiera que sea la solución que en el problema anterior se estime oportuna, es que el remedio del artículo 1.079, cualquiera que sea la cuantía que representen los bienes colacionables no colacionados, no podrá entrar en juego; primero, porque tal valor no es propiedad de la herencia, ni se ha omitido, y, segundo, porque la aplicabilidad del precepto, con las consiguientes operaciones tendentes a reajustar lo ya partido, exceden a la idea de simple complemento de la partición y de respeto a lo ya hecho, puesto que ya se ha visto que, de aplicarse el precepto, no se respetaría la partición, sino que se modificaría, dentro de una variabilidad grande, según los casos.

Hemos señalado ya que, a diferencia de lo que sancionan otros Códigos, concretamente el francés y el italiano, nuestro Código civil no concreta la omisión a algún objeto de la herencia, sino que habla también de omisión de valores de la herencia. Ello plantea la cuestión de determinar el alcance del remedio en otras dimensiones distintas, hasta las ahora aquí contempladas. Y resulta claro que el alcance del precepto en este sentido está en relación con el resultado de la interpretación que del término "valores" se haga.

La primera posibilidad se centra en entender que dicha expresión es equivalente de metálico, billetes, títulos, créditos, etc., en cuyo caso, la referencia a estos valores hubiera resultado innecesaria, como ocurre en la generalidad de los Códigos extranjeros, donde se interpreta la omisión de alguno de estos efectos como un supuesto de omisión del objeto a que se refiere el precepto en concreto. No se comprende, pues, si tal es la interpretación, la finalidad perseguida por el legislador apartándose de los criterios de los Códigos que en muchos puntos le sirven de modelo, siendo de notar, igualmente, que en el artículo 929 del Proyecto de 1851 tampoco existía tal referencia específica de los valores (57).

Por ello, parece tener razón Manresa cuando afirma que esta diferencia de nuestro Código con los extranjeros algo debe significar (58). Y partiendo de tal consideración formula una segunda interpretación de la norma, entendiéndola, no a semejanza de como lo hace la doctrina extranjera, que concreta la omisión a la no inclusión en absoluto de un objeto en la partición, sino como de aplicación posible en aquellos supuestos en los que incluido un objeto no se ha valorado realmente de acuerdo con su propia naturaleza. Esto, según el citado comentarista, daría lugar en la técnica extranjera, y por virtud de una interpretación restrictiva de los preceptos respectivos, a la sola aplicación del remedio rescisorio, si se produce un perjuicio o lesión por encima del tope mínimo señalado por la Ley para dicho rescisión. Sin embargo, de acuerdo con la letra de nuestro artículo 1.079, éste deberá aplicarse, ya que, aun cuando no se haya omitido un objeto, sí se ha omitido un valor, precisamente el que corresponde en realidad al bien omitido. Y los ejemplos que cita, muy significativos, son los siguientes: el monte perteneciente al causante, que se incluye en la partición, pero no la mina escondida en sus entrañas y propia del mismo, implica la omisión de un objeto, una cosa de la sucesión. Si el terreno que se califica de monte y se valúa como tal, es todo él de labor, o tiene trozos laborables, o puestos de viña, de olivar, etc., no se omite un objeto, se omite un valor de la herencia. Si se incluye una finca que ha disfrutado en el período de indivisión uno de los herederos, pero no los frutos recogidos en la misma, se ha omitido un objeto; pero si a una viña bien determinada por sus linderos se le asignan diez hectáreas y se valúa por diez hectáreas, y resulta tener veinte, se ha omitido un valor. El artículo 1.079 siempre es aplicable. Mientras que, según el citado Manresa, si el objeto se incluye en absoluto y se tiene en cuenta su naturaleza, su destino y clase, y, sin embargo, se valúa con error, resultando con ello desigualdad grande entre los coherederos, serán aplicables los artículos 1.074 a 1.078 (58).

(57) Ya hemos visto cómo queda descartada la posibilidad de que el legislador al utilizar la expresión valores se refiera al que pudieran representar los bienes colacionables.

(58) Loc. cit., pág. 696.

(58 bis) Loc. cit., págs. 697 y 698.

Pero a la tesis de Manresa se la debe imputar una seria objeción: que con ella se vulnera el principio de estabilidad y conservación de lo ya efectuado en la partición concluida, por cuanto que como el objeto del que en definitiva depende el valor omitido ya ha sido adjudicado, la nueva partición adicional o complementaria no supondrá el partir un bien indiviso de la herencia, o sea, de la comunidad hereditaria, sino dejar sin efecto la adjudicación de tal bien realizada a uno de los coherederos y proceder a repartirlo nuevamente, con el consiguiente e ineludible reajuste de las adjudicaciones todas. Además, tampoco el supuesto parece estar presidido por esa idea de que está ínsita en el precepto de que con la omisión no ha existido perjuicio individual para alguno de los coherederos, pues aquí la realidad sería contraria a tal afirmación.

La tercera interpretación que se ha mantenido por la doctrina patria es la patrocinada, fundamentalmente, por Sánchez Román. Este va más lejos aún que Manresa, al interpretar el precepto en unos términos de tan gran amplitud que parecen exceder de los límites tenidos en cuenta por el legislador. Según él, como ya hicimos notar anteriormente, cualquier error de inclusión, valoración notoriamente inferior y perjudicial a uno de los interesados u otro motivo que originara perjuicio demostrado que no ascienda a la cuantía suficiente para rescindir la partición podría servir para reclamar su modificación, subsanándose el error o falta y consiguiente perjuicio (59).

Resulta indudable que con tal interpretación, desde un punto de vista de estricta justicia, el esquema de nuestro Código civil de medidas encaminadas a paliar de alguna manera los errores de la partición, sería mucho más perfecto que con otra interpretación distinta del artículo 1.079, y, desde luego, superior al sistema francés e italiano. Es claro que se obviarían, sin necesidad de acudir al remedio rescisorio, pero sí al modificativo de la partición, las injusticias graves que derivan de ese límite de la cuarta parte, exigido como mínimo para que pueda tener lugar la rescisión, cuando realmente, sin llegar a tanto, el perjuicio que puede producirse es de consideración. Sin embargo, debe estimarse, con Lacruz, que ése no es el alcance del precepto. Si el precepto determina la improcedencia de la rescisión, es porque estima que las adjudicaciones satisfacen las cuotas, atendido el valor de los bienes inventariados, pero no contempla el supuesto de bienes inventariados, aunque valorados con error, y adjudicados (60).

Creemos que ni la interpretación de Manresa ni la de Sánchez Román pueden mantenerse, ni siquiera como interpretación correctora, como apunta Lacruz, por conducir a resultados justos, lo cual puede resultar indudable. Pero también lo es, de una parte, que por específico y expreso mandato del precepto tiene que tratarse para que el mismo pueda entrar en juego, de la omisión de un objeto o valor de

(59) Loc. cit., pág. 2120.

(60) Loc. cit., pág. 556.

la herencia, y que, de otra parte, resulta incompatible la idea de omisión con la de adjudicación de un bien determinado, aun cuando sea en base de una errónea valoración. Y ello resulta evidente si se piensa en que con la omisión se mantiene el estado de indivisión de una cosa, con el consiguiente derecho de los coherederos a ella y a pedir en cualquier momento la división y, sobre todo, a actuar el remedio específico de la partición para salir de ella. Sólo en tanto existan bienes sin adjudicar a ninguno de los coherederos podrá mantenerse la posibilidad de una partición complementaria, que, naturalmente, carecerá de objeto tan pronto todos los bienes de la herencia estén adjudicados.

Concretando lo hasta aquí expuesto, podemos concluir afirmando que el funcionamiento del remedio del artículo 1.079 estará condicionado por la concurrencia de las siguientes circunstancias objetivas: primera, existencia de un objeto (o varios) o de un valor (ya veremos después el supuesto de subrogación), que perteneciendo a la herencia haya sido omitido, y, por lo tanto, se encuentra en estado de indivisión; segunda, que a estos efectos no puede considerarse como tal el valor que puede representar la liberalidad del donante que da lugar a la colación, por cuanto que la idea de partición complementaria que sanciona el artículo 1.079 implica que la misma debe tener por objeto una actividad divisoria con relación exclusiva a los bienes omitidos, estando ausente de ella toda otra idea de reajuste o modificación de lo anteriormente hecho, con independencia de las valoraciones, acertadas o erróneas, que dan lugar a distintos remedios específicos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de julio de 1908, determinó la procedencia de aplicar correctamente el remedio del artículo 1.079, completando la partición con aquellos bienes que hubieran venido a sustituir a los que anteriormente pertenecían al causante. Realmente la solución no podía ser de otra manera, y deberá interpretarse en tal sentido el precepto siempre que, como consecuencia del principio de subrogación, se acredite que los bienes omitidos han venido a sustituir a otros. Con ello, es indudable que se cumple exactamente el precepto, por cuanto que tales bienes omitidos pertenecen a la herencia y se encuentran en indivisión.

¿Procederá este remedio que nos ocupa en todas las modalidades de partición? La contestación afirmativa resulta indudable. Lo mismo si la partición fue realizada por el propio testador que si la realizaron los coherederos o el comisario, o se hubiera realizado judicialmente, existe posibilidad de operar una partición complementaria si se diera el supuesto de omisión. Los criterios para llevarla a cabo deberán ser los mismos que aquellos que presidieron la concluida anteriormente. Algún problema de interés puede plantear la formalización de esta partición complementaria. Así, en primer lugar, qué criterio deberá seguirse en el supuesto de que el testador, que en uso de las facultades que le concede el artículo 1.056, haya operado la partición de sus bienes, con olvido de adjudicar alguno o algunos en dicha partición.

para el posterior reparto de éstos. Es decir, si los coherederos podrán atenerse a los criterios manifestados por el testador en el acto de última voluntad, o el que se derive del acto *inter vivos*, que contenga la partición, o bien entrarán en juego las reglas específicas de los supuestos de sucesión intestada. En la doctrina italiana, Barassi resuelve la cuestión entendiendo que si resulta claramente que el testador quiso dividir todos sus bienes y resultara una omisión, bastará una partición complementaria con los mismos criterios; pero si, por el contrario, resulta que la división era sólo parcial, con el resto de los bienes omitidos se abre la sucesión legítima. En definitiva, tal criterio puede ser admitido para nuestro Derecho (61). Es decir, que si se parte de la idea de una omisión, lógicamente debe presumirse que el testador quiso partir todos sus bienes, y el olvido no puede dar lugar a un tratamiento distinto. Sin embargo, de acuerdo con el contenido del artículo 912 del Código civil, en su apartado 2.º, parece latir la solución contraria, aun cuando cada supuesto presentara matices muy específicos para la interpretación, en base de la forma en que esté realizada la manifestación de última voluntad.

Si la partición se hubiera realizado por comisario y se le hubieran agotado las facultades, parece indudable que la adicional corresponderá efectuarla a los herederos (62).

IV

QUIENES PUEDEN SOLICITAR LA PARTICION COMPLEMENTARIA, EN QUE MOMENTO Y DE QUE MANERA. MODO DE OPERARLA Y CONSECUENCIAS

Indudablemente, cualquiera de los herederos se encuentra legitimado para pedir la partición adicional, de acuerdo con los artículos 1.051 y siguientes del Código civil, por cuanto que el principio de que ningún coheredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, debe ser aplicado hasta sus últimas consecuencias, por lo que en tanto exista indivisión hereditaria sobre algún objeto de la herencia, cualquiera de los interesados podrá solicitar y conseguir la partición y la adjudicación que respecto de los bienes omitidos pueda corresponderle.

En relación con la forma de conseguir la nueva partición creemos que, en principio, dado el tenor del artículo 1.079 del Código civil y la facultad que en el mismo se concede, así como el sentido de la jurisprudencia, al interpretar tal remedio, cualquiera de las personas legitimadas podrá utilizar, de una parte, la acción que se le concede en el correspondiente juicio declarativo, contra los restantes coherederos que

(61) Loc. cit., pág. 172.

(62) Parece indudable, desde luego, la aplicabilidad del art. 1.058.

se nieguen a formalizar la partición complementaria, la que se decretará en la sentencia correspondiente, si se acredita la realidad de las omisiones padecidas, cualquiera que sea su entidad económica; de otra, parece indudable que si, de acuerdo con los coherederos en la necesidad de operar la partición complementaria, no se entendieran en la forma de llevarla a cabo, quedará a salvo su derecho para ejercitarla en la forma prevenida al efecto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo con el artículo 1.059, sin que sea obstáculo la partición anterior que no comprendió todos los bienes del causante.

Siendo indudable que también los propios herederos podrán distribuir los bienes omitidos, de acuerdo con el artículo 1.058.

En relación con el momento para pedir la partición adicional, baste decir que cualquiera es procedente, una vez que se acredite la realidad de la omisión sufrida. En otro sentido, ya dejamos apuntado que, como la partición anteriormente operada no produjo la resolución de la indivisión respecto de los bienes omitidos, la acción para solicitar la nueva partición es imprescriptible por imperativo del artículo 1.965, regla ya aplicada en tal sentido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (63).

En cuanto al modo de efectuarla, serán de aplicación la generalidad de las reglas que presiden el desenvolvimiento de la materia, sin que, con independencia del problema a que a continuación nos referimos, se plantee ningún otro específico.

Si que es dudosa la resolución de la siguiente cuestión: Puede haber ocurrido que en la primera partición, al efectuar las adjudicaciones, por error de valoración de los bienes inventariados o por cualquiera otro, se haya producido perjuicio, en menos de la cuarta parte, para alguno de los coherederos. ¿Se deberá tomar en cuenta dicho perjuicio en la nueva partición para compensarlo con las adjudicaciones a realizar? Desde un punto de vista de estricta justicia, la solución debe ser la afirmativa; pero, sin embargo, el problema se centra en que en el supuesto de no proceder así, ninguna facultad le corresponde al perjudicado en la partición. Ahora bien, ¿qué relación existirá entre las dos particiones a efectos de cómputo de las posibles lesiones y de entrada en juego de las rescisiones de ambas operaciones particionales? Hay que tener en cuenta que la primera partición puede no haber producido lesión en ninguna cuantía, y en tal caso, si en la segunda se perjudicara a alguno de los herederos en la cuarta parte que dice el artículo 1.074, es indudable que ello dará lugar a la rescisión de esta partición adicional, aun cuando, sumadas las cantidades recibidas en los dos distintos momentos el perjuicio no suponga más de la cuarta parte del total adjudicado, de considerarla como independiente. Desde otro aspecto, pudiera ocurrir que, habiendo existido un perjuicio en la primera partición para alguno de los coherederos, sin que llegara a la cuarta parte, y sí en la segunda, pero que tampoco

(63) Vid. sentencia citada en la pág. 9 del trabajo.

la suma de los perjuicios llegue a la cuarta parte del total, o por mejor decir a rebasarla. Pudiendo ocurrir también que el perjuicio de la segunda partición, sumada al de la primera que no llegó a la cuarta parte, rebase más de lo del total de lo adjudicado.

En todos estos supuestos entendemos, como solución más técnica y justa, que, como observa Lacruz, se debe considerar la partición como acto único, aunque diferido en el tiempo, y atendiendo al valor total de lo recibido, como si se tratara de una única partición (64), refiriendo a dicha totalidad la lesión. Por lo que, realmente, ésta será la única consecuencia que la segunda partición proyecte sobre la primera.

Por fin, y por cuanto se refiere a los efectos de la posterior partición, ésta producirá los genéricos de toda partición de herencia, con relación a los bienes que sean objeto de ella, de acuerdo con los artículos 1.063 a 1.072 del Código civil.

¿Será renunciable la facultad que al coheredero le conceden el artículo 1.079 del Código civil? De acuerdo con los principios generales que presiden toda esta materia, entendemos que la renuncia a priori no tendrá efectividad. Sin embargo, una vez que se ha producido la circunstancia de haber aparecido los bienes omitidos, parece indudable la posibilidad de renunciar a ellos, pero entonces estaremos a presencia de un supuesto de renuncia de un derecho en concreto que realmente nada tiene que ver con el problema de la renuncia que se operaría al finalizar la partición en que no se incluyeron todos los bienes respecto de aquellos que en potencia podrían existir como pertenecientes a la herencia (65).

(64) Loc. cit., pág. 550.

(65) CASTAN, *Derecho Civil Español*, t. I, págs. 83 y ss.

La responsabilidad por daño moral

RAEAEAL ALVAREZ VIGARAY
(Doctor en Derecho)

SUMARIO: I. Concepto de daño moral.—II. Clases de daño moral.—III. Naturaleza del resarcimiento del daño moral.—IV. Objeciones y argumentos a favor de la reparación del daño moral.—V. Límites a la reparación del daño moral.—VI. Legitimación activa y pasiva a la reparación del daño moral.—VII. Comprobación y liquidación del daño moral.

I

CONCEPTO DE DAÑO MORAL

Desde un punto de vista negativo y por oposición al daño patrimonial, se define el daño moral como “aquel perjuicio que no implica una pérdida de dinero, que no entraña para la víctima ninguna consecuencia pecuniaria o disminución de su patrimonio” (1); o también, como “aquel daño que no consiste en una pérdida económica o en una falta de ganancia” (2).

Según observa Pacchioni (3), la mayor parte de los autores dan del daño moral una definición negativa, hasta el punto de que puede decirse que existe acuerdo en la doctrina en definir por exclusión el daño moral, contraponiéndolo al daño patrimonial. Y, efectivamente, es bastante más fácil acudir al concepto claramente establecido de daño patrimonial, que no enfrentarse directamente con la naturaleza del daño moral e intentar la agrupación bajo un solo concepto de las diversas y variadas clases de daños que caen fuera del ámbito del daño patrimonial.

Sin embargo, se han emitido críticas contra este concepto negativo del daño moral, haciéndose notar (4) que una definición negativa puede admitirse solamente cuando se trate de operar en la esfera de fenómenos homogéneos, en tanto que los daños patrimoniales y los daños morales constituyen fenómenos completamente diversos.

(1) MAZEAUD-TUNC, *Traité de la responsabilité civile*, 1957, t. I, págs. 268 y 377; RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire*, 1952, t. II, pág. 356; BARASSI, *Teoria delle obbligazioni*, 1948, pág. 539; PACCHIONI, “Danni morali”, *R. D. Commerciale*, 1911-2, pág. 240; BORRELL, *Responsabilitàs derivadas de culpa extracontractual*, 1942, pág. 157; GÓMEZ ORBANEJA, “La acción civil del delito”, *R. D. P.*, 1949, pág. 200.

(2) POLACCO, *Obbligazioni*, 1914, pág. 851.

(3) Loc. cit. También Gómez Orbaneja (loc. cit.) afirma que “el concepto de daño moral sólo puede establecerse negativamente, por oposición al daño patrimonial”.

(4) SCOGNAMIGLIO, “Il danno morale”, *R. D. Civile*, 1957, pág. 280.

Además, algunos autores señalan que no es posible englobar en una categoría única los daños no patrimoniales, por lo que, en vez de distinguir entre daños patrimoniales y no patrimoniales (como hacen los que siguen la definición negativa del daño moral), hay que hacer una clasificación tripartita de los daños, contraponiendo frente al daño patrimonial de un lado, el daño personal (lesiones a la integridad física o moral, al honor, etc.), y de otro, el daño moral propiamente dicho (dolores, padecimientos de ánimo, etc.) (5); o bien distinguiendo entre daños que afectan al patrimonio, daños que afectan a la víctima en su persona física y daño moral (6).

Debido a estas objeciones, se ha intentado acudir a otros procedimientos para definir el daño moral. Así se pretende utilizar para configurar el concepto de daño moral, la distinción establecida en el terreno del derecho subjetivo entre derechos subjetivos patrimoniales y derechos subjetivos no patrimoniales, afirmando que el daño moral es "el perjuicio que resulta del atentado o lesión de un derecho extrapatrimonial" (7). En una dirección semejante, aunque reduciendo el ámbito del daño moral, lo define Chironi (8), como "la lesión a cualquier derecho que pertenezca al estado jurídico de la personalidad" (honor, estimación, vínculos de legítimo afecto, etc.).

Puede reprocharse a estas definiciones el inconveniente de que el carácter patrimonial o no patrimonial del derecho lesionado no implica que sea de igual naturaleza el daño que se produzca, y así, la lesión de un derecho no patrimonial puede llevar consigo el que se produzcan daños patrimoniales (9), como ocurre, por ejemplo, en las lesiones a la salud e integridad física que impidan a la víctima que efectúe su trabajo y actividades habituales, o en la difamación de una persona, que fácilmente puede acarrearle pérdidas económicas, por ejemplo, haciéndole perder su colocación o empleo, o retirándole la clientela si era comerciante, etc. Del mismo modo la lesión de un derecho patrimonial puede dar lugar (según algunos autores, que consideran daño moral la lesión del interés de afección) a que se realicen daños morales, como es, por ejemplo, el caso de destrucción de la carta o de la trenza de pelo conservadas como recuerdo de un familiar querido, etc. Esta misma observación puede hacerse a aquellas definiciones que tipifican el daño moral como "el perjuicio que afecta a los bienes inmateriales de la per-

(5) SCOGNAMIGLIO, op. cit., págs. 280 y 295.

(6) RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire*, 1952, t. II, pág. 353; COLIN y CAPITANT, *Derecho Civil*, t. III, Madrid 1924, págs. 743-744.

(7) MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, t. II-2, Buenos Aires 1960, pág. 68; también LALOU, cit. en MAZEAUD-TUNC, *Traité de la resp. civ.*, 1957, t. I, pág. 378, afirma: "La distinción del daño material y del daño moral corresponde a la gran división de los derechos, en derechos patrimoniales (derechos reales y derechos de crédito) y derechos extrapatrimoniales (derechos de la personalidad y de familia). En igual sentido: BREBBIA, *El daño moral*, Buenos Aires, s. f., pág. 67.

(8) *Colpa extracontrattuale*, 1906, t. II, pág. 320.

(9) Según ROVELLI, *Riv. D. Privatto*, 1933-II, pág. 270, cuando el perjuicio afecta al patrimonio, el daño es siempre patrimonial, lo sea o no el derecho subjetivo lesionado.

sona" (salud, libertad, honor, etc.) (10), pues el perjuicio que afecta a dichos bienes puede ser tanto patrimonial como moral.

Están muy extendidas en la doctrina las definiciones del daño moral que lo identifican con el dolor, sufrimientos o padecimientos físicos o psíquicos injustamente ocasionados. Así, De Ruggiero (11) define el daño moral como "la perturbación injusta en el estado de ánimo de una persona", y en términos análogos, Rovelli y Mandrioli (12) definen el daño moral como "el dolor o padecimiento de ánimo ocasionado por el acto ilícito".

Otros autores restringen esta identificación del daño moral con los dolores y sufrimientos, en el sentido de excluir del concepto del mismo determinada clase de dolores, exigiendo que en ellos concurren ciertos presupuestos. En esta dirección Savatier (13) separa del concepto de daño moral los dolores y sufrimientos experimentados a consecuencia de una pérdida pecuniaria, y afirma que es daño moral "todo sufrimiento humano que no resulta de una pérdida pecuniaria". También Scognamiglio (14) indica que "no constituyen daños morales todos los dolores y padecimientos de ánimo que integran el reflejo subjetivo del daño injusto, sino que únicamente se pueden considerar daños morales aquellos dolores y padecimientos que se producen en dependencia de un daño a la persona".

Este autor hace notar (15) que al estar constituido el daño moral por el sufrimiento que le produce a la víctima un cierto evento dañoso, dicha clase de daño no es un daño independiente, que subsista en sí mismo, sino que es la consecuencia o repercusión subjetiva y psíquica de los daños reales; por ejemplo, el sufrimiento producido por la muerte de un familiar, o por una campaña de difamación. Aunque en la mayor parte de los casos es cierto que al considerar el daño moral como dolor o sufrimiento, viene a ser una secuela de la producción de otros daños, puede también presentarse la existencia independiente del daño moral, sin necesidad de que se hayan realizado otros daños, como ocurriría con el sufrimiento causado a una persona al comunicarle maliciosamente la falsa noticia de la muerte en accidente de un hijo suyo, etc. Por otra parte, no es necesario para que exista daño moral que se produzcan sufrimientos físicos o morales del hombre, pues pueden causarse daños morales a las personas jurídicas, las cuales, al carecer de un cuerpo físico, no pueden experimentar dichos sufrimientos, y en este sentido, es también daño moral la disminución o pérdida del prestigio de una persona jurídica a consecuencia de una campaña de difamación realizada contra ella, etc.

(10) Así la Sentencia del T. S. de 28 marzo 1959, *Repertorio R. G. L. J.*, t. XX-1, pág. 571.

(11) *Instituciones*, Madrid 1931, t. II, pág. 64.

(12) ROVELLI, *Riv. D. Privato*, 1933-II, pág. 271.

(13) *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 92.

(14) "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, págs. 297-298.

(15) "Danno morale", *Nov. Digesto*, t. V, pág. 147.

Al definir el daño moral como dolor o sufrimiento, quedan fuera del concepto de daño moral un gran número de daños no patrimoniales. Scognamiglio (16) intenta reunir estos daños no patrimoniales bajo la categoría del daño personal, constituido por la lesión a los bienes de la personalidad (integridad física y moral, honor, honestidad, libertad, etcétera). Estos daños se declaran resarcibles por sí mismos, independientemente de que se hayan producido repercusiones desfavorables en el orden económico.

Tanto si aparecen consecuencias específicas de orden patrimonial, como si no resultan, el daño personal consiste y se manifiesta en la lesión de los bienes de la persona, y como tal debe ser reparado, sin perjuicio de que, además, se tengan en cuenta las consecuencias dañosas de carácter patrimonial. Con esta doctrina se rechaza la opinión que si bien admite en principio y teóricamente el resarcimiento de los daños no patrimoniales, en la práctica lo niega, en cuanto que sostiene que sólo deben ser indemnizados los perjuicios económicos que se derivan de los daños no patrimoniales (los llamados daños patrimoniales indirectos); pues, con esto, quedan también resarcidos los daños no patrimoniales.

Aunque aparentemente esta tesis admite el resarcimiento indirecto del daño no patrimonial, en realidad, lo priva de que sea indemnizado con carácter autónomo e independiente de las consecuencias patrimoniales del daño, y lo deja totalmente desprovisto de resarcimiento en el caso de que el daño no patrimonial no haya tenido consecuencias patrimoniales. Así, por ejemplo, en el caso de la lesión personal se toma en consideración para fijar el resarcimiento los gastos de curación y la falta de ganancia por la imposibilidad o dificultad que experimente el lesionado para dedicarse a su trabajo, dejando fuera del resarcimiento el daño más grave que es la lesión corporal. Con la idea de que no queden privadas de indemnización las lesiones a la integridad física de la persona (lo cual ocurriría por completo tratándose de las lesiones causadas a una persona que no produjera beneficios económicos con su actividad), se ha intentado dar consistencia independiente dentro del daño personal al llamado daño a la vida de relación (17), afirmándose que tales lesiones constituyen un daño independiente de sus repercusiones patrimoniales, en cuanto impidan al lesionado por un período de tiempo más o menos largo, o durante toda su vida, dedicarse a la vida de relación (vida social, deportiva, etc.).

Se ha discutido la naturaleza de este daño, según Montel, se trata de un daño patrimonial indirecto, al resultar más costosa la vida de relación (por ejemplo, al tener el lesionado que hacerse acompañar y conducir por otras personas), con lo cual se toman en cuenta solamente las consecuencias patrimoniales del daño a la vida de relación

(16) "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, págs. 282, 287-292 y 295.

(17) PUCCINI, "Danno alla vita de relazione", *Giur. ital.*, 1951, I, págs. 54

y, en definitiva, se niega esta figura. Para Bottero, su naturaleza es la de un daño moral en sentido estricto, pero se observa en contra de esta opinión que si bien es indudable que la ineptitud del lesionado para la vida de relación le produce un sufrimiento, los daños morales se refieren a la esfera interna de la persona, mientras el daño a la vida de relación se proyecta sobre la esfera de las relaciones externas. Finalmente, según Puccini, es una figura intermedia entre el daño patrimonial y el moral.

La división del daño no patrimonial en daño moral (dolores y sufrimientos de ánimo) y daño personal (lesión de los derechos de la personalidad) ha sido objeto de algunas críticas, haciéndose notar (18) que también el dolor o sufrimiento producido, por ejemplo, por la muerte de una persona querida, es también lesión de un bien de la personalidad, ya que entre estos bienes está la tranquilidad de ánimo.

Finalmente, Jossierand (19), en vez de distinguir entre daño patrimonial y daño moral, contraponen al daño moral el daño material. Daño material es el que alcanza a la víctima en su patrimonio o en su persona física, mientras que el daño moral afecta al patrimonio moral o a los afectos de la víctima. Esta definición puede tener el inconveniente de que deja fuera del daño moral los daños que afectan a la persona física, sin tener en cuenta que en estos daños se presentan las mismas dificultades que en los daños morales, en cuanto a la función de equivalencia del dinero que se asigne como indemnización, y como consecuencia de ello la necesidad de que se fije con arreglo a equidad la cuantía de la indemnización. Además, al igual que ocurre con los daños morales, hay daños a la persona física en torno a los cuales se discute si dan lugar o no a reparación, como, por ejemplo, los sufrimientos físicos causados por un accidente.

Podemos resumir nuestro punto de vista respecto al concepto de daño moral, diciendo: que el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados. La nota fundamental que caracteriza a estos daños, y permite incluirlos bajo un solo concepto, es su naturaleza no patrimonial, que lleva consigo como consecuencia el que no puedan evaluarse en dinero, por lo que, al no ser posible determinar la cuantía de la indemnización en virtud de una prueba que demuestre la magnitud exacta del daño, ha de ser fijada equitativamente por el juez.

Teniendo en cuenta esta nota diferencial, por lo que se refiere a la denominación de estos daños, posiblemente fuera más exacta la denominación: daños no patrimoniales, con la cual los designa el Código Civil italiano de 1942 y gran parte de la doctrina de este país; pero

(18) RAVAZZONI, *Riparazione del danno non patrimoniale*, Milán 1962, página 100.

(19) *Derecho Civil*, t. II-1, Buenos Aires 1950, pág. 330.

no hay inconveniente en seguir utilizando la expresión de daño moral, que, además de estar muy extendida, tiene a su favor el ser la que emplea el art. 104 del Código Penal español y numerosas Sentencias del Tribunal Supremo.

Con todo, de acuerdo con el contenido que atribuye a la expresión daño moral una parte destacada de la doctrina, tal vez no deban considerarse como sinónimos los términos daño no patrimonial y daño moral, y fuera conveniente excluir de este último concepto los daños que se causen a la víctima en su persona física; si bien debe tenerse en cuenta que, aun cuando en principio estos daños no se consideren daños morales, siempre habrán de incluirse dentro de esta última categoría las repercusiones anímicas y afectivas de los daños a la persona física (dolores, sufrimientos, etc.). En cambio, el concepto de daño moral reducido a los dolores y padecimientos de ánimo, excluyendo de él los perjuicios no patrimoniales producidos por los atentados al honor, honestidad, libertad, etc., de la persona, al que sigue la distinción entre daño moral y daño personal, carece de una base sólida, porque el dolor o sufrimiento generalmente forma parte del daño producido por lesión a los bienes de la persona, siendo una de sus manifestaciones, y por otra parte, no es imprescindible que se ocasione un dolor o sufrimiento para que exista daño moral, como sucede en los daños causados al honor de las personas jurídicas.

II

CLASES DE DAÑO MORAL

Según Mazeaud-Tunc (20), teniendo en cuenta la naturaleza del daño, hay que distinguir dentro de los daños morales dos categorías de daños que se oponen claramente: de un lado, los que afectan a la parte social del patrimonio moral, y atacan al individuo en su honor, reputación y consideración; y de otra parte, los daños que atañen a la parte afectiva del patrimonio moral y alcanzan al individuo en sus sentimientos y afectos, por ejemplo, el dolor producido por la muerte de una persona querida.

Como hacen notar los autores citados, estas dos clases de daños no agotan los daños morales, pues, junto a los daños que hacen relación a la parte social y a la parte afectiva del patrimonio moral, hay otros muchos daños no pecuniarios que también entran en el concepto de daños morales, como ocurre con los daños que afectan a la persona física sin disminuir su capacidad de trabajo (sufrimientos, cicatrices, etcétera).

La distinción entre daños morales que afectan a la parte social del patrimonio moral y daños morales que se refieren a la parte afectiva

(20) *Traité de la resp. civ.*, t. I, 1957, págs. 378 y ss.

del patrimonio moral se basa, según dichos autores, en primer lugar, en el hecho de que los daños morales que afectan a la parte social del patrimonio moral están siempre o casi siempre ligados a la producción de un daño pecuniario, pues el deshonor infligido a una persona suele perjudicarle pecuniariamente haciéndole abandonar el cargo que ocupe, comprometiendo su porvenir o el de sus hijos o poniendo en peligro el comercio o industria que ejerza. En cambio, los daños consistentes en la lesión de los sentimientos afectivos de la persona generalmente no van acompañados de perjuicios pecuniarios, aunque en algún caso pudieran llevar aparejados perjuicios de esta clase, como ocurre en el supuesto de que el dolor experimentado por la víctima fuera tan grande que le produjera una crisis nerviosa, impidiéndole dedicarse a su trabajo habitual, o cuando, a consecuencia del estado de angustia, el sujeto haya descuidado la gestión de sus intereses o negocios. *

En segundo lugar, en relación con la distinción entre daños morales que afectan a la parte social del patrimonio moral y daños morales que se refieren a la parte afectiva del mismo, son muy numerosos los autores que admiten el resarcimiento tratándose de los daños que afectan a la parte social del patrimonio moral, y niegan que sean resarcibles los atentados a los sentimientos afectivos; bien porque estiman que las lesiones al honor implican casi siempre un perjuicio pecuniario (con lo que, en realidad, niegan que sea resarcible el perjuicio moral propiamente dicho), o bien basándose en que, aunque es difícil, pueden evaluarse en dinero los perjuicios causados al honor y la reputación, mientras que es de todo punto imposible evaluar en dinero los dolores y sufrimientos.

Atendiendo a su duración, los daños morales se dividen en transitorios y permanentes, según que, aunque subsistan por un espacio de tiempo más o menos largo, terminen desapareciendo (por ejemplo, los dolores o heridas susceptibles de curación), o bien se mantengan constantemente (como es la pérdida de un miembro o sentido) (21). Esta distinción refleja sus consecuencias a los efectos de la determinación de la cuantía de la indemnización, que será superior tratándose de daños permanentes, pudiéndose señalar a la víctima una pensión vitalicia o un capital cuyas rentas sean suficientes para compensar en lo posible la pérdida del miembro o sentido. Por lo que se refiere a los daños morales por lesión a los sentimientos de afección, la distinción entre daños permanentes y transitorios pierde en gran parte su efectividad, debido a que, si bien en principio cabe representarse daños de esta clase que sean permanentes (así el dolor por la muerte de una persona querida), hay que tener en cuenta la acción lenitiva que ejerce el tiempo sobre los dolores y sufrimientos a los cuales amortigua, e incluso llega a hacerlos desaparecer.

Según resulte o no del incumplimiento de un contrato, o en términos más amplios, de una obligación o relación jurídica preexistente,

(21) FISCHER, *Los daños civiles*. Madrid 1928, pág. 251.

el daño moral es contractual o extracontractual. Se encuentra muy extendida en la doctrina la opinión que distingue entre daños morales contractuales y extracontractuales a los efectos de la indemnización, entendiendo que los daños morales extracontractuales son resarcibles y, en cambio, no lo son los contractuales. Este criterio, que fue mantenido por los autores franceses anteriores a la codificación (Domat, Pothier) (22), está ligado a la cuestión de la patrimonialidad de la obligación.

Si la obligación ha de tener por objeto una prestación de naturaleza patrimonial, resulta que el incumplimiento de la obligación, la inejecución de la prestación sólo puede producir daños patrimoniales, puesto que el campo de los intereses y bienes morales queda por completo fuera de la relación jurídica obligatoria (23). Sin embargo, si bien es cierto que la prestación ha de ser evaluable económicamente, esto no quita que pueda responder a un interés del acreedor de naturaleza no económica, pues, como observan Mazeaud-Tunc (24), son numerosas las convenciones que afectan directa o indirectamente a los sentimientos, tranquilidad, consideración, salud y honor de las partes, por lo que el incumplimiento de la obligación causa un daño moral al acreedor. Los ejemplos que pudieran ponerse son abundantes, y cabe citar, entre otros, el caso del mandatario al cual se le haya dado encargo por los parientes del difunto de renovar el arrendamiento del nicho en el que está enterrado, y, por negligencia en el cumplimiento de este encargo, deje pasar el plazo para la renovación, con lo cual, al ser sacado del nicho, se encuentren los familiares en la imposibilidad de saber donde están enterrados sus restos; o bien en el supuesto del médico que causa lesiones o cicatrices al paciente, las cuales se podrían fácilmente haber evitado empleando los remedios adecuados, o bien en el caso, que ha sido a veces referido por la prensa, del cirujano que por descuido, al hacer una operación, deja abandonado dentro del cuerpo del paciente algún objeto del instrumental, haciéndose necesaria una nueva operación para su extracción; y también en la hipótesis del transportista que, por conducir sin prudencia, causa en accidente al viajero lesiones (25), e incluso la muerte (26).

(22) Según parece, influenciados por una consideración parcial y errónea de los textos del Derecho Romano, vid: IHERING, *Del interés en los contratos*, trad. de Posada, Buenos Aires 1947, espec. el Capítulo III; MAZEAUD-TUNC, *Traité de la resp. civ.*, 1957, t. I, págs. 381-382 y 414.

(23) CHIRONI, "Danno morale", *R. D. Commerciale*, 1913-II, pág. 811; ROVELLI, "Risarcibilità dei danni non patrimoniali", *R. D. Privatto*, 1933-II, pág. 266; LAURENT, *Principes*, t. XVI, núm. 281.

(24) Op. cit., pág. 413.

(25) Así se estimó, en la S. de 9 de diciembre de 1949, concediéndose la indemnización solicitada tanto por los daños patrimoniales producidos por las lesiones en accidente de transporte (gastos de curación, imposibilidad para el trabajo), como por los daños morales (dolores, sufrimientos, pérdida de la facultad generativa). (*Colección R. G. L. J.*, t. XXVIII, nueva serie, págs. 1005-1015.)

(26) La S. del T. S. de 2 de julio de 1945 consideró derivada de culpa con-

Siendo, pues, evidente que pueden producirse daños morales contractuales, no hay ninguna razón para admitir el resarcimiento tratándose de daños morales extracontractuales, y negarlo, en cambio, por lo que se refiere a los daños contractuales. Los argumentos que justifican el resarcimiento del daño moral son igualmente aplicables en uno y en otro caso (27), y tal vez sea incluso más justo que tenga lugar la indemnización del daño moral contractual, por haber tenido el damnificado el cuidado de efectuar una convención para asegurarse la satisfacción de un interés suyo extrapatrimonial, realizando, en cambio, en la mayoría de los casos, una contraprestación de carácter pecuniario.

Según Ravazzoni (28), puede señalarse una diferencia entre el daño no patrimonial extracontractual y el daño no patrimonial contractual, y es que mientras el primero consiste en una perturbación de una situación de paz o tranquilidad, el daño no patrimonial contractual supone la falta de realización de un comportamiento que el acreedor consideraba idóneo para satisfacer una necesidad suya de naturaleza no patrimonial; pero que ya existía en el sujeto. Es decir, que mientras en el primer caso se trata de una acción que provoca un mal, en el segundo consiste en la falta de realización de un remedio que el sujeto se había obligado a realizar para aliviar o hacer desaparecer un mal o necesidad ajena ya existente.

Aunque esto sea cierto en la mayor parte de las ocasiones, a veces el daño moral contractual consiste en una acción que provoca un mal, que altera una situación de bienestar, como ocurre en las lesiones causadas en accidente de transporte, o con la ruptura injustificada de un contrato con un profesional de forma que perjudique a su reputación, o con las modificaciones o supresiones realizadas en la edición de una obra y que causen un perjuicio moral a su autor.

Finalmente (29), Scognamiglio, basándose en su concepto de daño moral como dolor o sufrimiento producido por la lesión de un bien de la personalidad, sostiene que no existen daños morales contractuales:

tractual la obligación de una empresa de transportes del Protectorado de Marruecos de indemnizar a la madre de una viajera, muerta al volcar el vehículo en que era transportada, si bien basándose en que el Código de la Zona de Protectorado, al regular el transporte de personas, contemplaba expresamente los daños ocasionados a los viajeros durante el transporte, y establecía la obligación del transportista de indemnizarlos. La cuestión de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad por los daños ocasionados en accidente durante el curso del transporte, presentaba en este litigio gran importancia práctica, debido a que, dado el distinto plazo de prescripción, la acción para pedir la indemnización había prescrito tratándose de responsabilidad extracontractual, y en cambio podía ejercitarse en el caso de la responsabilidad contractual. (Puede consultarse en la *Colección R. G. L. J.*, t. XI, segunda serie, págs. 672-678.)

(27) Como hacen notar Castán (*Derecho Civil*, Madrid 1954, t. III-1, pág. 169) y Rocés (*Anotaciones a Fischer*, pág. 295), admitido el daño moral como susceptible de indemnización en el campo extracontractual, no se ve la razón por la que haya de ser excluido del campo de las obligaciones contractuales. También Josserrand (*Derecho Civil*, t. II-1, Buenos Aires 1950, pág. 509).

(28) *Riparazione del danno non patrimoniale*, Milán 1962, pág. 227.

(29) "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, págs. 315-316.

pero aunque se admita un concepto tan reducido del daño moral, no es imposible que se produzcan daños morales contractuales, como ocurre, por ejemplo, con los dolores y sufrimientos experimentados a consecuencia de un accidente ocurrido durante el curso del transporte, etc.

III

NATURALEZA DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL

El estudio de la naturaleza del resarcimiento del daño moral lleva consigo el examen de dos cuestiones, que son: en primer lugar, si el resarcimiento del daño moral puede ser incluido dentro de la figura de la indemnización de daños y perjuicios, o si bien, constituyendo, al igual que ésta, una sanción civil de intereses privados, es, sin embargo, una institución cuya esencia y características son plenamente distintas a la indemnización de daños y perjuicios. En segundo lugar, ya se admita que la reparación del daño moral puede considerarse como una especie del resarcimiento de daños y perjuicios o bien se mantenga la posición contraria, habrá que estudiar qué finalidad tiene y qué función desempeña la reparación del daño moral.

Se han emitido opiniones contrapuestas en cuanto a la primera cuestión de que la reparación del daño moral pueda considerarse como un resarcimiento de daños y perjuicios, siendo más numerosos los autores que mantienen la posición negativa (30). Fundamentan esta opinión de que la reparación del daño moral no puede incluirse en el concepto técnico de indemnización en que en ésta se entrega al damnificado una suma de dinero como un equivalente que sustituye la pérdida o menoscabo del bien lesionado; pero para que el dinero indemnice por equivalencia hace falta que se trate de valores homogéneos entre los cuales sea posible una valoración comparativa. Esta equivalencia, que en muchos casos será solamente aproximada, existe tratándose de bienes económicos, en cambio, en el caso del daño moral, si se consideran las lesiones a los afectos y sentimientos, resulta que la sensibilidad de cada persona, su capacidad de sufrir, es algo, absolutamente individual, que varía de unas personas a otras y que, por tanto, no puede ser medida con criterios objetivos; no es posible expresar en una suma de dinero el grado de sufrimiento, por cuya razón, éste no es resarcible en dinero. Lo mismo puede decirse del daño moral causado por lesión de los bienes de la persona, ya que tampoco son evaluables en dinero la salud, el honor, etc.

(30) Entre otros: PACCHIONI, "Risarcimento dei danni morali", *R. D. Commerciale*, 1911-II, pág. 240; GIORGI, *Obbligazioni*, t. V, 1892, pág. 357; BARASSI, *Obbligazioni*, 1948, t. II, pág. 540; RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, Milán 1962, págs. 145 y ss.; ROCES, *Acotaciones a Fischer*, pág. 296.

Frente a estos argumentos se hace notar (31) que la dificultad de evaluar el daño moral no supone que sea imposible indemnizarlo pecuniariamente, pues también tratándose de daños patrimoniales pueden presentarse dificultades semejantes en cuanto a la evaluación del daño. Así, por ejemplo, en el caso de destrucción de un cuadro único obra de un pintor famoso, difícilmente podría señalarse un equivalente en metálico capaz de resarcir este daño, y lo mismo ocurre con la disminución o pérdida de la capacidad de trabajo de la víctima de un accidente, o con el perjuicio económico ocasionado a un comerciante a consecuencia de una difamación.

Por tanto, la indemnización no siempre consigue restaurar el patrimonio a su situación anterior a la producción del daño, lo que hace es conceder una satisfacción al perjudicado, dándole la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a las que ha perdido.

Algún autor, como Rovelli (32), afirma que debe rechazarse la opinión de que el concepto de resarcimiento presupone necesariamente la equivalencia económica entre el daño causado y el dinero que se entrega como indemnización; la equivalencia económica no la exige la naturaleza del resarcimiento, sino que sólo es una consecuencia del carácter patrimonial del daño a resarcir.

Pese a estos intentos, prevalece la opinión de que el daño moral es susceptible de reparación, pero no de resarcimiento, pues, como observa Pacchioni (33), ambas instituciones se diferencian en que, mientras el resarcimiento llena un vacío patrimonial, la reparación encuentra un patrimonio intacto y lo aumenta, para que con ese aumento, el ofendido pueda encontrar una compensación a su dolor.

Si la reparación del daño moral no realiza una función de equivalencia, cancelando el daño causado mediante la concesión de un equivalente en dinero, se hace preciso determinar si puede perseguir otra finalidad y desempeñar una función distinta. Como hace notar Ihering (34), la condena a entregar una suma de dinero como reacción jurídica a la comisión de un daño puede desempeñar una triple función: la de resarcimiento por equivalencia, determinando el valor pecuniario del bien lesionado o de la prestación no realizada; la de reparación por satisfacción, en cuanto que el dinero es el medio ordinario para poder procurarse satisfacciones, incluso de orden elevado o moral, y la función de pena privada o medio afflictivo, de un modo semejante a las sanciones penales pecuniarias.

La idea de que la reparación del daño moral desempeña la función de dar una satisfacción o compensación a la víctima, ha sido

(31) MAZEAUD-TUNC, *Traité de la resp. civ.*, t. I, 1957, págs. 389-390; ROVELLI, "Risarcibilità dei danni non patrimoniali", *R. D. Privato*, 1933-II, páginas 272-274, 276, 282-284.

(32) Loc. cit. en la nota anterior.

(33) *Delitti e quasi delitti*, Padua 1940, pág. 97.

(34) *Del Interés en los contratos*, trad. de Posada, Buenos Aires 1947, Capítulo II.

mantenida por un buen número de autores (35), y se funda en la observación de que el dolor, el sufrimiento, se sosiegan y eliminan con sentimientos contrapuestos de satisfacción; un dolor puede compensarse y neutralizarse con una alegría proporcionada. Como consecuencia, en el campo del daño moral, la reparación pecuniaria concedida a la víctima puede compensar los sufrimientos por ella padecidos; bien directamente, por sí misma, en virtud de la satisfacción que resulta de un enriquecimiento pecuniario, de la posesión de una suma de dinero, o bien indirectamente, a través de las comodidades y satisfacciones (que incluso pueden ser nobles y elevadas) que pueden procurarse con la ayuda del dinero. El sufrimiento físico producido por una herida, puede encontrar una compensación en un viaje de turismo o en otras distracciones que se procure la víctima con la ayuda de la suma que le ha entregado el autor del daño. Los padres que han perdido su único hijo en un accidente, pueden adoptar un niño y sufragar los gastos de su mantenimiento y educación utilizando la indemnización que se les haya concedido, etc.

En contra de esta función compensatoria de la reparación del daño moral se hace notar (36) que la teoría de la compensación entre el sufrimiento causado y la alegría que produce la reparación pecuniaria conduce necesariamente a una consecuencia práctica inadmisibles, y es que la suma de dinero concedida como reparación habrá de ser proporcionada a la posición social de la víctima, con lo que se hace depender la cuantía de la indemnización del nivel de vida del perjudicado. En efecto, es evidente que una misma suma de dinero puede ser considerada por una persona pobre como importante y capaz de proporcionarle satisfacciones estimables, y en cambio, una persona de buena posición económica le concedería poco aprecio, y necesitaría, para procurarse satisfacciones de la misma intensidad, una cantidad mucho mayor.

Por otra parte, se afirma (37) que la doctrina de la satisfacción compensatoria se basa en un equívoco, porque si bien es cierto que la atribución de una suma de dinero o su empleo o inversión proporcionan una alegría a la generalidad de los hombres (o por lo menos al hombre medio), no es exacto, en cambio, que esa alegría o satisfacción pueda ponerse directamente en relación con un sufrimiento

(35) Entre otros: GIORGI, *Obbligazioni*, 1892, t. V, págs. 357-358; DE RUGIERO, *Instituciones*, Madrid 1931, t. II, pág. 66; ROVELLI, "Risarcibilità dei danni non patrimoniali", *R. D. Privatto*, 1933-II, págs. 274-276; SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, págs. 300-301; RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire*, 1952, t. II, pág. 357; MAZEAUD-TUNC, *Traité de la resp. civ.*, t. I, pág. 390; SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 93; GÁSPERI (DE), *Obligaciones*, t. II, pág. 517. También las Sentencias del T. S. de 12 de abril de 1928 y 7 de febrero de 1962 asignan a la indemnización el papel de compensación pecuniaria del daño moral.

(36) LARENZ, *Derecho de obligaciones*, Madrid 1959, t. II, pág. 640; RAVAZZONI, *Riparazione del d. non patrimoniale*, 1962, pág. 152.

(37) BARASSI, *Obbligazioni*, 1948, t. II, pág. 541; RAVAZZONI, op. cit., pág. 153.

padecido anteriormente, diciendo que dicha satisfacción anula y hace desaparecer a éste. La sensación agradable se coloca en un plano distinto al sufrimiento, y sería contrario a la lógica y al sentimiento decir que el dinero es apto para procurar placeres capaces de cancelar y neutralizar el dolor.

En cuanto a esta objeción, ciertamente el dinero no puede borrar y hacer desaparecer los sufrimientos; pero, con todo, es una satisfacción que se concede a la víctima y que, en cierto modo, la compensa de sus sufrimientos, pues, como indica De Ruggiero (38), si el dinero no es una entidad comparable con el dolor, es el denominador común, no sólo de los valores, sino de las utilidades todas, y el medio por el cual, en defecto de otros, se repara una ofensa, por lo cual funciona como medio compensatorio, aunque en ocasiones sea inadecuado e imperfecto.

Finalmente, se asigna a la reparación pecuniaria del daño moral la función de pena privada (39), es decir, una sanción cuya finalidad, más bien que reparar o resarcir el daño, es imponer a su autor un castigo; es un mal que se inflige al que ha causado un daño; pero que no lo repara ni elimina. Además, la pena privada se diferencia de la reparación compensatoria o satisfactoria en su finalidad, pues mientras la pena se dirige a causar un mal al culpable, la reparación toma en consideración al lesionado, a la víctima; trata de aliviarlo del mal sufrido y paliar en lo posible sus consecuencias y repercusiones.

De ello se deriva que en la reparación la cuantía de la suma de dinero que el causante del daño ha de entregar se determina atendiendo a la mayor o menor importancia de ese daño, y, en cambio, en el caso de la pena se tiene en cuenta la gravedad de la culpa y la importancia de la falta cometida; cuanto más grave sea la falta cometida, más elevada será la cuantía de la pena.

Algunos autores (40) atenúan la distinción entre la pena privada y la satisfacción compensatoria, y si bien consideran que la reparación del daño moral constituye una pena, le asignan al mismo tiempo funciones de satisfacción y compensación del daño causado. La reparación es una pena impuesta en beneficio y a favor del sujeto damnificado; con ella, la víctima resulta compensada en cierto modo, y al mismo tiempo es castigado el causante del daño (41). Pero el que la reparación del daño moral, considerada desde el punto de vista de la persona obligada a efectuarla, tenga un aspecto de reacción desfa-

(38) *Instituciones*, t. II, Madrid 1931, págs. 65-66.

(39) RIPERT, *La regle morale dans les obligations civiles*, 1935, pág. 369; RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire*, 1952, t. II, pág. 356; SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 94; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, 1906, t. II, pág. 329; ROCES, *Acotaciones a Fischer*, pág. 298.

(40) CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, 1906, t. II, pág. 329; BARASSI, *Obbligazioni*, 1948, t. II, pág. 541.

(41) La S. del T. S. de 28 de enero de 1957 afirma en el considerando cuarto que la condena en dinero como reparación de los daños morales tiene tanto de punitiva como de compensatoria.

vorable para ella, no implica que necesariamente haya que atribuir en esta hipótesis a la condena pecuniaria la naturaleza de pena privada, cuyo resultado sea puesto en provecho del perjudicado, pues la pena se caracteriza por la finalidad principal o exclusiva de castigar con un mal al que realizó el daño, y, en cambio, aquí nada se opone a que se asigne a la reparación pecuniaria únicamente la función de conceder una compensación o satisfacción a la persona lesionada (42).

Por otra parte, desde el punto de vista del Derecho positivo, se opone a que la reparación del daño moral se considere pena privada la regulación legal de la reparación. El art. 104 del Código Penal habla de indemnización de los perjuicios morales, con lo cual aparece claramente que su finalidad es conceder una satisfacción al perjudicado y se establece en su beneficio (43). Sin embargo, Ripert y Savatier (44) aducen en favor de que la reparación del daño moral sea una pena privada el que con esta idea se explican algunas características y rasgos que en la práctica ofrece dicha reparación, y que, de no considerarlas aplicaciones de la idea de pena, quedarían por completo injustificadas. Tal es el caso de la influencia que tiene en la práctica de los tribunales el grado de culpabilidad del agente en relación con la determinación de la cuantía de la indemnización (45); igualmente, si la víctima de un accidente mortal deja muchos parientes próximos, éstos no serán indemnizados en proporción a su número, porque entonces la indemnización sobrepasaría la sanción que equitativamente merecería el responsable; también cuando se trata de un daño moral colectivo (es decir, cuando un acto dañoso lesiona de modo semejante los sentimientos idénticos de un grupo de personas, por ejemplo, los que ejercen una determinada profesión o pertenecen a una comunidad o asociación), es imposible decir que las indemnizaciones

(42) SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, pág. 301. La S. del T. S. de 7 de febrero de 1962 parece asignar a la reparación pecuniaria del daño moral la función de satisfacción compensatoria por el perjuicio causado: "En los tiempos modernos se ha aceptado de modo definitivo el principio de la reparación del perjuicio moral, pues, aunque los derechos de la personalidad no se acomoden a una estimación pecuniaria, por lo que el dinero no puede cumplir aquí su función de equivalencia, como en la reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto "pretium doloris", pudiendo, gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del perjuicio moral".

(43) RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, Milán 1962, pág. 156. También en contra de que la reparación sea una pena: PACCHIONI, "Risarcimento dei danni morali", *R. D. Commerciale*, 1911-II, pág. 242; GÓMEZ ORBANEJA, "La acción civil del delito", *R. D. Privado*, 1949, pág. 201.

(44) RIPERT, *La regle morale* 1935, núms. 182-183; SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 94.

(45) La S. del T. S. de 7 de noviembre de 1919 afirma, en su Considerando cuarto, que tratándose de reparaciones morales, su cuantía puede fijarse equitativamente por el tribunal sentenciador, atendiendo a la gravedad del perjuicio sufrido y a la gravedad de la falta.

compensan el perjuicio sufrido, puesto que la persona moral que representa los intereses ofendidos, las adquiere y las guarda sin repartirlas entre los miembros de la asociación; por último, en el supuesto de que la conducta del causante del daño haya producido al mismo tiempo daños patrimoniales y daños morales, los tribunales establecen con menos rigor la reparación del daño moral, considerando que el autor del daño ya ha sido castigado con el resarcimiento del daño patrimonial.

Creemos que no hay inconveniente en conciliar estas dos funciones que se le asignan a la reparación del daño moral, y decir que la función del resarcimiento del daño moral es al mismo tiempo la de una compensación que se concede a la persona damnificada por el perjuicio que se le ha causado, y la de pena privada impuesta al responsable del daño, que al sancionar la conducta dañosa, constituye una forma de protección de los bienes de la persona contra los ataques y lesiones a los mismos.

IV

OBJECIONES Y ARGUMENTOS A FAVOR DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

Ha sido muy discutida la conveniencia y utilidad de la reparación del daño moral, esgrimiéndose numerosos argumentos, tanto a favor como en contra, de que proceda esa reparación.

En primer lugar, se afirma que la reparación del daño moral es incapaz de conseguir el fin que toda reparación persigue. La indemnización se concede para hacer desaparecer el perjuicio borrándolo de modo que el perjudicado se encuentre en la situación en que estaba con anterioridad a la producción del daño; pero las reparaciones pecuniarias no pueden hacer desaparecer el daño moral, porque este daño no es de naturaleza pecuniaria. En la práctica incluso (sobre todo tratándose de daños al honor derivados de injurias o calumnias), a veces, se presentan demandas solicitando la reparación del daño moral, que, por la forma en que están redactadas, expresan el convencimiento de la víctima de que el perjuicio que se le ha causado no puede encontrar reparación con la entrega de una indemnización, pues en ellas se solicita una condena de principio, o se renuncia a la cantidad que se conceda como reparación a favor de una institución benéfica (46).

Como afirman Mazeaud y Tunc (47), este argumento sería decisivo si el fin de la responsabilidad civil fuera verdaderamente el de borrar el perjuicio; pero aun tratándose de perjuicio patrimonial, es imposible hacerlo desaparecer en buen número de casos.

(46) RIPERT, *La regle morale*, 1935, págs. 365-366 (sobre todo, tratándose de daños al honor, derivados de calumnia o injuria).

(47) *Traité de la resp. civ.*, 1957, t. I, pág. 389; también MAZEAUD, *Lecciones de D. C.*, Buenos Aires 1960, t. II-2, pág. 419.

De todos modos, se advierte que la objeción va dirigida contra la reparación pecuniaria del daño moral; pero, en cambio, no se opone a que tenga lugar la reparación en forma específica, la cual es admitida por los autores contrarios a la reparación pecuniaria (48). Así ocurre con los cuidados necesarios para devolver la salud a la víctima de un accidente; con las intervenciones de cirugía estética para restaurar el buen aspecto del que ha sido desfigurado (49), o con la publicación en los periódicos de la sentencia que condena al promotor de una difamación, o también publicando la retractación de éste (50). Igualmente se puede ordenar que se retire de la circulación la publicación injuriosa. En ocasiones, los tribunales añaden a la condena pecuniaria una enérgica censura en los considerandos de la sentencia de la conducta culpable causante del daño, la cual actúa como sanción moral impuesta al que lo produjo (51). Es evidente que en la mayor parte de las hipótesis estas reparaciones específicas se traducirán en una suma de dinero que tendrá que abonar el que causó el daño (los gastos de médico, medicinas y clínica, o bien los gastos de la publicación de la sentencia o de la retractación en los periódicos); pero esto no quiere decir que se conviertan en una indemnización pecuniaria, sino que constituyen una simple variante de la reparación natural o específica (52).

Sin embargo, las reparaciones en forma específica no son suficientes para reparar plenamente el daño moral, pues son muy abundantes las ocasiones en que no es posible proceder a la reparación en forma específica, y aun cuando pueda efectuarse, a veces sus resultados son bastante dudosos, siendo imposible la reparación propiamente dicha; por ejemplo, la publicación en la prensa de la sentencia que condena al que levantó una calumnia o de la retractación de éste, difícilmente borrarán los efectos de la misma, pues la duda sobre si sería verdad subsistirá en muchas personas (53). Por este motivo, la cuestión de la necesidad de reparar en dinero el daño moral queda en pie, sin que la haga desaparecer la admisión por parte de todos los autores de la procedencia de la reparación en forma específica.

Además de que la reparación pecuniaria del daño moral es incapaz de hacer desaparecer este perjuicio, se afirma que, igualmente, no es eficaz para compensarlo, pues no hay equivalencia entre el dolor

(48) RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire*, 1952, t. II, pág. 356; BARASSI, *Obbligazioni*, 1948, t. II, pág. 540.

(49) MAZEAUD-TUNC, *Traité de la resp. civ.*, 1957, t. I, pág. 389.

(50) MAZEAUD-TUNC, loc. cit.; SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 92; RIPERT, *La regle morale*, 1935, pág. 364; FISCHER, *Los daños civiles*, Madrid 1928, pág. 270.

(51) RIPERT, *La regle morale*, pág. 363. En la jurisprudencia del T. S., la S. de 21 de enero de 1957, además de la condena a indemnización pecuniaria, desaprueba y censura con rigor la actuación de una madre que, mediante sugerencias y coacciones, obliga a su hijo a contraer un determinado matrimonio, que después fue declarado nulo por vicios del consentimiento.

(52) FISCHER, *Los daños civiles*, Madrid 1928, pág. 269.

(53) BORRELL, *Responsabilidades derivadas de culpa*, 1942, pág. 171.

físico y moral y el dinero (54). A esto se responde (55) que mientras no se encuentre un equivalente más adecuado, no debe rechazarse la indemnización en metálico, pues si bien no puede restaurar por sí misma el equilibrio perturbado en el bienestar humano, en cambio puede procurar la adquisición de otros bienes que mitiguen el daño.

Insistiendo en que no es posible la compensación pecuniaria del daño moral, se señala que incluso es inconveniente e inmoral hablar de ello (56). Todavía puede admitirse la idea de compensación cuando se trate de sufrimientos físicos, pues cabe pensar que se sufra físicamente por obtener dinero; pero cuando se considera la lesión a los bienes espirituales de la persona y el sufrimiento moral, resulta repugnante hacer un razonamiento semejante. Es inmoral decir que la víctima de esas lesiones se consolará gracias a la indemnización que se le conceda; que con ella un padre olvidará la pena que le produce la muerte de su hijo, o que el que ha sufrido un daño en su honor se consolará de la desconsideración social que la calumnia haya proyectado sobre él. Se trata de bienes de un valor inestimable y su lesión no puede parangonarse a la percepción de una indemnización pecuniaria por elevada que sea.

Sin embargo, se observa (57) que la apreciación de esta cuestión varía según las diversas concepciones que rigen en los distintos tiempos y lugares, perfilándose a lo largo del tiempo una evolución de los conceptos en virtud de la cual, de estar restringido el dinero a una función de equivalencia material, va ampliando el ámbito de sus funciones, sirviendo de equivalente respecto a bienes y servicios intelectuales y espirituales, e incluso haciendo posible, si bien de un modo imperfecto, la sustitución de un bien personal perdido o lesionado. Así ha desaparecido plenamente la repugnancia que existía en el Derecho romano a retribuir pecuniariamente ciertos servicios intelectuales, como los de médicos, abogados, maestros y preceptores, siendo claro que la contraprestación pecuniaria de estos servicios no es un equivalente de los beneficios que reportan esas actividades, puesto que la conservación de la salud, la defensa de la vida o libertad y la educación e instrucción de la persona son bienes tan importantes que no tienen equivalente, y el dinero que se entrega como remuneración de esos servicios no es un equivalente de los beneficios que producen esas actividades y supone simplemente una compensación por la actividad desenvuelta. Del mismo modo, la valoración social se orienta en la actualidad en el sentido de reducir a términos pecuniarios bienes que en otras épocas y ambientes no eran traducibles en dinero (58).

(54) BÖRRELL, op. cit., págs. 159 y 162.

(55) FISCHER, *Los daños civiles*, pág. 228; SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *Nov. Digesto*, t. V, pág. 148.

(56) RIPERT, *La regle morale*, 1935, pág. 368; FISCHER, *Los daños civiles*, Madrid 1928, pág. 225; SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 93.

(57) VENEZIAN, "Danno y risarcimento", *Scritti giuridici*, 1919, pág. 52 (cit. por RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, 1962, pág. 150, n. 17).

(58) SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, pág. 294.

Otra objeción que se opone a la reparación del daño moral es la dificultad de comprobar que se ha producido el daño, siendo así que es requisito de la indemnización de daños y perjuicios que la persona que la solicite pruebe la existencia del daño, pues si todavía es fácil comprobar la existencia de daños al honor, salud, integridad física, etcétera, de la persona, cuando se piensa en la prueba de los sufrimientos y dolores, se comprende que es imposible presentar una prueba terminante de los mismos, y a lo más, podrá establecerse una presunción a favor de su existencia, que en algunos casos será contraria a la realidad (59).

Esta deficiencia en cuanto a la prueba se proyecta en cuanto a la liquidación del daño, que forzosamente tiene que dejarse a la libre apreciación del juez, con lo que un dolor intenso puede obtener una indemnización mínima, y, en cambio, un dolor ligero, una indemnización importante (60). Además, el juez tendrá en cuenta al hacer la liquidación la importancia de la falta cometida, y de este modo se violará el principio de que la indemnización debe ser proporcional a la importancia del daño y no a la importancia de la falta (61).

De esta manera la reparación del daño moral se convierte en una pena, impuesta al que causó el daño; y como los tribunales no tienen libertad para crear arbitrariamente penas, ni para asignar carácter penal a hechos que no tienen naturaleza delictiva según la Ley, resulta que para que puedan concederse estas reparaciones, hará falta que se establezcan expresamente por la Ley (62).

Finalmente, si, como se afirma, todo dolor o sufrimiento causado injustamente da lugar a indemnización, la responsabilidad por daño moral va a ser fuente de multitud de demandas de indemnización arbitrarias y hasta ridículas (63).

A pesar de la fuerza de estos argumentos, la reparación del daño moral se impone, y va abriéndose paso en la jurisprudencia y la legislación de casi todos los países; que, más o menos ampliamente, la admiten (64). Y es que la protección jurídica de la persona exige

(59) CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, 1906, t. II, págs. 321-322; BORRELL, *Responsabilidades derivadas de culpa*, 1942, pág. 160.

(60) CHIRONI, op. cit., pág. 322.

(61) MAZEAUD-TUNC, *Traité*, t. I, 1957, pág. 388.

(62) ROCES, *Acotaciones a Fischer*, pág. 299.

(63) DÍAZ PAIRÓ, *Teoría general de las obligaciones*, 2.^a edic., t. II, pág. 54.

(64) Así, entre otros, en el Derecho francés, en el cual la jurisprudencia ha establecido la reparación del daño moral, basándose en la interpretación amplia de las normas del C. c., que ordenan la indemnización de daños y perjuicios, y lo admite tanto en el campo de la responsabilidad extracontractual como en el de la responsabilidad contractual. También en el Derecho italiano anterior al C. c. de 1942 la jurisprudencia se mostró a favor de la reparación del daño moral, si bien con algunas vacilaciones motivadas por una aguda discusión doctrinal en torno a la procedencia de la misma; posteriormente, el art. 185 del C. p. estableció la reparación pecuniaria del daño moral producido por hechos punibles, y el art. 2.059 del C. c. italiano de 1942 ordena la reparación del daño moral, aunque limitándola a los casos expresamente previstos por la ley, limitación ésta que ha sido criticada por la doctrina (vid. por todos: DE CUPIS, *I diritti della personalità*,

que se establezca la reparación del daño moral, pues la persona no es tutelada por completo si no se reconoce que tiene derecho al resarcimiento del daño moral, independientemente de que se produzca como consecuencia del mismo cualquier daño en el patrimonio económico (65). Sería absurdo, y repugna a las ideas de derecho y justicia, que puedan lesionarse los sentimientos y afectos nobles y elevados de las personas, sin que haya lugar a responsabilidad civil; en tanto que el menor atentado a su patrimonio diera lugar a reparación (66).

No obstante, Pacchioni (67) afirma que este argumento es sólo aparente, pues, cuando el daño moral no venga sancionado por las leyes civiles, lo será por las penales, las cuales, al castigar al que causó el daño, dan una satisfacción al damnificado. Pero no debe olvidarse que la pena del delito se impone en interés general, mientras que la reparación trata de cancelar o atenuar las consecuencias perjudiciales para la víctima y, además, sólo algunas de las conductas que causan daño moral están castigadas por las leyes penales, por lo que, de no admitirse la reparación pecuniaria del daño moral, quedaría éste completamente sin sanción en todos los casos en que se derive de culpa o negligencia no punible.

Desde el punto de vista legislativo, se opone a la reparación del daño moral la falta de preceptos que establezcan y ordenen esa reparación (68). En efecto, se pretende fundamentar la reparación del daño moral en los arts. 1.101 (para el daño moral contractual) y 1.902 del Código Civil (para el daño moral extracontractual), diciendo que al hablar estos preceptos en términos generales y amplios de que quien ha causado un daño está obligado a indemnizarlo, debe entenderse que en la palabra daño están comprendidos tanto el daño patrimonial como el daño moral.

Sin embargo, si se consideran los antecedentes inmediatos de estos preceptos, resulta claramente que al tiempo de su redacción no se planteó el problema de la reparación del daño moral, por lo que tales normas fueron redactadas pensando en el caso más frecuente de que el perjuicio causado sea de orden pecuniario (69). Además, los artículos 1.101 y 1.902 sancionan el abono de los daños en metálico como indemnización, y, en cambio, la entrega de una suma de dinero no

Milán 1959, págs. 50-51). Igualmente, en el Derecho alemán, el § 253 del B. G. B. limita la indemnización del daño moral a los casos expresados por la ley, los cuales se regulan principalmente en el § 847.

(65) BRUGI, "Danno morale", *R. I. Filosofia del D.*, 1921, pág. 288.

(66) VALVERDE, *Tratado*, t. III, 1926, pág. 652, n. 1; DE RUGGIERO, *Instituciones*, Madrid 1931, t. II, pág. 65; MAZEAUD-TUNC, *Traité*, 1957, t. I, pág. 392.

(67) "Risarcimento dei danni morali", *R.D. Commerciale*, 1911-II, pág. 243.

(68) BORRELL, *Responsabilidades derivadas de culpa*, 1942, pág. 161.

(69) Así, García Goyena (*Concordancias, motivos y comentarios*, t. IV, 1852, pág. 235) no alude a la cuestión del daño moral. Lo mismo sucede en los trabajos preparatorios del C. c. francés; vid. MAZEAUD-TUNC, *Traité de la resp. civ.*, t. I, 1957, págs. 383-384.

tiene naturálea de indemnización tratándose de los daños morales (70), por lo que no pueden aplicársele esos preceptos que tratan de la indemnización verdadera o propia.

La impresión de que las normas del Código civil no se prestan a que sobre ellas se fundamente la reparación del daño moral se robustece al considerar la regulación que el art. 44 hace de los efectos del incumplimiento injustificado de los esponsales celebrados en documento público o privado o con publicación de las proclamas, pues se establece que el que se niegue a casarse estará obligado a resarcir los gastos que hubiese hecho la otra parte por razón del matrimonio prometido, lo cual excluye que proceda la indemnización de los daños morales, que es casi seguro que se producirán en esta hipótesis, contrastando así este precepto con la doctrina de reparación del daño moral (71). Este contraste, sin embargo, es sólo aparente, porque el precepto del art. 44 obedece más que a un punto de vista contrario a la reparación del daño moral, a la finalidad de mantener en la medida posible y hasta el último momento la libertad de contraer matrimonio, evitando que la perspectiva de abonar una indemnización, tal vez importante, por los daños morales derivados del incumplimiento de los esponsales, incline a los prometidos a celebrar matrimonio.

En otros artículos aislados del Código se vislumbra una orientación favorable a la reparación del daño moral: El art. 1.968-2.º regula la acción para exigir la responsabilidad civil por calumnia o injuria, señalándole el plazo de prescripción de un año, y aunque esta acción puede ejercitarse para exigir la reparación del daño patrimonial que haya producido la calumnia o injuria, es indudable que el ejercicio de esta acción se encamina principalmente a obtener la reparación del daño moral (72); también el art. 99 condena a la indemnización de daños y perjuicios al que formalice por sí mismo la oposición al matrimonio fundándose en impedimentos falsos, debiéndose comprender en esa amplia obligación de indemnizar los daños, la indemnización de los daños morales, que en este caso, posiblemente sean los más importantes.

Con posterioridad al Código civil, el legislador penal ha tomado posición abiertamente en torno a la procedencia de la reparación del daño moral, admitiéndola expresamente en el art. 104 del Código penal vigente, el cual dice así: "La indemnización de perjuicios materiales y *morales* comprenderá no sólo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado por razón del delito a su familia o a un tercero".

Con arreglo a esta norma, es indudable que procede la indemni-

(70) GAYOSO, "Reparación del llamado daño moral", *R. D. P.*, 1918, página 329.

(71) Vid en este sentido, las observaciones que sobre un precepto análogo del C. c. italiano antiguo hace CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, 1906, t. II, pág. 327.

(72) En contra, GAYOSO, op. cit., págs. 329-330.

zación del daño moral causado por delito, sin necesidad de que a consecuencia del daño moral se hayan producido daños patrimoniales (73). Lo que, en cambio, es discutible es si teniendo en cuenta que el artículo 104 del Código penal admite como indemnizables los daños morales, debe considerarse comprendido el daño moral en las normas del Código civil que establecen, en general, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, o si, al estar situado el art. 104 del Código penal entre las normas que tratan de la responsabilidad civil dimanante de delito, la obligación de resarcir el daño moral ha de limitarse a los daños producidos por el delito, y las normas del Código civil que tratan de la indemnización de los daños deben referirse solamente a la indemnización de los daños patrimoniales (74).

A partir de la importante Sentencia de 6 diciembre 1917, que, basándose en el espíritu tradicional de nuestra legislación favorable a la reparación del daño moral, y reflejado principalmente en las Partidas (75), concedió una considerable indemnización a una joven por las ofensas a su honor producidas por unas noticias falsas publicadas en un periódico, la jurisprudencia del T. S. admite la reparación pecuniaria del daño moral, rectificando así la antigua opinión, sostenida principalmente por la Sentencia de la Sala de lo penal, de 6 diciembre 1882, de que es imposible reparar el daño moral por no ser evaluable en dinero. Entre otros casos, se han concedido indemnizaciones: por ofensas al honor producidas, bien por la publicación en los periódicos de falsas noticias injuriosas (SS. 6 diciembre 1912 y 7 noviembre 1919), o por la publicación de una novela injuriosa (Sentencia 12 marzo 1928), o por el acuerdo injustificado de una corpo-

(73) GÓMEZ ORBANEJA, "La acción civil del delito", *R. D. P.*, 1949, página 200.

(74) Sobre este punto es interesante la polémica que, en torno a una cuestión semejante, se planteó en la doctrina italiana anterior al Código de 1942, en el sentido de si, al admitir el art. 185 del C. p. el resarcimiento de los daños morales, debía entenderse que la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, establecida en general por el art. 1.151 del C. c. de 1885 era aplicable también al daño moral. Maggiore, Pacchioni y Mandrioli sostuvieron que sólo eran resarcibles los daños morales causados por delito; en cambio, Coviello, Calamandrei, Minozzi, De Ruggiero, Consolo y Rovelli afirmaron que en el principio general del art. 1.151 del C. c. estaban comprendidos los daños no patrimoniales.

(75) Repasando los antecedentes de esta Sentencia, se advierte cómo, en contra de lo que opina Pacchioni, la sanción penal no es suficiente para proteger los bienes de la persona contra los ataques de que puedan ser objeto; por tratarse de un delito cometido por medio de la prensa, y siendo diputado el director del periódico, resultaba que para ejercitar la acción penal por injurias hacía falta obtener previamente la autorización de la Cámara, la cual posiblemente la habría denegado por tener mayoría el partido al cual pertenecía el director del periódico. Respecto a la decisiva influencia que en el cambio de orientación de la jurisprudencia sobre reparación del daño moral tuvo el abogado de la parte demandante, D. Juan de La Cierva, puede consultarse el texto de la Sentencia (*Colección R. G. L. J.*, t. 125, págs. 582-606) y principalmente la biografía: *Juan de La Cierva, jurista murciano*, por R. SERRA, págs. 161 y ss., siendo de destacar que fundamentó su demanda especialmente en los textos de nuestro Derecho histórico sobre reparación de las ofensas al honor (*Fuero Viejo*, L. II, t. 1, ley 9; *Fuero Real*, L. IV, t. III, ley 2; *Ley 131 del Estilo*; *Partidas*, P. VII, t. IX).

ración médica de excluir de ella a un determinado profesional (S. 14 diciembre 1917), o por un desahucio por falta de pago obtenido mediante maquinaciones fraudulentas (S. 28 febrero 1959); por atentados al crédito o reputación mercantil causados por competencia ilícita (S. 31 marzo 1930), o por la divulgación de la falsa noticia de que un comerciante había dejado protestar por falta de pago unas letras (Sentencia 25 junio 1945); finalmente, por los daños ocasionados a una mujer con la celebración de un matrimonio que resultó nulo por vicios del consentimiento (S. 21 enero 1957).

En los considerandos de varias de estas sentencias se acude, para justificar la condena a indemnizar, a la circunstancia de que el daño moral lleva consigo generalmente quebrantos patrimoniales; pero esto no supone que la jurisprudencia del T. S. limite la reparación del daño moral a los daños patrimoniales indirectos producidos como consecuencia de aquél, pues hay sentencias que conceden la indemnización a pesar de que los daños patrimoniales alegados sólo son hipotéticos y remotamente probables, y, además, en todas las sentencias la indemnización se concede, no sólo por los daños patrimoniales indirectos, sino, sobre todo, por los mismos daños morales (76). Además, en la reciente sentencia de 7 de febrero de 1962 se mantiene abiertamente la procedencia de la indemnización pecuniaria del daño moral, con independencia de que se hayan producido daños patrimoniales: "La tutela del honor en la vida civil es amplia, debiendo abrazar todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona (honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional, político, etc.) y otorgar al ofendido no sólo el poder accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, si es posible, el acto injurioso, y de hacer suprimir el medio con el que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado, y precisamente porque se trata de la tutela de la integridad moral que es un derecho de la personalidad, la acción civil encuentra buen fundamento, aunque se dirija tan sólo a obtener el reconocimiento de la ilicitud del comportamiento del ofensor, que ha atribuido al actor hechos o actos deshonorosos, con evidente menosprecio de la dignidad y del honor de aquél, quien tiene un verdadero y propio interés jurídico en pedir al Juez la tutela de un derecho de su personalidad, cual es el honor, independientemente de todo daño patrimonial, directo o indirecto" (76 bis).

(76) En este sentido: CASTÁN, *Derecho Civil*, t. I-2, Madrid 1955, pág. 768; PÉREZ Y ALGUER, *Notas a Enneccerus-Lehmann*, t. II-2, págs. 691-692.

(76 bis) Por no haberme sido posible consultar directamente esta sentencia, utilizo el resumen contenido en: BONET RAMÓN, *C. c. comentado*, Madrid 1962, págs. 1501-1503.

V

LÍMITES A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

Para que proceda la reparación del daño moral hace falta la concurrencia de ciertos requisitos que constituyen otras tantas limitaciones a la reparación. En primer lugar, se requiere que no exista un precepto legal del que se deduzca la exclusión de la reparación del daño moral, como, por ejemplo, ocurre con la reparación de los daños causados por el incumplimiento injustificado de los esponsales, respecto a los cuales, según se indicó antes, el art. 44 del Código civil limita la responsabilidad al abono de los gastos que la otra parte hubiere hecho por razón del matrimonio prometido.

Además, el daño moral debe ser producido por un acto ilícito prohibido por la Ley (77), por lo que, si el daño moral se produce en el ejercicio normal de un derecho, no hay lugar a reparación. En este sentido, la S. del T. S. de 13 junio 1950 deniega la reparación de los daños morales causados a una persona por la formación de causa criminal en virtud de querrela por injurias, la cual terminó con la declaración de querrela abandonada por falta de instancia del curso del proceso, haciéndose notar que los daños que con este motivo haya podido sufrir el querrellado no originan responsabilidad civil del querellante, porque la interposición de la querrela respondía al ejercicio normal de la acción penal.

Claro es que el daño moral será indemnizable si ha sido producido con abuso de derecho, y, por eso, en la Sentencia citada se distingue entre el ejercicio normal de la acción penal, que no da lugar a indemnización, y su ejercicio abusivo y malicioso, dirigido a obtener por medios torticeros finalidades reprobadas por el Derecho y la moral, que produce la obligación de reparar los daños causados. Confirma esta doctrina de que es indemnizable el daño moral causado con abuso de derecho la S. del T. S. de 28 febrero 1959, que condenó a un arrendador a reparar los daños causados al honor de su inquilino con el lanzamiento en virtud de desahucio por impago de las rentas, debido a haberlo obtenido mediante maquinaciones fraudulentas.

Por otra parte, en principio es dudoso si hay obligación de reparar los daños morales indirectos (por ejemplo, los sufrimientos padecidos por los familiares próximos de la víctima). Ahora bien: el art. 104 del Código penal dispone que "la indemnización de los perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que hubieren irrogado por razón del delito a su familia o a un tercero", es decir, que tratándose de daños morales causados por delito, son también indemnizables los daños morales mediatos, causados a otras personas distintas de la

agraviada. También en el campo del daño moral contractual debe tenerse en cuenta el art. 1.107, ap. 2.º, del Código civil, según el cual, "en caso de dolo responderá el deudor de todos los (daños) que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación", con lo cual serán también indemnizables los daños morales mediatos. Parece ser que, fuera de estas dos excepciones, los daños morales mediatos no dan lugar a reparación (78).

La necesidad de establecer límites a la reparación del daño moral se manifiesta de forma más acuciante cuando se piensa en el daño moral por lesión a los sentimientos o afectos. La reparación de estos daños morales no puede ser absoluta o general, pues no todo sufrimiento o contrariedad merece que se le conceda indemnización (79), ya que la vida podría quedar paralizada por la infinidad de demandas que cabría formular exigiendo la reparación de dolores y contrariedades insignificantes; y por esto son muchos los sufrimientos que las personas se causan unas a otras y que deben permanecer jurídicamente irrelevantes.

Como límite a los casos en que procede la reparación se exige que el dolor experimentado sea intenso, real y profundo (80), por lo que debe rechazarse la reparación para los casos superficiales, en los que se reclame una exigua indemnización por perjuicios de poca monta (81). No es imprescindible que el daño se produzca por la lesión de un derecho subjetivo del damnificado (82), pues cuando no se trate de la violación directa de un derecho determinado, el dolor moral sólo dará lugar a reparación, si los tribunales la estiman equitativa (83). Scognamiglio (84) restringe todavía más este requisito de que el dolor o sufrimiento haya sido producido por la lesión de un derecho, afirmando que sólo se pueden considerar daños morales aquellos dolores y padecimientos que se producen en dependencia de un daño a la persona, pues, en este caso, los dolores y padecimientos adquieren una intensidad e importancia destacadas, que justifican el que sean reparados.

En la jurisprudencia del T. S., la Sentencia de 11 de marzo de 1899 mantuvo una posición contraria a la reparación del daño causado por lesión a los sentimientos, pues negó que un depositario municipal tuviera derecho a que el Ayuntamiento le indemnizara los disgustos experimentados, así como los gastos de la enfermedad que

(78) Vid., para los daños causados por la muerte de una persona: DE CASTRO, "La indemnización por causa de muerte", *A. D. C.*, 1956, págs. 477-478 y 499.

(79) SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 95.

(80) MAZEAUD-TUNC, *Traité*, t. I, 1957, págs. 407 y 409.

(81) FISCHER, *Los daños civiles*, Madrid 1928, pág. 266.

(82) Rovelli ("Risarcibilità dei danni non patrimoniali", *R. D. Privatto*, 1933-II, pág. 285) y Ravazzoni (*Danno non patrimoniale*, Milán 1962, pág. 214, texto y n. 30) afirman que es necesario, para que proceda la reparación del daño moral, el que se haya causado a consecuencia de la lesión de un derecho subjetivo.

(83) SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 99.

(84) "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, págs. 297-298.

padeció, a consecuencia de la venta de sus bienes en virtud de un expediente de apremio seguido por el Ayuntamiento, y que después fue declarado nulo por el Ministerio de la Gobernación, afirmándose en el Considerando 2.º que “no son indemnizables los disgustos, ni se había justificado que la enfermedad que padeció fuese producida por la venta de sus bienes”. Pero, tal vez, más que un criterio opuesto a que sea indemnizado en particular el daño moral producido por la lesión a los sentimientos, lo que aparece reflejado en esta Sentencia es la orientación de la jurisprudencia anterior al año 1912, en sentido contrario a la reparación del daño moral en general, pues aunque en el Considerando se contraponen los disgustos y el daño causado con la enfermedad, insinuándose que este último sería indemnizable de haberse acreditado que la enfermedad fue consecuencia de la impresión producida por la venta de los bienes, debe tenerse en cuenta que, respecto a la enfermedad, más bien que de daño moral, se trataba de un daño patrimonial indirecto, pues no se pedía la indemnización por los dolores padecidos o por la pérdida de la salud, sino por los gastos de médico y medicinas originados con la enfermedad.

En cuanto a la indemnización del daño por lesión a los afectos, en las sentencias sobre responsabilidad por muerte de las personas no se ha planteado directamente si es o no indemnizable el dolor sufrido por los familiares más próximos de la víctima. Con todo, la Sentencia de 17 de febrero de 1956 declara que “son indemnizables en dinero los daños de carácter moral que experimentan los parientes más allegados de la víctima, lesionados en sus afecciones más íntimas”, aunque vincula esta indemnización a la de los daños patrimoniales causados con la muerte.

VI

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

a) *Legitimación activa.*—Como es lógico, ante todo, está legitimada para exigir la reparación del daño moral la persona que lo ha sufrido, la víctima del daño. La determinación de esta persona no presenta dificultades por lo que se refiere a los daños a la salud e integridad física, honor, etc., pues estará legitimada para pedir la reparación de estos daños la persona que sea titular de esos bienes y derechos lesionados. En cambio, cuando se considera el daño moral por lesión a los sentimientos y afectos, resulta más difícil hacer esa determinación, porque el dolor, dados los vínculos de parentesco, afecto y simpatía que unen a las personas, tiende a extenderse y difundirse en un grupo de personas más o menos amplio, de modo que un mismo hecho dañoso puede causar sufrimiento a un gran número de sujetos.

Aunque el dolor pueda afectar a diversas personas, es evidente que de todas ellas, en principio, sólo debe estar legitimada para exigir

la reparación la persona directamente ofendida titular del derecho lesionado.

No obstante, en la doctrina francesa e italiana se discute si en algunos casos la acción para exigir la reparación del daño puede corresponder a otros sujetos distintos de la persona lesionada. La cuestión se plantea casi exclusivamente con referencia a los daños producidos por la muerte de una persona, y la dificultad mayor que se presenta consiste en determinar qué clase de personas estarán legitimadas para exigir "iure proprio" la reparación, evitando, mediante el establecimiento de un criterio de delimitación, que la acción pueda deducirse por un número exagerado de personas.

Se han propuesto diversos criterios para fijar un límite a la posibilidad de ejercitar la acción de reparación "iure proprio", basados principalmente en la idea de que las personas que exijan la reparación deben estar ligadas a la víctima por vínculos estrechos que estén sancionados jurídicamente. En este sentido se propugna que la acción sólo debe corresponder a aquellos que tuvieran respecto al difunto derecho de alimentos, o a los miembros de su familia, bien entendida en sentido amplio, o bien en sentido reducido a las relaciones entre cónyuges, padres e hijos, adoptante y adoptado (85). A todos estos criterios de delimitación se opone la dificultad de que en ellos se establecen conexiones arbitrarias entre diversas relaciones de tipo familiar y la cuestión de a quién corresponde "iure proprio" exigir la reparación de los daños morales, y, además, no consiguen la finalidad de reducir el número de personas que pueden pedir esa reparación, porque, incluso tratándose de la dirección más restrictiva, que considera legitimados a los miembros de la familia en sentido estricto, cabe que el difunto tuviera numerosos hijos, y cada uno de ellos podría demandar solicitando la reparación.

También se ha discutido si estas personas, unidas por lazos estrechos a la víctima, pueden exigir "iure proprio" la reparación del daño moral que les causa, no la muerte de aquélla, sino otros perjuicios menos importantes, como pueden ser unas lesiones o enfermedad, etc. Sobre este punto la posición en sentido negativo de los autores es unánime por lo que se refiere a las inquietudes producidas por la salud del accidentado cuando las lesiones o enfermedad son susceptibles de curación en un período de tiempo más o menos largo (86). Pero la duda se proyecta sobre aquellos casos más graves en que las lesiones o enfermedades, además de ser importantes, son permanentes (por ejemplo, una parálisis, la pérdida de la razón, etc.), pues en estos supuestos los sufrimientos de los familiares de la víctima pueden ser tan intensos, e incluso mayores, que cuando se trata de la muerte.

(85) ROVELLI, "Risarcimento dei danni non patrimoniali", *R. D. Privatto*, 1936-II, página 239; SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957-I, página 320; RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, Milán 1962, pág. 206.

(86) Por todos, vid. MAZEAUD-TUNC, *Traité*, t. I, 1957, pág. 402.

Esta razón ha llevado a algunos autores (87) a admitir que en estos casos puedan pedir la reparación "iure proprio" los familiares más inmediatos; aunque también se han emitido opiniones en sentido negativo (88), alegando que, al no producirse la muerte de la víctima, los familiares no han experimentado la lesión o destrucción de un derecho subjetivo o relación jurídica de tipo familiar, y, por consiguiente, no les corresponde indemnización alguna, ya que es discutible que los simples dolores o sufrimientos, si no van acompañados de la lesión de un derecho subjetivo, den lugar a reparación; que la víctima directa del daño puede exigir la reparación del mismo, obteniendo la indemnización correspondiente, y si ésta debe considerarse idónea para compensar el dolor de la víctima, indirectamente obtendrá el mismo resultado respecto al sufrimiento de las otras personas; y, finalmente, la persona lesionada puede renunciar a la reparación del daño moral, en cuyo caso, resultaría absurdo que otras personas pudieran exigir la reparación del mismo daño, que a ellas sólo afecta de un modo indirecto.

En el Derecho Civil español no existe un precepto que determine si son indemnizables los daños mediatos o solamente se ha de indemnizar a la víctima directa del daño, por lo que esta cuestión habrá de ser resuelta por los Tribunales, siendo numerosas las Sentencias del Tribunal Supremo sobre responsabilidad por muerte de las personas, que conceden indemnización a los familiares más próximos de la víctima por los daños que a ellos les produjo la muerte de ésta (entre otras, las SS. de 14 diciembre 1894, 20 diciembre 1930 y 17 febrero 1956). Aunque coincidiendo en los demandantes la condición de perjudicados mediatos y la de herederos forzosos de la víctima, pierde efectividad la distinción, e incluso en la S. de 17 febrero 1956 se concede la indemnización a los padres de la víctima como perjudicados mediatos, a pesar de que la habían solicitado en concepto de herederos, para evitar que se vieran privados de la indemnización por no haber presentado en el litigio la declaración de herederos.

En aquellos supuestos en los que, como ocurre con el art. 104 del Código penal, está claramente admitida la reparación de los daños morales mediatos, debe tenerse en cuenta que, como indica De Castro (89), se trata de una serie de daños independientes y distintos de los experimentados por la víctima principal, por lo que habrá que comprobar independientemente la existencia y extensión de cada uno de ellos, es decir, la existencia de un bien moral lesionado, sin que sea suficiente el simple disgusto o la incomodidad, así como la relación causal entre estos daños y la muerte de la víctima. Teniendo distinto origen y extensión el derecho a exigir estas reparaciones, es

(87) MAZEAUD-TUNC, *Traité*, t. I, pág. 410. También LALOU y RODIERE, cit. en RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, 1962, pág. 213 n. 28.

(88) SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, pág. 321; RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, Milán 1962, págs. 213-216.

(89) "La indemnización por causa de muerte", *A. D. C.*, 1956, págs. 478-479.

indudable que cada uno de ellos puede seguir desde que nace distinta suerte, extinguiéndose o modificándose.

Cuestión distinta a la de si los familiares de la víctima pueden pedir "iure proprio" la reparación del daño moral, si bien tiene varios puntos de contacto con ella, es la de la transmisibilidad a los herederos de la persona damnificada del derecho a exigir la reparación del daño moral. Esta cuestión puede plantearse tanto respecto al supuesto general de que la víctima de un daño moral cualquiera fallezca antes de obtener la reparación del mismo, como respecto al caso especial de que el daño producido sea la muerte de la persona, el cual presenta dificultades particulares.

Por lo que se refiere a la transmisibilidad a los herederos del derecho a la reparación del daño moral en general, no existe ningún obstáculo a que se efectúe la transmisión si el perjudicado por el daño había deducido ya en vida la acción para obtener la reparación, pues, en ese caso, sucederían en ella los herederos. Pero cuando el difunto no ejercitó la acción para exigir la reparación del daño, existen algunas razones que se oponen a que se efectúe la transmisión a los herederos del derecho a la reparación, tales como que solamente la víctima puede determinar si el daño que se le ha causado tiene la consistencia suficiente para que sea oportuna la indemnización; además, al soportar ella el daño moral, puede fijar con más probabilidades de acierto la extensión y valor del daño sufrido, mientras la valoración que hagan los herederos será por completo arbitraria, y, finalmente, aunque el tiempo transcurrido sin que la víctima haya exigido la reparación del daño moral, no sea suficiente para la prescripción de la acción, siempre será un indicio considerable de que no consideraba importante el daño que se le había causado, o bien de su voluntad tácita de perdonarlo.

Respondiendo a esta orientación desfavorable a la transmisión a los herederos del derecho a la reparación del daño moral, el § 847 del B. G. B. establece que el derecho a exigir la indemnización de los daños morales no es transmisible, ni pasa a los herederos, a menos que se encuentre reconocido contractualmente, o haya sido deducido en juicio.

No obstante, se afirma a favor de la transmisibilidad del derecho a la reparación de los daños morales (90) que siendo generalmente este derecho de naturaleza patrimonial, puesto que en la mayor parte de las ocasiones se concreta en la condena al pago de una suma de dinero, debe ser transmisible, y si se considera que su función es la de pena privada, no puede admitirse que la pena se extinga por la muerte de la víctima.

En el Derecho positivo español no hay un precepto que establezca expresamente la transmisibilidad del derecho a la reparación del daño

(90) SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. C.*, 1957, págs. 324-325; RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, Milán 1962, págs. 185-186.

moral; pero tratándose de daños morales causados por hechos punibles, puede considerarse aplicable el art. 105, ap. 2.º, del Código penal, el cual dispone que “la acción para repetir la restitución, reparación e indemnización se transmite igualmente a los herederos del perjudicado”, y en los demás supuestos de daño moral, al no existir un precepto que prohíba la transmisión a los herederos del derecho a exigir la reparación, debe serle aplicado el principio general de transmisibilidad “mortis causa” de los derechos de contenido patrimonial.

Cuando el daño no patrimonial consiste precisamente en la muerte de la víctima, además de los argumentos generales en contra de la transmisión a los herederos del derecho a la reparación del daño moral, se presenta la objeción particularmente dirigida a esta hipótesis de que, como el derecho a exigir la reparación se deriva del hecho de la muerte de la víctima, nace cuando ésta ha dejado de ser sujeto de derechos, y, por tanto, no puede adquirir ya ningún derecho, y si no puede adquirirlo, menos podrá transmitirlo por sucesión al heredero (91). Siguiendo esta orientación desfavorable a la transmisión a los herederos de la víctima del derecho a la reparación del daño que se le ha causado con la muerte, la jurisprudencia francesa e italiana niegan a los herederos el derecho a exigir esa reparación, y, en cambio, admiten con bastante amplitud que los familiares puedan demandar “iure proprio” la reparación de los daños no patrimoniales que la muerte de su pariente les haya causado a ellos mismos.

Sin embargo, es indudable que con la muerte se causa a la víctima uno de los perjuicios mayores que podían sobrevenirle, y que consiste en la pérdida de la vida. Además, el argumento que se esgrime en contra de la transmisión a los herederos del derecho a la reparación se basa en un equívoco, como lo prueba el hecho de que los autores contrarios a la transmisibilidad admiten, en cambio, que se efectúe la transmisión del derecho a la transmisión del daño no patrimonial cuando la muerte no se produjo inmediatamente, sino que en principio sólo se causaron lesiones a la integridad física o a la salud, que terminaron ocasionando la muerte del lesionado, siendo así que el carácter instantáneo o no de la muerte es una diferencia accidental que no justifica un diverso régimen jurídico, y de otra parte, en el caso de que la muerte sea inmediata, de no admitir la transmisibilidad a los herederos del derecho a la reparación, sería mucho mejor la situación de la persona responsable que cuando la muerte no fue inmediata, sin que tenga explicación esa diferencia.

La jurisprudencia del T. S. no es unánime respecto a la transmisión a los herederos de la víctima del derecho a la indemnización por la muerte, pues aunque en la mayoría de las sentencias se admite implícitamente la transmisión, las sentencias de 20 diciembre 1930, 8 abril 1936 y 17 febrero 1956 niegan abiertamente que tenga lugar

(91) Entre otros: SCOGNAMIGLIO, op. cit., pág. 322; RAVAZZONI, op. cit., páginas 197 y 200.

la transmisión, basándose en que al producirse la muerte instantáneamente la víctima no llega a ser titular del derecho a ser indemnizada, y, por tanto, no lo transmite a los herederos.

Independientemente de que se admita o no el ejercicio de la acción para exigir la reparación por parte de los herederos, en los casos indicados anteriormente, en los cuales se admite sin duda la reparación del daño mediato, podrán los familiares y los terceros, sean o no herederos, pedir que se les indemnicen los daños que la muerte les produjo a ellos mismos, para lo cual habrán de probar que se han producido esos daños y la relación causal existente entre ellos y la muerte de la víctima.

También se discute si las personas jurídicas están legitimadas para pedir la indemnización de los daños morales que se les causen. Ciertamente que al carecer de un organismo físico, sólo pueden experimentar algunas especies de daño moral, como son las constituidas por las ofensas al honor y la reputación principalmente, descartándose, en cambio, las lesiones a la salud e integridad física, honestidad, sentimientos y afectos, etcétera. La mayor parte de los autores (92) admiten que las personas jurídicas puedan exigir la reparación del daño moral que les hayan producido las ofensas a su honor o reputación; pero no faltan algunas opiniones en sentido contrario (93), basadas en el concepto restringido de los daños morales, como dolores o padecimientos de ánimo, producidos por un hecho ilícito ajeno, del cual deducen que las lesiones al honor o reputación de las personas jurídicas sólo pueden acarrearles consecuencias dañosas de naturaleza patrimonial.

b) *Legitimación pasiva*.—En primer lugar, está obligada a reparar el daño moral la persona que lo ha causado. También están obligadas a repararlo las personas en quienes concurren las circunstancias necesarias para la responsabilidad por hecho ajeno (94), tales como los padres, tutores, dueños o directores de los establecimientos o empresas por los daños morales causados por sus hijos menores, pupilos o dependientes, respectivamente.

La obligación de reparar el daño moral se transmite por muerte de la persona obligada a sus herederos, y si el daño moral ha sido

(92) GÓMEZ ORBANEJA, "La acción civil del delito", *R. D. P.*, 1949, pág. 200; BARASSI, *Obbligazioni*, Milán 1948, t. II, pág. 539; RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, Milán 1962, pág. 271; RIPERT, *La regle morale*, 1935, pág. 377.

(93) SCOGNAMIGLIO, op. cit., págs. 326-327; ROVELLI, "Danni non patrimoniali", *R. D. Privatto*, 1933-II, pág. 287.

(94) En este sentido: SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, pág. 327. En la jurisprudencia del T. S., la Sentencia de 6 de diciembre de 1912 condenó a indemnizar al director de un periódico y subsidiariamente a la empresa propietaria del mismo por la publicación de noticias injuriosas. Y en materia de daños por muerte de personas, las SS. de 17 de diciembre de 1914, 14 de noviembre de 1925, 20 de diciembre de 1930, 17 de febrero de 1956 y 9 de marzo de 1957 condenan a indemnizar a empresas de transportes o a los propietarios de vehículos conducidos por personas asalariadas, los daños ocasionados por accidentes que produjeron la muerte a diversas personas.

producido por un delito o falta, la obligación de repararlo no se extingue con la muerte del reo, sino que se transmite a sus herederos, según dispone el art. 105 del Código penal.

VII

COMPROBACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL DAÑO MORAL

Del mismo modo que ocurre con el daño patrimonial, para que los tribunales puedan condenar a la reparación del daño moral hace falta que el actor demuestre su existencia.

A primera vista, la prueba del daño moral aparece incluso más fácil que la del daño patrimonial, pues mientras que, a veces, es difícil comprobar si un hecho implica para una persona una pérdida pecuniaria, puede ponerse de manifiesto inmediatamente la existencia de un atentado al honor, de unas lesiones, o la muerte de una persona, etcétera. Avanzando más en este sentido, algunos autores (95) estiman que el daño moral es consecuencia necesaria e ineludible de la lesión de determinados derechos subjetivos, y, por tanto, no es necesario demostrar directamente que se ha producido el daño moral, pues esto queda probado implícitamente con sólo comprobar que se ha realizado el hecho lesivo.

Indudablemente, hay algunos daños morales en los que es de sentido común que basta con que tenga lugar la conducta dañosa para que el daño moral se produzca. Tal es el caso del perjuicio sufrido por la víctima de un homicidio con la pérdida de la vida (96), o de las lesiones a la salud e integridad física de la persona; pero los demás daños morales no se producen necesaria e indefectiblemente siempre que se realicen las conductas o hechos capaces de causarlos. Así, unas declaraciones calumniosas pueden no causar ningún perjuicio a la reputación de la persona calumniada, si sólo se comunicaron a un grupo reducido de personas, las cuales, por estar seguras de la falsedad de tales noticias, no les dieron ningún crédito; la muerte de una persona puede, por determinadas circunstancias, no causar dolor o sufrimiento a alguno o algunos de sus parientes más inmediatos.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, en relación con la prueba de estos daños morales sólo se podrá establecer una presunción de la existencia del daño moral, siempre que se realicen los hechos capaces de producirlo. No estando establecida por la Ley esta presunción, se trata de una simple presunción iudicis, es decir, de deducciones sobre

(95) CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, 1906, t. II, pág. 594; ROVELLI, "Riscarcimento dei danni non patrimoniali", *R. D. Privatto*, 1936-II, pág. 235; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milán 1959, pág. 50; BORRELL, *Responsabilidades derivadas de culpa*, Barcelona 1942, pág. 164; BREBBIA, *El daño moral*, Buenos Aires, s. f., pág. 95.

(96) DE CASTRO "La indemnización por causa de muerte", *A. D. C.*, 1956, pág. 476.

La existencia del daño basadas en las reglas de la experiencia; y como establece el art. 1.253 del Código civil, para que sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Estas presunciones quedarán destruidas totalmente siempre que en el caso concreto concurren circunstancias particulares contrarias al establecimiento de las mismas; y así, por ejemplo, tratándose de la muerte de uno de los cónyuges, la proximidad del parentesco no podrá servir para presumir la existencia de dolores y sufrimientos en el otro cónyuge, si estaban separados judicialmente o habían pedido la separación, e incluso si vivían separados de hecho, o, como se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 junio 1957, la muerte en accidente de una hija no permite inferir que le haya causado a su padre un daño moral, si éste tenía desatendidos los deberes para con la hija inherentes a la patria potestad.

La jurisprudencia del T. S. sigue en líneas generales la doctrina que acaba de exponerse sobre la prueba de la existencia del daño moral. La necesidad de que quede demostrada la existencia del daño moral para que pueda exigirse su reparación ha sido puesta de manifiesto de modo terminante por la Sentencia de 13 noviembre 1916, la cual afirma en el Considerando 1.º, refiriéndose al daño moral, que "las responsabilidades derivadas de obligaciones dimanantes de causa punible, culpa o negligencia, requieren para ser exigibles en la vida civil no solamente la ejecución del acto que constituya el delito, integre la culpa o demuestre la imprudencia cometida, sino, además, que *se justifique o surja la certeza* de que por consecuencia de aquellos actos ha sobrevenido daño o perjuicio a la persona ofendida o a un tercero".

En estas palabras se exponen claramente las dos situaciones que pueden presentarse en relación con la prueba del daño moral: en unos casos puede ocurrir que baste con que se ejecute la acción punible o constitutiva de culpa para que surja la certeza de que se ha producido el daño moral, en cuyo caso no habrá que probar la existencia de éste, sino solamente que se han realizado las conductas que lo causan; en otras ocasiones se presenta una incertidumbre en torno a si la conducta punible o constitutiva de culpa habrá originado el daño moral, y entonces no basta con probar que ha tenido lugar aquella conducta, sino que, además, hay que justificar que a consecuencia de ella se ha producido un daño moral.

La certeza que puede surgir de la naturaleza de los propios actos punibles o constitutivos de culpa de que han originado daños morales puede ser más o menos firme y absoluta. Así, como se observa en el Considerando 2.º de la Sentencia de 6 diciembre 1912, es indudable que causa daño moral la publicación en periódicos de gran circulación de noticias falsas que atacan al honor de una joven, ya que la rectificación es imposible, por la impresión imborrable que esas noti-

cias causan en el ánimo de los lectores, y, además, la posibilidad de que muchos de los que tuvieron conocimiento de aquéllas no lean la rectificación. Otras veces sólo cabe establecer una presunción basada en las reglas de la experiencia de que se han producido daños morales; y en este sentido, la Sentencia de 21 enero 1957 afirma, en su Considerando 4.º, que la anulación del matrimonio después de algún tiempo de vida común se produce “en sazón y circunstancias que *normalmente* no permiten a la mujer rehacer su vida”, sin que esto pueda desvirtuarse por la mera negación del recurrente no basada en razones derechas.

Respecto a la prueba de los daños patrimoniales indirectos, derivados de la producción del daño moral, en la Sentencia de 6 diciembre 1912 se mantuvo un criterio bastante amplio, considerando indemnizables daños que, además de ser futuros, su realización era solamente probable, como es la dificultad que, a consecuencia de la publicación en los periódicos de noticias difamatorias, podría encontrar la joven difamada para celebrar más adelante un matrimonio ventajoso, pues si bien era posible que se produjera este daño, también cabía que se realizaran determinadas circunstancias por las cuales no llegara a producirse, tales como que la joven difamada, cuya edad era la de quince años, falleciese antes de la época en que normalmente habría de contraer matrimonio, o bien tomara la decisión de profesar en una orden religiosa o de permanecer soltera. En todo caso podría verse como fundamento de la condena a indemnizar este daño la existencia de una presunción en el sentido de que se producirá, ya que lo normal es que la difamación de una mujer le cree dificultades a la hora de contraer matrimonio, y cabe señalar cómo de un modo análogo el art. 444-1.º del Código penal condena a los reos de violación, estupro o rapto a dotar a la ofendida si fuere soltera o viuda, siendo así que la dificultad para contraer matrimonio es también aquí un daño futuro y solamente probable.

La estimación de la existencia o inexistencia del daño moral es competencia del Tribunal de instancia, según se afirma en las Sentencias de 13 de noviembre 1916 (Considerando 2.º) y 7 noviembre 1919 (Considerando 2.º).

Finalmente, no debe confundirse la prueba de la existencia del daño moral con la prueba de su cuantía y alcance, pues ambas se rigen por principios distintos, siendo la diferencia más destacada que, como se indica en las Sentencias de 10 julio 1928 (Considerando 4.º) y de 24 mayo 1947 (Considerando 3.º), para que proceda la condena a indemnizar basta que se deduzca de la prueba practicada la realidad de los daños, sin que se requiera que, además, se demuestre su cuantía exacta y precisa.

Liquidación del daño moral.—No siendo posible expresar en dinero exactamente la cuantía e intensidad del daño moral, resulta que su evaluación no puede descansar en los resultados de una prueba objetiva, y toda evaluación que de él se haga habrá de ser en cierto modo

arbitraria y solamente aproximada. Por eso, la valoración del daño moral y la fijación de la cuantía de la indemnización deberá hacerse por el Juez con arreglo a la equidad (97).

En cuanto a los elementos de juicio de que deberá valerse el Juez para efectuar la liquidación, se han propuesto varios criterios para la evaluación del daño moral, siendo algunos de ellos simples aplicaciones o consecuencias de las dos teorías que tratan de explicar la naturaleza de la reparación del daño moral, es decir, la que considera a la reparación como una compensación o satisfacción que se concede a la persona ofendida por el daño sufrido, y la que asigna a la reparación la naturaleza de pena privada.

Según la doctrina de la satisfacción compensatoria, la evaluación del daño moral debe basarse en la idea de que la indemnización que se conceda proporcione al ofendido las satisfacciones y bienes idóneos para compensar el dolor sufrido, por ejemplo, al fijar la indemnización por unas lesiones, deberá tenerse en cuenta la recompensa que habría podido hacer aceptar a la víctima sus sufrimientos físicos (98); pero, aparte de las objeciones contra la teoría de la satisfacción compensatoria, expuestas al examinar la naturaleza de la reparación, se hace notar (99) que es imposible determinar en forma cuantitativa las satisfacciones que podrían compensar suficientemente el dolor.

Otro elemento de valoración, que también es consecuencia de la consideración de la reparación del daño moral como una satisfacción compensatoria, es que se tenga en cuenta la condición económica de las partes (100), especialmente de la persona ofendida, en cuanto que su posición social y económica puede hacer en determinados tipos de daño moral que el perjuicio sea mayor, y también sirve para medir la satisfacción que le proporcionará la indemnización.

De la consideración de la reparación del daño moral como pena privada se deduce que la indemnización deberá fijarse atendiendo a la mayor o menor gravedad de la culpa (101).

Finalmente, debe tenerse en cuenta para la valoración del daño moral la gravedad del daño causado (102), es decir, la intensidad e importancia de los dolores padecidos, la deformidad producida, la

(97) Entre otros: SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, página 331, y *Nov. Digesto*, t. V, pág. 149; RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, 1962, págs. 196 y ss.; FISCHER, *Los daños civiles*, Madrid 1928, pág. 265.

(98) SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, págs. 93-94.

(99) SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, pág. 330.

(100) La consideración de la condición de las partes se encuentra propugnada ya por Santo Tomás, S. th., 2-2, q. 62, art. 2, ad. 1, quien respondiendo a la dificultad de que, tratándose de determinados bienes como la pérdida de un miembro o de la vida, es imposible la restitución, afirma: "in quibus non potest recompensari aequalens, debet fieri recompensatio qualis possibilis est... vel in pecunia, vel in aliquo honore, *considerata conditione utriusque personae*, secundum arbitrium probi viri". En la doctrina moderna, puede consultarse: SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 94; FISCHER, *Los daños civiles*, Madrid 1928, pág. 206.

(101) FISCHER, op. cit., pág. 266; RAVAZZONI, op. cit., pág. 177.

(102) SCOGNAMIGLIO, op. cit., pág. 331; RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*,

merma en la reputación, etc., así como el sufrimiento moral experimentado como consecuencia de aquellos daños. En rigor, éste debía ser el único criterio de valoración; pero siendo difícil apreciar la intensidad exacta del daño moral, y más aún suministrar una prueba segura de la misma, puede combinarse con los otros elementos para sustentar el juicio de valoración equitativa del Juez.

Cuando del mismo hecho dañoso que ha producido el daño moral se deriven al mismo tiempo ventajas y beneficios de orden patrimonial o moral, puede tener aplicación, al efectuar la liquidación del daño, la "compenſatio lucri cum damno" (103). Aunque no será frecuente, en algunos casos puede tener lugar esta compensación; por ejemplo, si a consecuencia de la impresión psicológica intensa producida por el daño moral, la víctima recobra el habla o el movimiento que había perdido; y en la responsabilidad por la muerte de una persona, si se demanda con la doble condición de perjudicado individual y de heredero, habrá que fijar el perjuicio individual teniendo en cuenta las ventajas materiales y morales obtenidas por el hecho de ser heredero (104).

Finalmente, cabe considerar si puede llegarse a una valoración objetiva y uniforme del daño moral, de manera que pueda precisarse de antemano la cuantía de la indemnización correspondiente a las distintas clases de daño moral, prescindiendo de las circunstancias particulares que puedan concurrir en el caso concreto. Efectivamente, la aplicación de esta idea a cierto tipo de daños, como la muerte y las lesiones a la salud e integridad física de la persona, se manifiesta en algunas disposiciones especiales, tales como las de seguro obligatorio de viajeros, accidentes de trabajo, Ley de Navegación Aérea (105), etcétera, en las cuales se asignan cantidades fijas como indemnización para cada uno de esos daños.

Si bien estas normas aisladas pueden estar justificadas por razones particulares, tales como la protección de las empresas, evitando que pudieran quedar arruinadas por la responsabilidad por los daños producidos en accidentes, hacer posible el seguro, evitar litigios, etc., como regla general, no debe señalarse legislativamente la cuantía fija de la indemnización de los daños morales, debiendo dejarse que sean evaluados en cada caso por el Juez con arreglo a equidad, a no ser que las cantidades señaladas en la Ley tengan el carácter de mínimas,

1962, pág. 178; ENNECERUS-LEHMANN, *Tratado*, Barcelona 1935, t. II-2, pág. 691.

(103) FISCHER *Los daños civiles*, pág. 265; SCOGNAMIGLIO, *R. D. Civile*, 1957, págs. 333-334.

(104) DE CASTRO, "La indemnización por causa de muerte", *A. D. C.*, 1956, págs. 333-334.

(105) El art. 117 de la ley de navegación aérea establece que en caso de muerte o incapacidad permanente del viajero, la indemnización será de 200.000 pesetas, y que tratándose de incapacidad parcial permanente o de incapacidad parcial temporal, la indemnización no podrá ser superior a 100.000 y 50.000 pesetas, respectivamente. Debe tenerse en cuenta que, a tenor del art. 121, estas limitaciones de responsabilidad no rigen en caso de dolo o culpa grave.

pudiendo ser aumentadas por los Tribunales, si así lo aconsejan las circunstancias de cada caso.

La jurisprudencia del T. S. tiene establecido en materia de liquidación del daño moral que: "su valoración no puede descansar en el resultado de una prueba objetiva" (S. de 19 mayo 1934), por lo que "corresponde hacerla al juzgador conforme a las exigencias de la equidad" (SS. de 7 noviembre 1919 y 24 mayo 1947), "debiendo tener en cuenta las circunstancias de la persona ofendida, su edad y posición social" (SS. de 6 diciembre 1912, 10 julio 1928 y 19 mayo 1934) y "la gravedad del perjuicio sufrido y de la falta" (S. 7 noviembre 1919).

Las ventas a plazos de bienes muebles

(Ley de 17 de julio de 1965)

RODRIGO BERCOVITZ

SUMARIO: I. *Introducción*. 1. Importancia económico-social de la compraventa a plazos. 2. Problemas jurídicos que plantea la compraventa a plazos. 3. Legislación extranjera sobre la compraventa a plazos. 4. Referencia especial a las leyes alemana, belga y suiza sobre compraventa a plazos. 5. Jurisprudencia y Doctrina españolas anteriores a la Ley de Compraventa a plazos. 6. Movimiento legislativo en el que se encuentra situada la Ley de 17 de julio de 1965.—II. *Ámbito de aplicación de la Ley*. A) 1. Concepto de la compraventa a plazos a efectos de la Ley. 2. Actos y contratos asimilados a la compraventa a plazos. 3. Bienes a cuya venta puede aplicarse la Ley. 4. Compraventas excluidas específicamente del ámbito de la Ley. 5. Eficacia de la Ley. B) 1. Concepto de los préstamos de financiación a efectos de la Ley. 2. Préstamos de financiación a vendedor. 3. Préstamos de financiación a comprador. 4. Préstamos excluidos específicamente del ámbito de la Ley. C) 1. Garantías reguladas por la Ley.—III. *Requisitos de los contratos*. 1. Forma de los contratos. 2. Cláusulas obligatorias de los contratos. 3. Sanción por el incumplimiento de las cláusulas obligatorias. 4. Cláusulas nulas. 5. Inscripción en el Registro.—IV. *Derechos y obligaciones del comprador*. A) Derechos. 1. Derecho a recibir la cosa. 2. Derecho al saneamiento. 3. Derecho a desistir del contrato. 4. Derecho a anticipar el pago del precio. 5. Derecho a la alteración de los plazos en circunstancias excepcionales. B) Obligaciones. 1. Obligación de pagar el precio o devolver el préstamo. 2. Obligación de abonar los gastos originados por letras de cambio o documentos a la orden en el caso de que se anticipe el pago. 3. Obligación de conservar la cosa.—V. *Derechos y obligaciones del vendedor y del financiador*. A) Derechos. 1. Derecho al pago del precio o del préstamo. 2. Derecho a acelerar el cumplimiento del contrato o a solicitar su resolución. 3. El financiador y el derecho a acelerar el cumplimiento del contrato o a solicitar su resolución. 4. Derecho a denunciar delitos dolosos del comprador. B) *Obligaciones*. 1. Obligación de entregar la cosa. 2. Obligación de reducir los recargos cuando el comprador anticipe el pago. 3. Obligación de someterse a las condiciones que fije el Gobierno. 4. Requisitos de la publicidad.—VI. *Las garantías en favor de vendedores y financiadores*. 1. Las cláusulas de garantía. 2. Preferencia y prelación de créditos. 3. Procedimiento especial.—VII. *Competencia judicial*.—VIII. *Aspecto tributario de la Ley*.—IX. *Desarrollo de la Ley*.—X. *Ámbito temporal*.—XI. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Importancia económico-social de la compraventa a plazos.*

La compraventa a plazos constituye actualmente una pieza importante en el desarrollo económico. Se trata de un recurso económico que viene a incrementar el factor demanda dentro de la economía de mercado. Una condición esencial del desarrollo económico es la existencia de una demanda ascendente capaz de absorber una producción también ascendente. La preocupación que dicho requisito provoca en las economías desarrolladas se plasma normalmente en la búsqueda de nuevos mercados para volcar en ellos los productos.

Así, durante el desarrollo económico-industrial del siglo XIX, una vez saturados los mercados nacionales, las grandes potencias exportaron sus producciones a las zonas coloniales y países menos desarrollados. Inglaterra constituye el ejemplo más claro, por haber sido el primer país que inició el camino del desarrollo industrial. Pero la proliferación de potencias económicas competidoras (la competencia internacional), así como el propio desarrollo económico de las zonas subdesarrolladas han ido limitando la posibilidad de utilizar estos mercados extranjeros como salida de los excedentes de producción.

Las economías de mercado han tenido que subsanar esta carencia de nuevos mercados con la introducción de reformas en los mercados internos tradicionales. En este sentido, se produce un abaratamiento de los artículos de consumo (facilitado por la concentración industrial y la producción en masa) y un alza paulatina de los salarios. Todo esto supone un aumento de la capacidad de consumo de la gente, es decir, un aumento de la demanda.

Pero el descenso de los precios y el aumento de los salarios tiene sus propios límites, marcados por la necesidad de unas ganancias empresariales y de una acumulación de capital (base también de todo desarrollo económico). Hay que encontrar nuevos métodos que permitan un aumento de la demanda frente a la oferta creciente. Aquí es donde aparece la figura de la compraventa a plazos, mediante la que grandes grupos sociales pueden adquirir artículos que, de lo contrario, excederían de sus posibilidades económicas. Con ello aumenta el número de consumidores y, consecuentemente, aumenta también la demanda.

Pero la función económica de la compraventa a plazos no se limita a facilitar la salida de los bienes de consumo, sino que afecta también a los bienes de producción. En efecto, la primera fase del desarrollo económico de un país se encuentra marcada por la escasez de capital. Las empresas no cuentan con medios propios suficientes para financiar

(1) Este trabajo es fruto de una ponencia llevada a cabo en el Seminario que todos los miércoles se reúne en el Instituto de Estudios Jurídicos, bajo la dirección de don Federico de Castro y Bravo. En él aparecen recogidas ideas sugeridas por los componentes de dicho Seminario a lo largo de las diversas sesiones que duró la ponencia.

sus equipos de producción. Tienen que acudir al crédito para instalar bienes de equipo adecuados al desarrollo industrial. De nuevo, aparece aquí la figura de la compraventa a plazos como una de las vías por las que se puede canalizar ese crédito.

La importancia económica-social de la compraventa a plazos se revela, pues, con estas indicaciones previas, que permiten considerarla como una doble condición del desarrollo económico capitalista, que afecta a la producción y al consumo. Las palabras de Edwin Seligman, profesor de la Universidad de Columbia, refrendan esta afirmación: "Después de un año de investigación intensa y de reflexión, tenemos el convencimiento de que con la venta a plazos se abre un nuevo capítulo en la teoría y en la vida económica. Más de una centuria ha sido consagrada a la elaboración de los principios de la técnica bancaria y del crédito comercial, capaces de poner en marcha la revolución industrial, y hoy nos encontramos en el umbral de otra revolución en la ciencia y en la vida económica que no va en zaga a la anterior". (2).

2. Problemas jurídicos que plantea la compraventa a plazos.

La compraventa a plazos es, según hemos visto, una solución económica a problemas económicos; pero, a su vez, es fuente de problemas jurídicos. En efecto, el campo de la economía está dominado por el choque de intereses, y de esta característica general no se salva la compraventa a plazos. Carnelutti dice que "el fin del Derecho consiste en reducir la economía a la ética" (3). El ordenamiento jurídico tiene que armonizar esos intereses económicos en todos y cada uno de los casos en que aparezcan contrapuestos. Por eso, la aparición de nuevas operaciones y situaciones económicas plantea al Derecho la necesidad de regular los nuevos intereses en juego de acuerdo con los criterios de la Justicia. Esto es lo que ocurre con la compraventa a plazos, en la que hay que compaginar los intereses del vendedor, comprador, financiador y terceros, junto con el interés de la comunidad, en las siguientes cuestiones:

- 1.º Medios jurídicos adecuados para impulsar las compraventas a plazos.—¿Será precisa una regulación especial?
- 2.º Financiación de las compraventas a plazos.—¿Qué instituciones podrán adelantar las cantidades necesarias al vendedor o al comprador? ¿En qué medida y condiciones podrá realizarse esa financiación? ¿Qué relación jurídica mediará entre los financiadores y las partes del contrato de compraventa a plazos?
- 3.º Garantías del vendedor y del financiador.—¿Qué garantías son

(2) "Etude économique de la vente à tempérament", 1920, vid. Prefacio.

(3) "Teoría General del Derecho", Rev. Der. Priv., 1955, vid. pág. 37.

oportunas para que éstos no resulten defraudados? ¿Son válidas las cláusulas de reserva de dominio y de prohibición de disponer? ¿Podrá subrogarse el financiador en el puesto del vendedor?

- 4.º) Situación jurídica del comprador.—Hemos visto que la compraventa a plazos atiende a subsanar la poca capacidad económica de productores y consumidores. Sin embargo, en muchas ocasiones los resultados a que se llega no son éstos. Las fluctuaciones económicas, la misma imprudencia del comprador, junto con las exigencias desmesuradas de garantía por parte del vendedor o del financiador, conducen a situaciones de insolvencia. Las consecuencias son precisamente opuestas al fin de la compraventa a plazos, ya que el comprador no logra la adquisición del bien deseado y, además, sufre un quebranto económico. El ordenamiento jurídico debe establecer una regulación que disminuya tales situaciones.
- 5.º) Protección de terceros.—¿Qué efectos tendrán frente a terceros las cláusulas de reserva de dominio y de prohibición de disponer?

3. *Legislación extranjera sobre la compraventa a plazos.*

Los problemas mencionados surgen todos después del movimiento codificador del siglo XIX. En efecto, hemos explicado la compraventa a plazos como un fruto del desarrollo económico que se produce en una etapa ya avanzada del mismo (finales del siglo XIX). Por eso, dichos problemas no aparecen generalmente regulados en los códigos civiles de los países occidentales, ya que no existían o carecían de suficiente relevancia al tiempo de su redacción. Más tarde, cuando resulta preciso regular jurídicamente estas operaciones, se acude a una legislación especial. Constituye excepción el Código Civil y de las Obligaciones suizo (arts. 226 a 228), precisamente por ser de fecha tardía (10-XII-1907), cuando en otros países habían aparecido ya leyes especiales ordenando la nueva figura jurídica: Ley alemana de 16-V-1894 y Ley austríaca de 27-IV-1896. Excepción más reciente, y cuya explicación es evidentemente la misma del Código civil italiano de 1942 (arts. 1.523 a 1.526).

Refiriéndonos concretamente a las leyes especiales sobre la materia, la Ley austríaca de 1896 consta de once artículos, y se caracteriza por la decidida protección a los compradores, que corresponde a una extraordinaria desconfianza frente a los vendedores, reflejada a lo largo del texto legal. Así se desprende de preceptos como los contenidos en el art. 4.º: La rescisión por lesión de más de la mitad compete al comprador, aun cuando hubiese conocido el verdadero valor de la cosa y aun cuando hubiese declarado adquirirla por un precio extraordinario a causa de predilección particular.

Este medio es igualmente aplicable aunque la venta a plazos sea un acto de comercio. Toda renuncia a él está desprovista de efecto. La estipulación de un plazo inferior a tres años para la prescripción es nula.

La demanda de saneamiento por vicios ocultos puede entablarse en un plazo de seis meses y puede ser útilmente interpuesta, lo mismo por vía de acción que de excepción, durante todo el tiempo en que el pago no se haya efectuado íntegramente. Toda renuncia a este último medio está desprovista de efecto.

Es nula la estipulación de un plazo más corto limitando la facultad de exigir el saneamiento al vendedor.

El artículo 8.º, párrafo 1.º, en su afán de protección a los compradores, llega a declarar que en los procesos sobre tales ventas no son obligatorias las reglas legales sobre la prueba; y dice esto para añadir en el párrafo 2.º: especialmente, cuando se ha redactado un escrito, el juez puede tomar en consideración las simples promesas verbales que el vendedor o su agente hayan hecho al comprador, aun cuando estén en contradicción con el contenido de aquél.

Naturalmente, de acuerdo con esta línea de defensa de la parte débil del contrato, la Ley no se aplica a las ventas a plazos que constituyan, en relación con el comprador, un acto de comercio, puesto que en tales casos se piensa, sin duda, que aquél deja de tener una situación de inferioridad frente al vendedor.

En Inglaterra, la Hire-Purchase Act de 1938 atiende fundamentalmente a las locaciones-ventas. El legislador inglés protege también la posición jurídica del comprador-arrendatario. He aquí las principales disposiciones adoptadas con ese fin:

- 1.º) Aunque el vendedor-arrendador conserve la propiedad, desde el momento en que haya recibido un tercio del precio, sólo puede recuperar el objeto mediante una decisión judicial.
- 2.º) El contrato tiene que ser escrito, con cláusulas obligatorias que informen debidamente al comprador-arrendatario sobre sus derechos y obligaciones.
- 3.º) El comprador-arrendatario puede provocar la extinción del contrato mediante el pago de la mitad del importe debido.

En los Estados Unidos, la regulación de las compraventas a plazos varía según los estados. Sin embargo, la Regulation W. de 1-IX-1941 tiene carácter federal y ha sido utilizada para controlar los períodos de inflación en varias ocasiones (de 1941 al 1-XI-1947; del 20-IX-1948 al 30-VI-1949; de 1950 --Guerra de Corea-- al 7-V-1952), derogándose su vigencia en los períodos en que su aplicación no se consideraba necesaria. Limita a dieciocho meses la duración máxima de los plazos en las compraventas de este tipo y establece un desembolso inicial mínimo del 20 % del precio (y de un tercio en las ventas de vehículos).

En Francia no existe una legislación uniforme sobre la venta a pla-

zos. Las Leyes de 13-VI-1941 y de 14-VI-1941 afectan a las entidades de financiación.

El pacto de reserva de dominio no tiene efecto frente a los terceros acreedores en caso de quiebra del comprador, por lo que existe una serie de disposiciones especiales sobre determinados bienes que permiten al vendedor la inscripción de un derecho de prenda sobre el objeto, vendido, lo que le sitúa en una posición privilegiada en caso de insolvencia del deudor:

- 1.º) La Ley Malingre de 29-XII-1934 y, luego, el Decreto-Ley de 30-IX-1953 son aplicables a la venta a plazos de vehículos.
- 2.º) La Ley de 2-XI-1941 extiende este privilegio a las ventas a plazos de tractores agrícolas.
- 3.º) La Ley de 17-XI-1949 a los remolques.

Toda esta legislación ha sido recogida por un Decreto-Ley de 30-IX-1953, modificado por un Decreto de 20-V-1955.

Luxemburgo regula las compraventas a plazos con un Decreto de 28-IV-1937 que sólo se aplica a las operaciones concluidas entre comerciantes y particulares (compraventas mixtas). No se aplica en general a la venta de vehículos y de bienes de equipo.

Finalmente podemos señalar la Ley holandesa de 23-IV-1936 como una de las más completas. No se refleja en un texto único, ya que su contenido queda recogido en los diversos códigos a los que vino a modificar. Su regulación es muy extensa.

Otra Ley de la misma fecha se ocupa de los comerciantes que se dedican a estas operaciones.

De fecha próxima debemos citar la Ley belga de 9-VII-1957 y la Ley suiza de 23-III-1962, ya que ambas han servido de modelo para la elaboración de nuestra Ley de compraventas a plazos.

4. *Referencia especial a las Leyes alemana, belga y suiza sobre compraventas a plazos.*

A continuación pretendemos dar una idea de la evolución legislativa acaecida en esta materia y que, evidentemente, se ha de reflejar al comparar el contenido de la Ley más antigua con el de dos de las más recientes. Además, la redacción de estas dos últimas leyes, belga y suiza, resulta doblemente interesante a la hora de estudiar nuestra Ley puesto que, como acabamos de decir, ambas han sido fuente directa de ella.

A. *La Ley alemana de 16-V-1894.*—Cuenta con nueve artículos de reducida extensión. No se ocupa de las cuestiones de financiación, aplicándose sólo a las compraventas a plazos. Tiene carácter imperativo, extendiéndose no sólo a todas las compraventas a plazos de cosas muebles (art. 1.º), sino también a todos los contratos que bajo cualquier forma persigan el mismo fin (art. 6.º). De su regulación sustantiva (arts. 1.º a 5.º) se deduce la finalidad de protección a los compradores,

por lo que no se aplica cuando el comprador es un comerciante (artículo 8.º), considerando que en este caso no se encuentra desprotegido ante el vendedor.

El artículo 1.º condiciona el ejercicio del derecho de resolución del contrato a la devolución recíproca de las prestaciones ya realizadas, declarando nulo cualquier pacto en contrario.

El artículo 2.º limita las indemnizaciones que puede obtener el vendedor en caso de resolución y, de nuevo, prohíbe el acuerdo de indemnizaciones más elevadas.

El artículo 4.º ofrece al comprador la posibilidad de obtener la reducción judicial de las penas contractuales cuando éstas sean excesivas. Añade que el incumplimiento del comprador no puede dar lugar al vencimiento de los plazos más que cuando afecte al pago de dos plazos seguidos que, además, igualen al menos la décima parte del precio del objeto vendido.

Es evidente que estos tres artículos, donde se contienen las prescripciones más importantes que la Ley impone, atienden fundamentalmente a limitar las exigencias de los vendedores en beneficio de los compradores.

Puede afirmarse, por tanto, que estamos ante una ley que afecta imperativamente a todas las compraventas a plazos y contratos análogos sobre cosas muebles cuando el adquirente no es comerciante, y que tiende a la protección del comprador.

Recientemente una decisión del Tribunal Federal ha precisado su ámbito de aplicación, extendiendo sus preceptos a la financiación de las compraventas que regula.

B. *La Ley belga de 9-VII-1957*.—Cuenta con 31 artículos ordenados en siete capítulos y una disposición final sobre su entrada en vigor. Atiende a la reglamentación de las compraventas a plazos y de su financiación. De la redacción se deduce su eficacia imperativa.

El Capítulo 1.º (arts. 1.º y 2.º) delimita el ámbito de aplicación de la Ley:

- a) Las compraventas a plazos de los bienes muebles corporales. Se señala la posibilidad de asimilar a tales compraventas, mediante Decreto Real acordado en Consejo de Ministros, los contratos que tengan por objeto una prestación de servicios cuyo pago se efectúe también a plazos (4).
- b) Los préstamos de financiación de las operaciones de compraventa a plazos (art. 1.º).

El artículo 2.º introduce algunas excepciones al ámbito anterior; entre ellas cabe destacar las operaciones en las que el adquirente es un comerciante.

El Capítulo 2.º (arts. 3.º a 11) regula las compraventas a plazos.

(4) Un Decreto real de 23-XII-1957 ha desarrollado esta posibilidad abierta por la Ley, extendiendo su ámbito a la organización de viajes y a la reparación de vehículos.

Los artículos 3.º y 4.º atienden a la forma de los contratos. Los artículos 5.º a 7.º fijan la parte del precio que se ha de entregar inicialmente, los recargos del precio autorizados y el aplazamiento máximo del pago de éste. La inobservancia de todos estos requisitos se sanciona en el artículo 8.º favoreciendo al comprador a costa del vendedor: aquél sólo tiene que pagar el precio al contado, sin perder su derecho a disfrutar de los plazos. El artículo 5.º configura esta compraventa a plazos como un contrato de naturaleza real. El artículo 9.º autoriza al comprador para adelantar el pago del precio en determinadas condiciones, con la reducción correspondiente del recargo en el precio. El artículo 10 condiciona la validez de las cláusulas resolutorias del contrato. Sólo son válidas cuando el ejercicio del derecho de resolución depende:

- a) del impago de dos plazos seguidos o de una cantidad equivalente al 20 % del precio aplazado, o
- b) de que el comprador enajene o utilice de forma inadecuada el objeto de la compraventa antes del pago total.

El artículo 11 procura que la publicidad sobre el precio de las cosas objeto de tales compraventas sea veraz. Es evidente que estos tres artículos (arts. 9.º a 11), parte sustantiva del Capítulo 2.º, tienden a la protección de los compradores.

El Capítulo 3.º (arts. 12 a 19) es casi una repetición de las normas del Capítulo 2.º aplicadas a los préstamos de financiación.

El Capítulo 4.º (arts. 20 a 22) contiene disposiciones comunes de carácter procesal que protegen los salarios y sueldos frente a los créditos procedentes de estos contratos y regulan la competencia judicial en las cuestiones que se susciten. Los tres artículos tienden claramente también a salvaguardar la posición jurídica de los compradores.

El Capítulo 5.º (arts. 23 a 28) se refiere al control y vigilancia de las personas físicas y jurídicas que se dediquen a las actividades reguladas por la Ley. Esta distingue entre aquellas personas que se dedican a vender a plazos por su cuenta o financian compraventas a plazos y las que venden a plazos mediante la financiación de terceros. Las primeras tienen que solicitar licencia al Ministerio de Asuntos Económicos (art. 23), para lo que tienen que reunir ciertas condiciones y comprometerse a cumplir determinadas obligaciones (art. 24). Las segundas tienen que inscribirse en ese mismo Ministerio, comprometiéndose con ello a cumplir una serie de requisitos (art. 26). Tanto la licencia de unos como la inscripción de los otros puede ser suspendida hasta por un año si no se atienen a los requisitos establecidos (artículos 25 y 26). En el artículo 27 se sanciona el incumplimiento de los artículos anteriores favoreciendo al comprador y perjudicando a vendedores y financiadores de la misma forma que en los artículos 8.º y 17. Cuando se ha retirado dos veces la licencia a una persona ya no puede solicitarla una tercera vez. El artículo 28 añade algunas condiciones más para la inscripción o la concesión de la licencia.

Pero además, el incumplimiento de lo preceptuado en el Capítulo 5.º se castiga también con las sanciones penales del Capítulo 6.º (art. 29):

- a) encarcelamiento hasta de un año;
- b) multa hasta de 50.000 francos;
- c) prohibición definitiva o temporal de realizar estas operaciones;
- d) clausura del establecimiento.

El Capítulo 7.º (art. 30) prevé la creación de un registro para todos o algunos de los contratos señalados en el artículo 1.º, ya sea con carácter obligatorio, ya sea con carácter facultativo, con el fin de hacer oponibles a terceros las reservas de dominio estipuladas en los mismos.

Finalmente, el artículo 31 somete a Decreto Real la fijación del momento de entrada en vigor de la Ley.

Se trata, pues, de una ley imperativa que se aplica a las compraventas a plazos de bienes muebles corporales (con posibilidad de extenderse a contratos de prestación de servicios) (4) y a los contratos de financiación de los mismos. Su carácter es de manifiesta protección de los compradores, como se desprende de sus normas sustantivas, de los requisitos impuestos a las personas que se dediquen a esas operaciones y de las sanciones previstas en caso de incumplimiento de sus preceptos.

C. *La Ley suiza de 23-III-1962.*—Consta de 26 artículos divididos en dos partes y tiene fuerza imperativa.

La primera parte deroga y sustituye los primitivos artículos 226 a 228 del Código Civil y de las Obligaciones. Dentro de esta primera parte, los artículos 226a a 226m regulan las compraventas a plazos de bienes muebles. A ellas se asimilan los actos jurídicos de cualquier género que persiguen el mismo fin, así como los préstamos de financiación de tales operaciones de compraventa a plazos (art. 226m).

El artículo 226a establece los requisitos formales de los contratos a que afecta la Ley, sancionando la falta de los que son más importantes con la nulidad del contrato. El artículo 226b regula la validez de los contratos realizados por personas casadas o por menores de edad. El artículo 226c fija el momento en que el contrato produce efectos para el comprador y la posibilidad que éste tiene hasta ese momento de desistir del mismo. El artículo 226d impone la entrega del desembolso inicial antes o en el momento de la entrega de la cosa, sancionando la falta de este requisito a favor del comprador: el vendedor pierde su derecho a reclamar esa parte del precio. Atiende también este artículo a la cuantía de ese desembolso inicial y a la duración máxima del contrato.

El artículo 226e protege el salario del comprador y sus créditos frente a instituciones de previsión de la responsabilidad por las deudas precedentes de estos contratos. El artículo 226f prohíbe la renuncia previa del comprador al derecho de compensación y, en caso de cesión del crédito sobre el precio preceptua que las excepciones que el comprador pueda oponer a dicho crédito no pueden ser restringidas ni anuladas. El artículo 226g permite al comprador adelantar el pago con una reducción proporcional de los recargos en los plazos adelantados.

Los artículos 226h a 226k se refieren a los casos de incumplimiento

del comprador en el pago de los plazos. En tal caso, el vendedor puede exigir (art. 226h):

- a) el pago de los plazos vencidos, o
- b) el pago de todos los plazos pendientes, o
- c) la resolución del contrato.

Para ejercer una de las dos últimas acciones, es preciso que el vendedor se haya reservado expresamente esta facultad y, además, que concorra alguno de los siguientes requisitos:

- a) que la mora corresponda al menos a dos plazos que sumen una décima parte del precio, o
- b) que la mora afecte a un plazo igual a la cuarta parte del precio, o
- c) que la mora afecte al último plazo.

El artículo 226i impone la restitución recíproca de las prestaciones realizadas en caso de resolución y limita las exigencias de indemnización del vendedor.

El juez puede, en algunos casos, conceder facilidades de pago al comprador (art. 226k).

El artículo 226m limita los supuestos de aplicación de algunos preceptos de los artículos 226h a 226k; éstos se aplicarán sólo:

- a) cuando el comprador sea un comerciante, o
- b) cuando se trate de bienes destinados a un uso profesional, o
- c) cuando el precio de venta sea inferior a 200 francos y la duración del contrato inferior a seis meses, o
- d) cuando se pague el precio en menos de cuatro plazos.

El artículo 226l determina la competencia judicial por el domicilio del comprador.

Es claro que el contenido de los artículos 226c y 226e a 226l al que nos hemos referido someramente, constituye una protección directa de la situación jurídica del comprador.

Los artículos 227a a 227i regulan las compraventas bajo forma de ahorro. Finalmente, el artículo 228 se ocupa de las disposiciones comunes a uno y otro tipo de compraventa.

La segunda parte de la Ley contiene cuatro disposiciones finales que atienden respectivamente a:

- a) los privilegios de los créditos procedentes de los contratos ordenados en la primera parte;
- b) la competencia desleal;
- c) las disposiciones transitorias;
- d) el momento de entrada en vigor de la Ley.

Una ley, pues, con fuerza imperativa, que regula las compraventas a plazos de bienes muebles y su financiación, así como las compraventas bajo forma de ahorro, y cuyos preceptos defienden decididamente la posición del comprador frente a vendedores y financieros.

La evolución legislativa puede resumirse en dos factores:

- a) La regulación de las compraventas a plazos es cada vez más

extensa, lo que corresponde a su progresiva importancia económica.

- b) La regulación se extiende ahora también a la financiación de las compraventas a plazos, lo que corresponde al predominio creciente del capital financiero frente al capital industrial, como fase superior del desarrollo económico capitalista.

5. *Jurisprudencia y Doctrina españolas anteriores a la Ley de Compraventa a Plazos.*

En España no contamos con ninguna regulación específica de esta materia hasta la Ley de 17-VII-1965, lo que constituye un notable retraso si atendemos a las fechas ya señaladas de la legislación extranjera. Este retraso jurídico se debe en gran parte al económico. En efecto, la compraventa a plazos es fruto de una economía desarrollada, situación a la que nuestro país está accediendo actualmente. Esto es precisamente lo que justifica "a priori" la elaboración de esta Ley, atendiendo con ello a una necesidad marcada ya por la Jurisprudencia y la Doctrina.

Del estudio de los supuestos dilucidados por la Jurisprudencia anterior a la Ley, se recogen los siguientes datos:

- 1.º) Las partes contratantes acudían a la utilización de diversas formas jurídicas para lograr los fines de la compraventa a plazos.

En la Sentencia de 30-XI-1915 se acude a la figura del retracto convencional como garantía del vendedor.

En la Sentencia de 6-III-1906 encontramos entre las condiciones del compromiso de venta a que se refiere el caso "que como se trataba de una promesa de venta, quedaba estipulado que el dominio de las cosas vendidas no quedaría transferido al comprador hasta el momento en que éste hubiera satisfecho el último plazo, o sea la totalidad del precio convenido; de manera que las palabras comprador y vendedor consignadas se referían al caso de que se perfeccionase la venta por el cumplimiento de la condición suspensiva —pago total del precio— de que se hacía depender su eficacia".

Y en los considerandos de la Sentencia de 10-VI-1958 encontramos: "... preceptos que son consecuencia del supuesto de que parte el cuerpo legal citado de que los contratos no son por sí solos modos de adquirir la propiedad, y que dan lugar con frecuencia al "pactum reservati dominii", que no constituye condición suspensiva de su perfección, por cuanto de él no depende el nacimiento de las obligaciones propias de la compraventa, obligación de entregar la cosa y obligación de pagar el precio, sino que afecta a la consumación del discutido contrato".

- 2.º) Los vendedores se aseguraban el cobro del precio imponiendo

en los contratos obligaciones muy estrictas para los compradores.

En la Sentencia de 10-I-1929 se recogen las siguientes cláusulas contractuales de garantía a favor del vendedor:

- a) "La caja registradora queda propiedad de la Sucursal de "The National" hasta el pago total de su precio. En el caso de que no se realice en la época de su vencimiento el pago de alguna de las letras aceptadas o plazos estipulados para satisfacer el importe de la suya, podrá la Sucursal considerar rescindido este contrato y quedará facultada para retirar la caja y disponer libremente de ella, quedándose con las cantidades que hasta aquel momento hubiese cobrado en concepto de indemnización por daños y perjuicios. En el caso de que la agencia optara por la continuación de este contrato, se considerarán vencidos todos los plazos desde la fecha en que dejó de satisfacerse el importe de uno de ellos." Basta, pues, con que el comprador demore el pago de un plazo para provocar estos efectos.
- b) "Si al dejar de efectuar un pago a su vencimiento, el poseedor de la caja la hubiese enajenado, no podrá alegar ignorancia respecto a su responsabilidad penal, puesto que expresamente reconoce que la venta no se entenderá consumada hasta el total pago del precio, limitándose hasta ese momento el derecho del presunto comprador a la tenencia y uso de la caja, sin la libre disposición del dominio." De esta manera se excluye la posibilidad de que la responsabilidad penal sea sólo por culpa.
- c) "El poseedor de la caja cuyo precio no está totalmente pagado, en el caso de embargo de bienes, hará constar en la diligencia de embargo, con la exhibición de este contrato, que la caja es de la propiedad de la Sucursal y si por omisión de esta alegación documentada o a pesar de ella la caja fuese embargada, la Sucursal podrá, a su elección, dar por rescindido el contrato sin previa declaración judicial para reivindicar la caja, o dar por vencidos todos los plazos, aunque el poseedor no esté en descubierto en el pago de ninguno de ellos."

En la Sentencia de 30-XI-1915 sobre venta a plazos de maquinaria agrícola:

- a) "La Compañía Anónima Parsons se reserva el derecho de recuperar la susodicha maquinaria por virtud de retracto convencional... mientras no estén completamente pagados todos los plazos; pactándose... que las cantidades que hayan sido entregadas a cuenta de este contrato no serán devueltas, sino que quedarán destinadas... a in-

demnizar los daños y perjuicios que por el incumplimiento haya sufrido la Compañía.”

- b) “En caso de que alguno de los plazos no fuera debidamente pagado, la Compañía podrá optar entre retirar la citada maquinaria, bajo las condiciones estipuladas en el artículo anterior, o prorrogar los plazos, aumentando en este caso el interés del 8 % anual.

El contrato a que se refería la Sentencia de 6-III-1906 añadía:

“que la falta de pago de los plazos convenidos... daría derecho a la Sociedad Anglo-Española para optar entre exigir el pago de los plazos pendientes que quedarán vencidos o reintegrarse de las cosas vendidas, teniendo en el primer caso la acción ejecutiva para dirigirse contra el comprador en reclamación de los plazos pendientes, intereses y costas, y en el de optar por reincorporarse de la maquinaria y materiales entregados, podría reivindicarlos de cualquier poseedor, y amparándose en los artículos 497 y 499 de la L. E. C., pedir la exhibición de dichas cosas, la retracción de las mismas de los locales en que se encontraren, sin pagar fianza, y la entrega a la Sociedad vendedora como diligencia preliminar, a que desde ahora se allanaba el comprador.”

- 3.º) La utilización de la cláusula de reserva de dominio es habitual: “La venta no se entenderá consumada hasta el total pago del precio, limitándose hasta ese momento el derecho del presunto comprador a la tenencia y uso de la caja, sin la libre disposición del dominio”. (Sentencia de 10-I-1929.)
- 4.º) El Tribunal Supremo reconoce normalmente la validez de dicha cláusula de reserva de dominio:
- a) “Considerando que por tener los contratantes facultad de establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes, siempre que no sean contrarios a la ley o a la moral y al orden público es obvio que sin oposición a aquéllas ni a éste pudieron convenir... el contrato referido.” (Sentencia de 6-III-1906.)
- b) “Considerando que el “pactum reservati dominii” por el cual el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta un determinado término o al verificarse un evento, las más de las veces el pago íntegro del precio que viene pagado a plazos, es generalmente admitido como válido.” (Sentencia de 10-VI-1958.)
- 5.º) El Tribunal Supremo considera que la cláusula de reserva de dominio es base suficiente para ejercer la tercería de dominio frente a una embargo. Así se acepta ya en la Sentencia de 16-II-1894, confirmada por otras posteriores:
- “Considerando que en cuanto a la eficacia de la cláusula

de reserva de la propiedad respecto a los posibles terceros interesados, distingue la doctrina varias categorías de terceros, entendiendo que concretamente los acreedores del comprador en principio no deberían poder proceder ejecutivamente contra la cosa, hasta que el precio no hubiese sido pagado por completo, pues mientras no ha llegado tal momento, la cosa no era de su propiedad, mas como por otra parte la cosa se encuentra en posesión del comprador, que prácticamente suele disponer con plena libertad como propietario, engañando a sus acreedores, que fácilmente pueden creerlo definitivo propietario, contra el rigor de los principios, la ley debe tutelar la buena fe de aquellos, pero dentro de ciertos límites, exigiendo una cierta publicidad, como la de que conste la cláusula por escrito que tenga fecha cierta anterior a la ejecución.” (Sentencia de 10-VI-1958.)

- 6.º) Los problemas de financiación no se encuentran reflejados en ningún caso.

En cuanto a la Doctrina, ésta acude también a diversas construcciones jurídicas para explicar las operaciones de compraventa a plazos. Así, JUSTO DE ANDUZA (5) considera que se trata de un contrato de compraventa sometido a condición suspensiva, junto con un contrato de arrendamiento sometido a condición resolutoria, siendo la condición común a ambos contratos el pago del precio. Esta es la figura de la locación-venta, que la doctrina no duda en calificar de venta a plazos cuando encubre una transmisión a plazos (6).

Para F. BLANCO CONSTANS (6 bis), la venta a plazos con reserva de dominio es una compraventa perfecta cuyos efectos (la transmisión del dominio) quedan subordinados a la condición suspensiva del pago total del precio, invocando en apoyo de esta tesis la doctrina del Tribunal Supremo. Critica, además, los modelos contractuales utilizados por las casas vendedoras en los que, para reforzar su situación “consignan, con grave incorrección técnica... que el comprador la recibe (la cosa) en depósito” (7).

Esta construcción jurídica de F. BLANCO CONSTANS corresponde a la postura general de la Doctrina, adoptada ya por F. CANDIL Y CALVO (8). Este cree que la reserva de propiedad puede ser considerada como una condición resolutoria “si bien en esta hipótesis más que reserva de propiedad lo que tendríamos sería venta con pacto de ley

(5) “La venta a plazos con reserva de dominio”, Madrid, 1934.

(6) RODRIGO URÍA, “Derecho Mercantil”, 1964, vid. págs. 425-6.

(6 bis) “Estudios elementales de Derecho Mercantil”, 4.ª ed., revisada por RICARDO MUR SANCHO, 1950, t. III, vid. págs. 63 y ss.

(7) Esta misma postura adoptan B. PÉREZ y J. ALGUER en sus notas al “Tratado de Enneccerus” (11.ª ed. revisada por LEHMANN, 1935, t. II, vol. II, pág. 106): “la cláusula tan frecuente en las ventas a plazos, según la cual, mientras el comprador no pague la totalidad del precio se entenderá que tiene la cosa en depósito, no surte más efecto que el pacto de reserva de dominio”.

(8) “Pactum reservati dominii”, 1915, vid. pág. 175.

comisoria". Por ello opta por considerar que "no pudiendo condicionarse suspensivamente por el precio la relación completa, nos acogemos a lo único que nos puede dar una probable solución, que es la tradición transmisiva de propiedad, hecha depender en cuanto a su eficacia del pago íntegro del precio" (8 bis).

Esto mismo viene a decir J. GARRIGUES (9): "El contrato de compraventa es válido y obligatorio de un modo incondicional. Sólo está condicionado por el pago total del precio el tránsito de la propiedad, es decir, el efecto propio de la tradición".

La misma postura adoptan J. CASTÁN TOBEÑAS, DIEGO ESPÍN, P. OERTMANN, J. VÁZQUEZ RICHART... (10).

Sin embargo, EMILIO LANGLE dice que "aunque la tesis de la condición suspensiva es la más generalizada, encierra un error; porque no queda pendiente el contrato de un acontecimiento futuro e incierto, sino que nacen con él sus efectos obligacionales. Ni siquiera puede ser referida la condicionalidad al tránsito del dominio, pues éste sólo se produce al pagar el último plazo (ex nunc) y no desde la celebración (ex tunc). La falta de pago de alguna cuota del precio, no es que impida definitivamente la transferencia del derecho, por depender de una condición suspensiva, sino que permite obtener la resolución del contrato por incumplimiento" (11).

Finalmente, PEDRO DE APALATEGUI (12) opina que la reserva de dominio en las compraventas a plazos no condiciona la transmisión de la propiedad, sino simplemente algunas facultades: la libre disponibilidad y transmisibilidad de la cosa.

También son varias las opiniones sobre la solución al juego de intereses opuestos a que dan lugar las operaciones de compraventas a plazos. Unos tienen fundamentalmente en cuenta la situación de indefensión de los vendedores frente a la insolvencia de los compradores; otros, por el contrario, atienden a la indefensión de estos frente a las exigencias de los vendedores. Así, L. BENITO nos dice: "Ahora bien, en el arrendamiento el pago del precio no es más que la natural compensación del servicio que nos presta la cosa alquilada..., mientras que los pagos escalonados de la compraventa a plazos con reserva de propiedad suponen este interés, más la amortización gradual y parcial del valor de la cosa; no es, por consiguiente, justo ni equitativo que el dueño de la misma, al recuperar ésta, haga suyo, además, lo pagado por amortización... porque lo grave del caso es que en estos contratos

(8 bis) En la doctrina alemana, KARL LARENZ expone una construcción análoga, "Lehrbuch des Schuldrechts", 5.^a ed., 1962, vid. págs. 67 y ss.

(9) "Curso de Derecho Mercantil", 4.^a ed., 1962, vid. págs. 85-6.

(10) "Derecho Civil español, común y foral", 9.^a ed., 1961, t. IV, revisada por J. CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA; "Manual de Derecho Civil español", 2.^a ed., 1961, vol. III; "La reserva del dominio en la compraventa", Rev. Der. Priv., XVII, 1930; "La compraventa a plazos de los bienes muebles", 1963.

(11) "Manual de Derecho Mercantil español", 1959, págs. 177 y ss.

(12) "El pacto de reserva de dominio, su naturaleza jurídica", Rev. de la Facultad de Derecho de Madrid, núms. 4-5, enero-junio 1941.

el consentimiento del que pretende adquirir está viciado por una violencia que, si no es la que se ejerce por el empleo de la fuerza material, y a la que se refiere el artículo 1.267 del C. C., es la fuerza de la necesidad ante la que sucumbe una de las partes" (13). Esta es la postura predominante, compartida por F. BLANCO CONSTANS (14), EMILIO LANGLE (15), AGUSTÍN VICENTE Y GELLA (16), F. CANDIL Y CALVO (17).

Frente a lo que JUSTO DE ANDUIZA (18) cree que "el individuo imprudente o poco previsor puede, merced a estas facilidades, llenarse de cargas que le impongan una vida efímera y decadente. Pero esto, ni es corriente ni está en el sistema, sino en la imprudencia", y añade que "mayor importancia ha merecido la consideración de los peligros que la concesión del plazo envuelve para el vendedor".

6. *Movimiento legislativo en el que se encuentra situada la Ley de 17 de julio de 1965.*

La Ley de 17-VII-1965 constituye la culminación, tal como lo indica su propia Exposición de Motivos, de un proceso legislativo sobre la compraventa a plazos que surge paralelamente al Plan de Desarrollo Económico y Social. La explicación de ese paralelismo se encuentra en lo dicho sobre la función económica de esta clase de compraventas.

El proceso parte de la Orden del Ministerio de Hacienda de 12-I-1962, que establece "líneas especiales de redescuento por el Banco de España" "de los efectos representativos de la parte aplazada en el precio de venta de tractores, maquinaria agrícola pesada, motores, camio-

(13) "Compraventa a plazos con reserva temporal de propiedad a favor del vendedor", Rev. Der. Priv., 1929; opinión ya mantenida en su "Manual de Derecho Mercantil", 3.^a ed., 1924, t. II, págs. 323 y ss.

(14) Ob. cit.: "Pero no porque la cláusula sea lícita ha de deducirse que lo sean también las condiciones que suelen acompañarlas, entre las cuales hay una que, tomada en absoluto, es verdaderamente injusta, cual es la de que la falta de algún plazo de pago lleva consigo la resolución del contrato, quedando a favor del vendedor todo lo anteriormente abonado, quien, además, por la resolución del contrato recobra la cosa vendida cuando quizá está pagada por completo".

(15) Ob. cit.: "Por otro lado, la experiencia demuestra que, en no pocos casos, resulta el contrato leonino; porque además del recargo del precio, a veces exagerado, sucede que por falta de pago de pocos plazos o sólo del último, el comprador es privado de la cosa y pierde cuanto dinero lleva entregado".

(16) "Curso de Derecho Mercantil Comparado", 4.^a ed., 1960, pág. 454: "La cláusula es válida; sin embargo, no podemos decir lo mismo respecto al aditamento que suele hacerse en el sentido de considerar las cantidades que hayan sido entregadas como merced del arriendo, de modo que el vendedor recupera la cosa y se queda además con todos los plazos recibidos hasta aquel momento a título de precio por el uso de aquélla o de indemnización de perjuicios. Esta solución no responde a la intención de las partes, ni es acorde con los más elementales principios de equidad".

(17) Ob. cit.: "Otra de las cosas que no podemos menos de protestar es contra la cláusula que autoriza al vendedor a quedarse con todo lo pagado por el comprador como indemnización de daños y perjuicios al rescindirse la venta".

(18) Ob. cit.

nes, maquinaria y bienes de equipo capital productivo" (N.º 1.º). Naturalmente, para disfrutar de esos beneficios, las ventas deben cumplir determinados requisitos especificados en la Orden.

La Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 14-IV-1962 ordena en su Base 10 "la financiación de operaciones de venta a plazos de bienes de equipo industrial y agrícola y de consumo duradero, mediante la creación de entidades específicas". Esta Ley de Bases prevé, pues, la extensión de las facilidades de financiación no sólo ya a los "bienes de producción", sino también a los "de consumo" (terminología económica).

Esta Base se ha desarrollado hasta el presente en las siguientes disposiciones:

- 1.º) Decreto-Ley de 27-XII-1962, que regula la creación de las entidades de financiación de ventas a plazos "de tractores, maquinaria agrícola pesada, motores destinados a fines industriales o agrícolas, camiones para transporte de mercancía y autobuses, maquinaria y bienes de equipo capital productivo" (artículo 1.º). En su artículo 8.º se prevé la "aplicación a la financiación de bienes de consumo duradero cuando así se acuerde por Decreto aprobado en Consejo de Ministros a propuesta del de Hacienda".
- 2.º) Orden del Ministerio de Hacienda de 25-I-1964 sobre créditos para ventas con pago diferido de bienes de equipo, que deroga y sustituye la Orden de 12-I-1962.
- 3.º) Orden del Ministerio de Hacienda de 8-II-1964, que contiene normas complementarias sobre la actuación a que se deben ajustar las entidades de financiación de ventas a plazos.

II. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY.

El artículo 1.º describe genéricamente el ámbito material de la Ley:

- A. "las ventas a plazos de bienes muebles corporales no consumibles";
- B. "los préstamos destinados a facilitar su adquisición". v
- C. "las garantías que se constituyen para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de aquellos contratos".

A)

1. *Concepto de la compraventa a plazos a efectos de la Ley.*

Tenemos que acudir al artículo 2.º, párrafo 1.º, para obtener el concepto: "Por venta a plazos se entenderá, a efectos de esta Ley, el contrato mediante el cual el vendedor entrega al comprador una cosa mueble corporal y recibe de éste, en el mismo momento, una parte del precio, con la obligación de pagar el resto diferido en un período de tiempo superior a tres meses y en una serie de plazos que se determinarán en la forma que dispone el artículo 20". La Ley configura el

contrato de compraventa a plazos como un contrato de naturaleza real. Ello viene confirmado por la modificación introducida al Proyecto de Ley para añadir que ese pago inicial de parte del precio ha de ser "en el mismo momento". El artículo 9.º, párrafo 1.º, repite de la forma que veremos la naturaleza real de los contratos de compraventa que se acogen a esta Ley, sancionando su inobservancia en el párrafo 2.º. Se abandona la configuración tradicional de la compraventa como contrato consensual, tal como aparece tipificada en el artículo 1.445 del Código Civil.

El Discurso de Defensa de la Ley ante las Cortes indica la finalidad perseguida por el legislador: evitar el abuso del crédito, perjudicial para ambas partes del contrato y para la economía general del país (19). Para ello, la Ley quiere asegurarse de que el comprador pagará de inmediato una parte del precio; mientras tanto el contrato de compraventa no queda perfeccionado. El fin parece razonable, pero no ocurre así con el medio elegido. ¿Es que no se puede conseguir igual propósito sin alterar la naturaleza consensual del contrato de compraventa? Es evidente que sí, ya que nada impide establecer una cláusula, en el contrato de compraventa a plazos consensual, mediante la que se condicione la entrega de la cosa vendida al pago de una parte del precio. Esto queda respaldado por numerosos artículos del Código Civil:

- a) Artículo 1.500, párrafo 1.º: "El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato".
- b) Artículo 1.505: "Respecto de los bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla, o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de éste se hubiese pactado mayor dilación".
- c) Artículo 1.100, párrafo 3.º: "En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación empieza la mora para el otro".
- d) Artículo 1.124: Para ejercer la acción resolutoria tácita hace falta que el reclamante haya cumplido lo que le incumbía. (Sentencia del T. S. de 8-VII-1952.)

(19) Según LOUIS BALLON y LOUIS GROGNARD, comentaristas de la Ley belga —"Vente à tempérament et financement", 1958, pág. 53—, la naturaleza real que el artículo 5.º de la Ley belga da a las compraventas a plazos responde sobre todo a una protección del comprador. Con esta medida, al tener que pagar una cantidad inicial importante para perfeccionar el contrato y quedar obligado, se le incita a recapacitar y a liberarse de las presiones que sobre su voluntad puedan ejercer los agentes o comisionistas.

Vid. también J. GARRIGUES, "Tratado de Derecho Mercantil", 1963. t. III, vol. 1, págs. 381 y ss.

Esto queda respaldado también por la Ley suiza, cuyo artículo 226d, párrafo 1.º, obliga a que el comprador pague un mínimo inicial igual a la quinta parte del precio antes o en el momento de entrega de la cosa, sin alterar por ello la naturaleza consensual del contrato. Pero aquí nuestra Ley ha seguido el artículo 5.º de la Ley belga: Por derogación del artículo 1.583 del Código Civil ninguna venta a plazos quedará perfeccionada mientras que no se pague el desembolso inicial, el cual no podrá ser inferior al 15 % del precio de compra al contado.

La modificación de la naturaleza del contrato de compraventa no condiciona, pues, la meta perseguida, lo que bastaría para desautorizar aquélla. Además, presenta un grave inconveniente: la situación de desventaja a que queda relegado el comprador frente al vendedor. En efecto, aquél no podrá tener la seguridad de obtener el bien en cuestión mientras no haya desembolsado esa parte del precio, aunque exista un previo compromiso formal entre ambas partes contratantes. Esto no sólo puede provocar situaciones de injusticia, sino que será también un freno a la rapidez de circulación de los bienes, lo que es incluso contradictorio con el sentido de la Ley, encaminada a favorecer las compraventas a plazos, es decir, el tráfico jurídico de bienes.

El párrafo 2.º del artículo 9.º establece un precepto incompatible con esa naturaleza real del contrato de compraventa a plazos. En efecto, una compraventa real es aquella que sólo se perfecciona con la entrega del precio y de la cosa vendida. Así lo indica el mismo artículo 9.º en su párrafo 1.º: "... la venta... sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga, en el momento de la entrega o puesta a disposición del objeto vendido, el desembolso inicial". Frente a esto, la Ley añade que "si el vendedor entrega la cosa sin haber recibido simultáneamente el desembolso inicial, perderá el derecho a exigir el importe de éste, y la obligación de pago del comprador se entenderá reducida al importe del resto del precio, conservando el derecho a hacerlo en los plazos convenidos" (art. 9.º, pár. 2.º). La intención del legislador es evidente: sancionar esa falta de entrega inicial de parte del precio mediante una cláusula legal de carácter penal. Pero, aquí de nuevo, el medio elegido es de dudosa licitud, ya que parece imposible modificar el contenido de un contrato si éste no existe (no está perfeccionado) (20). Esta contradicción de la Ley no hace sino reforzar lo que hemos afirmado anteriormente acerca de la inoportunidad de tipificar la compraventa a plazos como contrato real.

Si atendemos al proceso de elaboración de la Ley y a la legislación

(20) Los mismos redactores de la Ley no parecen muy convencidos de esta construcción, cuando en el Discurso de Defensa en Cortes, realizado por don Pío Cabanillas, se dice a este propósito: "En fin, la doctrina podrá discutir extensamente esta cuestión, apuntará que está más en presencia de figuras inciertas o anómalas, estudiará el carácter de multa civil o nulidad parcial que se da en estos casos y en el artículo 16, pero los legisladores han sido conscientes de que, cualquiera que sea la solución de técnica jurídica, era inexcusable imponer este desembolso previo, que asentaba la Ley en el cauce de las finalidades económicas que persigue".

extranjera es posible que demos con la explicación causal de este párrafo 2.º del artículo 9.º, es decir, con el porqué del mismo. El Proyecto de Ley se limitaba a seguir el artículo 5.º de la Ley belga, por lo que no contenía este segundo párrafo del artículo 9.º. La innovación fue introducida atendiendo a la sanción impuesta a esta misma obligación por el legislador suizo en el artículo 226d, párrafo 3.º: El vendedor que entrega la cosa al comprador sin haber recibido por completo el desembolso inicial mínimo pierde todo derecho a la parte no pagada de éste desembolso. Pero no se tuvo en cuenta que el artículo 9.º, párrafo 1.º, daba naturaleza real al contrato de compraventa a plazos siguiendo al legislador belga, mientras que la Ley suiza mantenía su naturaleza consensual (art. 226d, pár. 1.º).

Con ello se ha dado lugar a una complicación inútil, ya que la sanción de la falta de entrega del desembolso inicial viene dada por la misma inexistencia del contrato, de acuerdo con su naturaleza real. Si se quiere añadir una sanción complementaria, tendrá que ser extracontractual (puesto que el contrato no existe a efectos de la Ley): una multa como las previstas en el artículo 20, párrafo 3.º, para los comerciantes que, dedicándose a las operaciones reguladas por la Ley, incumplan las condiciones y obligaciones fijadas por el Gobierno (art. 20, párrafo 2.º). Esto sería incluso más justo, ya que si bien es lógico que, en el caso de existir sanción, ésta recaiga sobre el vendedor (éste es normalmente la parte fuerte del contrato y debe, por lo tanto, responder de su legalidad), no lo es tanto que el comprador se beneficie de ella.

Queda claro que el precepto contenido en el párrafo 2.º del artículo 9.º es contradictorio con el contenido de los artículos 2.º, párrafo 1.º, y 9.º, párrafo 1.º. Sin embargo, si admitimos su vigencia, ¿cuál podría ser su eficacia? Ninguna, ya que, cuando decimos que el contrato no se perfecciona y, en consecuencia, no existe, ello es a efectos de la Ley que estudiamos. Pero si las partes han convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, es evidente que existe un contrato de compraventa a efectos del Código Civil (art. 1.450), ya que, como veremos, la Ley tiene carácter dispositivo. Luego la sanción correspondiente al incumplimiento del requisito consistente en la entrega de parte del precio en el momento de la entrega del objeto vendido es la misma que se fija para la inobservancia decualquier otro requisito de la Ley: el contrato de compraventa a plazos en cuestión queda fuera de su ámbito y no goza de sus beneficios. Se regirá por las normas comunes del C. C. y no le será aplicable la sanción del artículo 9.º, párrafo 2.º

Aun en aquellos casos en que el vendedor pretendiese inicialmente acogerse a la Ley, cumpliendo todos sus requisitos salvo éste, es evidente que no le interesaría continuar sujeto a la Ley a pesar de sus ventajas, ya que la pena impuesta en el artículo 9.º, párrafo 2.º, suprimiría el atractivo de las mismas.

¿Y si vendedor y comprador han previsto por adelantado la falta de entrega inicial? Esta posibilidad chocará contra el límite impuesto

por las tasas máximas de recargo establecidas por el Gobierno en desarrollo de la Ley (art. 20).

Volvemos a repetir que todas las consideraciones anteriores parten de suponer la validez, más que dudosa, del artículo 9.º, párrafo 2.º. Sin embargo, cabe una interpretación que encaja relativamente el precepto considerado en la normativa de la Ley. Es posible que lo que el legislador ha querido es evitar la evasión de la Ley, eliminando precisamente el efecto normal del incumplimiento de la entrega inicial de parte del precio: inexistencia del contrato a efectos de la Ley y existencia a efectos del C. C. La Ley tiene fuerza dispositiva, pero, una vez elegido su camino, se impone coactivamente. El legislador no desea que el comerciante acuda a la vía jurídica que se le ofrece con la garantía de que si no cumple todos los requisitos siempre puede retroceder y acudir a la regulación normal. Por eso no sanciona el incumplimiento de este requisito con su consecuencia normal (ya que esto implicaría aceptar esa posibilidad permanente de salirse de la Ley), sino que fija una sanción pecuniaria, manteniendo la compraventa en el ámbito de la Ley (para lo que tiene que aceptar su existencia a efectos de la misma), medidas ambas que benefician al comprador. Parece que esta interpretación no resiste un análisis literal en relación con el texto de la Ley. Pero también cabe alegar que la interpretación de las normas jurídicas debe estar guiada por un espíritu constructivo, encontrando explicación, en la medida que ello sea posible, a todos los preceptos que las mismas contengan.

Finalmente, señalaremos que, si bien hemos partido del carácter contradictorio del artículo 9.º, párrafo 2.º, frente a los artículos 2.º, párrafo 1.º, y 9.º, párrafo 1.º, también sería posible plantear si es cierta la declaración de la Ley según la cual la compraventa se perfecciona por el desembolso inicial, es decir, invertir la contradicción contenida en la Ley para mantener la vigencia del artículo 9.º, párrafo 2.º, e invalidar la naturaleza real de la compraventa a plazos (contenido de los artículos 2.º, párrafo 1.º, y 9.º, párrafo 1.º).

También cabría pensar en la existencia de dos formas de perfeccionarse el contrato de compraventa a plazos.

2. *Actos y contratos asimilados a la compraventa a plazos.*

El párrafo 2.º del artículo 2.º completa la definición del párrafo 1.º con una fórmula residual en la que acoge todos "los actos o contratos... mediante los cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos", "cualquiera que sea su forma jurídica". Esto último debe atenderse siempre con las limitaciones impuestas por los requisitos determinados en los artículos 9.º (ya estudiado), 5.º y 6.º, ya que, de lo contrario, aquéllos no tendrían ningún sentido, al poder ser incumplidos con absoluta facilidad. De lo que se deduce que esta amplitud ante las formas jurídicas hace referencia más bien a las diversas figuras jurídicas a las que se puede acudir para

los mismos fines, tales como la venta arrendamiento (21) o el arrendamiento con opción de compra de bienes muebles (especificados en el artículo 2.º, párrafo 2.º, del Proyecto de Ley), pero no a las formas mismas que estos contratos adopten, pues de ellas depende su inclusión en la Ley.

3. Bienes a cuya venta puede aplicarse la Ley.

Quedan excluidas de la Ley las compraventas que recaigan sobre:

- a) bienes inmuebles;
- b) bienes muebles incorporales;
- c) bienes muebles corporales consumibles.

Los bienes inmuebles pueden ser base de garantías suficientes (hipoteca, inscripción de cláusulas en el Registro) para asegurar una operación de compraventa a plazos (22). Este parece ser el criterio seguido por la Ley, teniendo en cuenta la explicación dada por la Exposición de Motivos, para justificar la exclusión de su ámbito de los préstamos garantizados con hipoteca (art. 4.º, n.º 4.º). En efecto, dice la Exposición de Motivos: "... porque están asegurados con una garantía que hace innecesarios otros medios protectores".

Según J. CASTÁN TOBEÑAS (23), los bienes muebles incorporales son, de acuerdo con nuestro C. C., todos los derechos a excepción del de propiedad (vid. arts. 334, n.º 10, 336 y 1.464, así como el epígrafe del Capítulo VII, Título IV, Libro IV, que habla de "derechos incor-

(21) RODRIGO URÍA, ob. cit.: "Otras veces se ha encubierto la compraventa bajo una forma contractual distinta no transmisora de la propiedad: nació así el contrato denominado venta arrendamiento, en el que el vendedor (no hay que vacilar en llamarle así) aparece cediendo la posesión y el uso de las cosas por un determinado plazo a título de arrendamiento, con la promesa a favor de la otra parte de transmitirle la propiedad al término del contrato; de esta forma se paga como precio de arriendo lo que en realidad es precio de compraventa".

En el Derecho belga, vid. HENRI DE PAGE, "Traité élémentaire de Droit Civil Belge", 1951, t. IV, sobre las ventajas que tiene para el vendedor aparecer bajo la figura de un arrendador.

En el Derecho francés, vid. M. PLANIOL y G. RIPERT-J. HAMEL, "Traité pratique de Droit Civil Français", 1932, t. X; A. COLIN y H. CAPITANT, "Curso elemental de Derecho civil", 3.ª ed., 1955, con notas de DEMÓFILO DE BUEN.

(22) F. CANDIL y CALVO, ob. cit.: "La reserva de propiedad tiene aplicación o puede tenerla en nuestro Derecho, tanto en la venta de muebles como de inmuebles. Sería, sin embargo, muy raro que el que vende un inmueble y concede al comprador crédito para todo o parte del precio, no tenga la precaución de constituir en garantía del pago de aquél un derecho real de hipoteca y prefiera en cambio la reserva de propiedad.

El empleo del pactum para garantizar el precio en la compraventa de inmuebles tuvo su razón de ser en una época en que por imperfección del sistema hipotecario, los vendedores decidieron buscar otras garantías de más fuerza que las resultantes de un derecho real ilusorio las más de las veces ante aquellas laberínticas hipotecas ocultas, generales, legales... Pero en los tiempos modernos tales inconvenientes han desaparecido por completo, y con ellos los medios empleados para aminorarlos, ante los cuales la reserva de propiedad tiene en este aspecto un valor meramente relativo".

(23) "Derecho civil español, común y foral", 1963, t. I, vol. 2.º, pág. 527.

porales"). Se trata de relaciones jurídicas situadas al margen de la realidad social y económica a la que atiende la Ley. Además, si en el caso de los bienes inmuebles su exclusión obedece a que pueden ser base de garantías fuertes al margen de esta Ley, aquí podríamos hablar de una verdadera incapacidad de los bienes muebles incorporales para ser base de garantías semejantes.

Los bienes muebles corporales consumibles son aquellos que se consumen cuando se usan de acuerdo con su naturaleza, según el artículo 337 del C. C. (aunque este artículo confunde la terminología y habla de bienes muebles fungibles y no fungibles). Sin embargo, esta definición podría plantear problemas si se toma al pie de la letra, ya que abarcaría todos los bienes existentes. Es preciso, pues, introducir un elemento que matice el dato de la consumición: el factor tiempo. Los artículos 481 y 482 del C. C. (sobre el usufructo) atienden a esta clasificación de bienes consumibles y no consumibles, y distinguen entre el consumo (que es instantáneo) y el deterioro (que es poco a poco). Pues bien, la Ley sólo elimina de su ámbito los bienes que son susceptibles de consumirse instantáneamente. La causa radica en la imposibilidad de establecer garantías sobre esos bienes consumibles.

Del examen de estas clases de bienes, se puede deducir que lo que parece haber preocupado al legislador, naturalmente, aparte de atender a la regulación de un fenómeno económico-social, ha sido el establecimiento de garantías a favor de vendedor y financiador. En efecto, excluye del ámbito de la Ley los bienes inmuebles porque no necesitan (por contar con otras garantías seguras) la garantía típica de la compraventa a plazos: la cláusula de reserva de dominio; pero elimina también los bienes incorporales y los consumibles porque no pueden acogerse, por esencia, a la cláusula de reserva de dominio. Ciertamente es que hemos señalado que los bienes incorporales quedan fuera de la realidad económico-social a que atiende la Ley, pero esto no puede decirse de los bienes inmuebles (venta de pisos) y de los consumibles (suministro de combustible a una industria).

Esta restricción de los bienes susceptibles de caer en el ámbito de la Ley ha podido, pues, venir determinada por esa preocupación en cuanto a las garantías de vendedor y financiador; pero también por la visión limitada que el legislador ha tenido de las posibles garantías (como veremos en el apartado que se refiere a las mismas), atendiendo sólo a aquella forma que se utiliza normalmente en el comercio (cláusula de reserva de dominio).

Esta concepción reducida del legislador español se revela más claramente si atendemos al Derecho Comparado, donde nos encontramos que en Argentina una Ley de 12-X-1950 regula la compraventa a plazos de lotes de terreno y que la Ley belga estudiada prevé, en su artículo 1.º, la ampliación de sus normas a contratos de prestación de servicio (24), en los que no existe ninguna cosa que pueda constituir garantía.

(24) Vid. nota 4.

Pero no basta con que los bienes sean muebles, corporales y no consumibles para que su venta a plazos pueda incluirse en el ámbito de la Ley. Es preciso además que sean específicamente designados por el Gobierno en el ulterior desarrollo de la Ley (art. 20, párr. 1.º).

En cuanto a las disposiciones anteriores sobre las compraventas a plazos y su financiación recaen (como ya vimos) sobre los “bienes de equipo” y prevén su aplicación a los “bienes de consumo duradero” (art. 8.º del Decreto-Ley de 27-XII-1962).

Cabe preguntarse si la Ley que estudiamos afecta en algo a todas esas disposiciones que hemos mencionado. El Discurso de Defensa de la Ley ante las Cortes considera que “estas normas continúan subsistentes por referirse a una finalidad crediticia de protección general a la industria, y la nueva Ley queda reducida, en lo que estimamos un acertado deslinde, a la financiación de cosas de uso duradero, existentes en el momento de la compra y destinadas al usuario general o consumidor”. Sin embargo, esta interpretación no resulta abonada por la letra de la Ley. Es cierto que las disposiciones anteriores continúan vigentes, puesto que, como estudiaremos más adelante, el carácter no imperativo de la Ley así lo determina, pero no hay razón para hacer ese deslinde de atribuciones entre “bienes de equipo” y “bienes de consumo”, ya que se trata de una diferencia basada en terminología económica que no corresponde a la jurídica. Y es el caso que “los bienes muebles corporales no consumibles” (art. 1.º) comprenden tanto los “bienes de consumo” como los “bienes de equipo”. De manera que la Ley puede aplicarse a la financiación de bienes de equipo, siempre que la venta de éstos se atenga a sus prescripciones. Naturalmente, el desarrollo legislativo previsto en los artículos 20 y 21 para la aplicación de la Ley condicionará su compatibilidad con los beneficios financieros de la legislación anterior, según que los requisitos de una y otra sean o no compatibles.

4. *Compraventas excluidas específicamente del ámbito de la Ley.*

El artículo 4.º excluye:

- 1.º) “Las compraventas a plazos de bienes muebles que, con o sin ulterior transformación o manipulación, se destinen a la reventa al público”. La Ley ha pretendido excluir todas las compraventas mercantiles, definidas en el artículo 325 del C. de c.: “Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa”. “Se trata de compraventas entre comerciantes que, conocedores de la realidad económica, no necesitan de especial protección” (Exposición de Motivos). Sin embargo, el artículo 4.º, n.º 1.º, al especificar que la reventa ha de ser al público ha falseado su intención, ya que no abarca más que las compraventas rea-

lizadas entre mayoristas y minoristas, puesto que estos últimos son los únicos que venden al público. Luego pueden someterse a la Ley:

- a) las compras de los industriales;
- b) las compraventas entre industriales y mayoristas;
- c) las compraventas entre intermediarios hasta llegar al detallista.

Es lógico que los industriales puedan acogerse a la Ley, ya que si pueden hacerlo para adquirir los "bienes de equipo" no hay razón para que se excluya la adquisición de materias primas (ambas medidas tienden al fomento de la industria). Es cierto que la transformación de las materias primas puede dar lugar a un derecho de accesión (25) que corta la eficacia de la cláusula de reserva de dominio (26). Pero ésta no es esencial al concepto de compraventa a plazos.

Sin embargo, hay que observar que el legislador no pensaba de esta forma, ya que al añadir "con o sin ulterior transformación o manipulación" (el Proyecto de Ley excluía sólo las operaciones de compraventa cuando no se modificaban los artículos objeto de las mismas) atendía evidentemente a este caso.

En cuanto a los intermediarios (segundo y tercer caso), no existe ninguna razón para que gocen de los beneficios de la Ley.

- 2.º) "Las ventas... ocasionales efectuadas sin finalidad de lucro". La Ley pretende facilitar las compraventas a plazos, es decir, atiende al tráfico en masa. Por ello excluye las compraventas aisladas; pero no hay razón para que el artículo 4.º, n.º 2.º, añada el requisito de que no exista finalidad de lucro:

- a) porque no existe compraventa sin finalidad de lucro a no ser que se entienda que el vendedor no persigue lucro cuando trata de perder lo menos posible;
- b) porque, aun entendiendo el lucro tan limitadamente como hemos indicado, las ventas aisladas deben quedar excluidas siempre. Al no constituir más que elementos accidentales del tráfico, su fomento no tiene sentido, puesto que no responden a las causas generales de aquél.

Este error se debe posiblemente a una copia literal del artículo 2.º, n.º 2.º, de la Ley belga.

- 3.º) "Las ventas... cuyo importe sea inferior o superior a la cantidad que se determine por el Gobierno". El comentario queda englobado en el del artículo 20.

(25) Basta recordar el art. 379, párrafo 3.º, del C. C.: "Si cualquiera de los dueños ha hecho la incorporación a vista, ciencia y paciencia y sin oposición del otro, se determinarán los derechos respectivos en la forma dispuesta para el caso de haber obrado de buena fe".

(26) Vid. K. LARENZ, ob. cit., pág. 75.

- 4.º) “Las operaciones de comercio exterior”. Estas presentan características propias que las hacen inadecuadas para la presente Ley.

Ni la Ley alemana ni la suiza contienen excepciones similares. Esta última, al sustituir los artículos del Código Civil y de las Obligaciones que regulaban todas las compraventas a plazos, no puede limitar su aplicación. Sólo el artículo 226m, párrafo 4.º, limita la aplicación de algunos preceptos a casos determinados; además, ello se hace con un criterio en cierto modo distinto al de nuestra Ley. En efecto, ésta tiende a evitar que los comerciantes se beneficien de ella (Exposición de Motivos), mientras que la Ley suiza aplica esos preceptos precisamente cuando el comprador es comerciante.

5. Eficacia de la Ley.

La Ley se propone “la regulación de las ventas a plazos de bienes” (art. 1.º). ¿Quiere esto decir que se aplica imperativamente a todas las compraventas a plazos que recaigan sobre bienes muebles corporales no consumibles? Hay artículos que parecen indicar este carácter coactivo de la Ley. Así el artículo 2.º, párrafo 2.º: “También se entenderán comprendidos en esta Ley los actos o contratos, cualquiera que sea su forma jurídica, mediante los cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos”. En efecto, este texto podría interpretarse como encaminado a evitar la evasión de los preceptos de la Ley, mediante la adopción de formas que encubran la realidad económica de una compraventa a plazos.

El artículo 18 presenta también las mismas características: “Se entenderán por no puestos los pactos, cláusulas y condiciones de los contratos regulados en la presente Ley que fueren contrarios a sus preceptos o se dirijan a eludir su cumplimiento”.

Sin embargo, domina el número de artículos donde se indica claramente la naturaleza no imperativa de esta ordenación de la compraventa a plazos:

- a) Artículo 2.º: “Por venta a plazos se entenderá, a efectos de esta Ley...”.
- b) Artículo 3.º: “A efectos de esta Ley...”.
- c) Artículo 5.º: “Para la validez de los contratos sometidos a esta Ley, y a efectos de la misma...”.
- d) Los artículos 9.º, 16, 17, 20, 21, 22 y 23 contienen expresiones análogas a las mencionadas.

Pero, además, si cabe alguna duda, la Exposición de Motivos aclara, en su párrafo tercero, la intención del legislador: “Tal es la finalidad de esta Ley, que abarca exclusivamente las compraventas que ofrezcan las características que la misma determina, sin negar la virtualidad de aquella convención que tenga como fin obligar a las partes a llevar a efecto una futura venta a plazos de bienes muebles, y sin que tampoco

se pretenda limitar el juego de los principios generales del Derecho privado”.

Vemos que la afirmación del artículo 1.º resulta excesiva. Es cierto que en el párrafo segundo de la Exposición de Motivos se dice que el movimiento legislativo anteriormente citado “al regular desde el punto de vista de la financiación estas ventas a plazos, viene a poner de relieve la necesidad de una disposición que regule dichas ventas en su aspecto sustantivo”. La Ley de 17-VII-1965 viene a rellenar este vacío, pero no imperativamente, sino con carácter dispositivo; se limita a ofrecer un cauce jurídico a las operaciones de compraventa a plazos y de financiación de las mismas. Aquellas que se ajusten a tales formas podrán gozar de las ventajas que ofrece el régimen jurídico de la Ley. Todos aquellos contratos que no se sometan a sus normas seguirán rigiéndose por el Código Civil (o de Comercio, según el caso) y no gozarán de sus preceptos.

Ya hemos visto cómo, por el contrario, las leyes alemana, belga y suiza tienen eficacia imperativa. Así se deduce de todos los artículos de la Ley alemana, especialmente de la disposición final transitoria (artículo 9.º), según la cual los contratos ya perfeccionados no se verán afectados por ella. En la Ley belga, los artículos 3.º y 4.º sobre las compraventas a plazos y los artículos 12, 13 y 14 sobre los préstamos de financiación no dejan duda en cuanto al carácter imperativo de los requisitos que establecen para ambos tipos de contrato respectivamente. El artículo 5.º, al establecer la naturaleza real del contrato de compraventa a plazos, deroga expresamente el artículo 1.583 correspondiente del Código Civil. Finalmente, la Ley suiza sustituye los artículos 226 a 228 del Código Civil y de las Obligaciones.

B)

1. *Concepto de los préstamos de financiación a efectos de la Ley (27).*

El artículo 3.º especifica lo que se entiende por “préstamos destinados a facilitar” las operaciones de compraventa a las que se refiere la Ley, determinando así los que pueden acogerse a su regulación. Para ello distingue dicho artículo entre los préstamos de financiación a vendedor (pár. 1.º) y los de financiación a comprador (pár. 2.º). De esta forma elude el concepto previo de préstamo de financiación. ¿Se trata de un tipo especial de préstamo? Sin pretender dar una contestación definitiva, podemos considerar que esta figura no constituye un tipo especial. Es un préstamo con las notas jurídicas normales de estos contratos y que se caracteriza por su finalidad financiadora.

(27) Sobre formas de financiación de estos contratos, vid. J. GARRIGUES, “Tratado”, págs. 389-90.

2. *Préstamos de financiación a vendedor.*

El párrafo 1.º del artículo 3.º incluye dos formas de préstamo de financiación a vendedor: una de carácter específico y otra de carácter genérico. La primera es "cuando el vendedor ceda o subrogue al financiador en su crédito frente al comprador, con o sin reserva de dominio". La Ley señala aquí la forma normal de operar en el mundo del comercio: el vendedor acude a un financiador, cediéndole su crédito frente al comprador a cambio del pago inmediato del precio pendiente. La financiación en este caso es "a posteriori", una vez perfeccionado el contrato de compraventa. La alusión directa a la cláusula de reserva de dominio es importante, ya que concede al financiador una garantía óptima, que era difícil de conseguir de acuerdo con la legislación común.

Pero el legislador ha querido dar mayor amplitud al concepto de "préstamo de financiación a vendedor", acogiendo también cualquier acuerdo de vendedor y financiador para facilitar las operaciones de compraventa a plazos de los bienes especificados en el artículo 1.º. Más que una segunda forma, el artículo 3.º, párrafo 1.º, ofrece una fórmula residual casi sin límites: basta con que el acuerdo se encamine a financiar las compraventas incluidas en la Ley. Podrán incluirse, pues, aquellos créditos dados a un comerciante para que instale un negocio o incremente el que tiene, siempre que éste se comprometa a ir proporcionando sus artículos mediante compraventas a plazos. Aquí la financiación es "a priori", cuando las operaciones de compraventa aún no se han perfeccionado.

3. *Préstamos de financiación a comprador.*

El préstamo que un tercero otorga al comprador a plazos para que pueda cumplir su obligación de pago, queda también incluido en la Ley (art. 3.º, pár. 2.º). Este préstamo puede ir acompañado de la subrogación del prestamista en el crédito del vendedor, a tenor del artículo 1.211 del Código Civil: "El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada". Nos encontramos en el mismo caso que en el ya estudiado de préstamo de financiador a vendedor (art. 3.º, pár. 1.º). La única diferencia radica en que es el comprador quien ha aportado la financiación al contrato de compraventa a plazos; pero esto es irrelevante a efectos de la Ley.

El artículo 3.º, párrafo 2.º, atiende, en realidad, a las financiaciones en las que el prestamista se limita a proporcionar al comprador parte del precio, permaneciendo al margen del contrato de compraventa.

Pero ¿qué sentido tiene esta financiación a través de comprador? La compraventa a plazos no es sino una forma de obtención de crédito por parte del comprador. Una vez conseguido este crédito, ¿qué razones

objetivas existen para que el comprador desee trasladarlo a un tercero distinto del vendedor? Evidentemente ninguna. Lo lógico es acudir a un prestamista cuando no se obtiene crédito para la operación que se quiere realizar y esto es precisamente lo contrario de lo que ocurre en la compraventa a plazos. Si un tercero adelanta al comprador la cantidad aplazada del precio, de tal manera que aquél puede pagar de inmediato todo el precio, la compraventa a plazos ha desaparecido, transformándose en una compraventa al contado. Las obligaciones del comprador frente al vendedor se extinguen y sólo subsiste su deuda frente al prestamista. Aquí el crédito procede del préstamo y no de la compraventa puesto que ésta es al contado.

Vemos, pues, que el artículo 3.º, párrafo 2.º, no hace sino incluir en el ámbito de la Ley la financiación de compraventas al contado. El legislador atiende al fin de este contrato de préstamo a través de comprador: ofrecer al comprador el crédito que no le ofrece el vendedor, ni indirecta (préstamo de financiación a través de vendedor), ni directamente. Es, en definitiva, el mismo que el de compraventa a plazos y ésta es la razón por la que la Ley quiere acoger también esos contratos. Pero, previamente, les impone las mismas características que a la compraventa a plazos:

- 1.º) El préstamo será “como máximo, el importe aplazado del precio en las ventas a que se refiere esta Ley” (art. 3.º, pár. 2.º). Esto corresponde a la obligación de entregar parte del precio para perfeccionar el contrato de compraventa a plazos, con el fin de que el comprador no abuse del crédito (da lo mismo que proceda del vendedor o de un tercero).
- 2.º) La devolución del préstamo será a plazos.
- 3.º) La devolución será “en tiempo superior a tres meses y en el número de plazos, nunca inferior a tres, que se determinen conforme al artículo 20”. El artículo 3.º, párrafo 2.º, repite casi al pie de la letra lo que la última parte del artículo 2.º, párrafo 1.º, establece para la compraventa a plazos.

La inclusión de estos contratos parece contradictoria con el artículo 1.º, según el cual son objeto de la Ley “los préstamos destinados a facilitar” las compraventas a plazos reguladas por ella. Sin embargo, no debemos olvidar el concepto amplio que introduce el párrafo 2.º del artículo 2.º para incluir en la Ley “los actos o contratos” que “se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos”. En este sentido cabe incluso preguntarse si todo el contenido del artículo 3.º, párrafo 2.º, no queda directamente incluido en esa fórmula residual del artículo 2.º, párrafo 2.º, siendo una repetición superflua su inclusión en el artículo 3.º

4. Préstamos excluidos específicamente del ámbito de la Ley.

El artículo 4.º excluye:

- 1.º) Todos los préstamos que financien las compraventas elimina-

das de la Ley por el mismo artículo y ya estudiadas anteriormente. Así lo indica expresamente el artículo 4.º, n.º 1.º: "... y los préstamos cuya finalidad sea financiar tales operaciones". Esto mismo es aplicable a los números 2.º, 3.º y 5.º del artículo 4.º, en virtud del artículo 1.º que extiende el ámbito de la Ley a los préstamos que faciliten las compraventas que ella misma regula. Razonando "a contrario sensu", es evidente que no se ocupará de los préstamos que financien las compraventas no incluidas en la Ley.

2.º) Los "préstamos ocasionales efectuados sin finalidad de lucro" (art. 4.º, n.º 2.º). La Ley, encaminada a favorecer el tráfico de bienes, debe desentenderse de las operaciones ocasionales, pero es ilógico que añada el requisito de la ausencia de lucro, aunque en este caso no carezca de sentido como en la compraventa. En efecto, puede haber préstamos con y sin lucro, según sean con o sin interés (art. 1.740 del C. C.). Sin embargo, insistimos, esta distinción entre préstamos ocasionales es improcedente a efectos de la Ley:

a) Porque ésta debe excluir de sus beneficios todas aquellas operaciones que no tengan importancia en el tráfico en masa, ni respondan a las condiciones del mismo.

b) Porque resulta notablemente injusto favorecer al que presta ocasionalmente con interés frente al que lo hace gratuitamente. En todo caso la preferencia debería ser inversa.

3.º) "Los préstamos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento" (art. 4.º, n.º 4.º) "porque están asegurados con una garantía que hace innecesarios otros medios protectores" (Exposición de Motivos). La Ley no quiere interferir en los procedimientos especiales con que cuentan estas garantías. Quedan sin mencionar la fianza y la prenda.

En efecto, la fianza no constituye una garantía tan fuerte y, además, no cuenta con ningún procedimiento especial. Pero no se puede decir lo mismo de la prenda. ¿Por qué no se excluyen los préstamos que cuenten con esta garantía? Ocurre lo que ya señalaremos al hablar de las garantías a las que se refiere la Ley, y es que ésta no prevé la existencia de tales préstamos porque, al hablar de prenda, piensa sólo en la constituida sobre el objeto mismo de la compraventa. Es evidente que esta garantía no es compatible con la compraventa a plazos, ya que priva de la posesión del objeto hasta el pago total del precio, y esto es precisamente opuesto al fin de aquélla: el disfrute de la cosa antes de haber pagado todo su precio. Pero, ¿se puede decir lo mismo cuando la prenda recae sobre otro objeto? La respuesta es negativa. Aquí de nuevo se refleja la limitación con que el legislador ha considerado

las garantías que se pueden establecer en torno a las compraventas a plazos y sus contratos accesorios.

- 4.º) Los “préstamos cuyo importe sea inferior o superior a la cantidad que se determine por el Gobierno” y “las operaciones de comercio exterior” (art. 4.º, n.º 3.º y n.º 5.º).

El artículo 16 extiende la limitación cuantitativa impuesta en el artículo 3.º, párrafo 2.º, a todos los préstamos de financiación regulados por la Ley: “no podrán exceder de la parte aplazada del precio de la cosa para cuya adquisición se convienen”. Como ya vimos al estudiar las financiaciones a través del comprador, el legislador trata de evitar, con estas medidas, que se burlen los preceptos de los artículos 2.º y 9.º sobre la perfección del contrato, cuya intención es evitar el abuso del crédito.

La sanción de esta prohibición es doble (art. 16, pár. 2.º):

- 1.º) Nulidad del contrato de préstamo a efectos de la Ley, es decir, exclusión de su ámbito.
- 2.º) Aplicación a vendedores o financiadores de las sanciones previstas en el artículo 20, párrafo 3.º: multas o prohibición de acogerse a la Ley durante un período determinado.

C)

1. *Garantías reguladas por la Ley.*

El artículo 1.º incluye, finalmente, bajo el ámbito de la Ley las garantías “que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de aquellos contratos”. La Ley no especifica después, como hace con las compraventas y los préstamos, lo que entendié por tales garantías, por lo que hay que acudir a los conceptos del Código Civil. Del artículo 4.º, número 4.º, se deduce la exclusión de la hipoteca y la prenda sin desplazamiento cuando recaen sobre préstamos de financiación de compraventas a plazos reguladas por la Ley. Pero fuera de estos casos, se acepta teóricamente la regulación de todos los contratos de garantía accesorios a los de la Ley (artículo 1.º). Sin embargo, el articulado no contiene ninguna norma sobre tales contratos. Luego el artículo 1.º no se refiere a éstos, sino a las cláusulas de garantía convenidas en los contratos de compraventas a plazos y de préstamos de financiación de las mismas. En efecto, la Ley no habla más que de este tipo de garantías: cláusulas de reserva de dominio y de prohibición de disponer (arts. 3.º, 6.º y 23).

El legislador parece desconocer la posibilidad de garantizar la compraventa mediante una fianza, así como con cosas distintas de las que constituyen el objeto mismo del contrato, hasta el punto de que excluye los préstamos de financiación garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento, pero no las compraventas que se respalden con esas mismas figuras, siendo evidente que no existen razones de

fondo para tal distinción. Lo que ocurre es que la Ley no habla, en este caso, de la compraventa, porque no concibe la posibilidad de que ésta se garantice con hipoteca o prenda sin desplazamiento sobre objetos ajenos a la compraventa. Por esto mismo, la Ley no habla en ningún caso de la garantía de prenda, ya que constituir esta garantía sobre el objeto de la compraventa a plazos supone privar al comprador de su posesión inmediata, lo que es precisamente contrario a la finalidad de esta institución jurídica. En cuanto a la fianza, no se menciona tampoco en ningún caso.

Es evidente que lo normal en la compraventa a plazos es buscar la garantía en el propio objeto del contrato, pero no resulta menos cierto que las cláusulas de reserva de dominio y de prohibición de disponer no son esenciales a la compraventa a plazos, ni tan siquiera naturales, sino simplemente accidentales (28). Ello se deduce incluso del artículo 6.º que, al fijar las circunstancias que han de constar obligatoriamente en los escritos del contrato, alude a dichas cláusulas "si así se pactara" (art. 6.º, n.º 12) y "en su caso" (art. 6.º, n.º 13). Tampoco hay razón (y la Ley no lo hace) para prohibir otro tipo de garantías, como los que hemos señalado más arriba.

Cabe añadir que, visto el contenido de las garantías a las que se refiere el artículo 1.º, dicha referencia sobra, ya que si la Ley regula determinados contratos de compraventa y préstamo, es lógico que regule también todas las cláusulas que forman su contenido, aunque se refieran a las garantías establecidas. Así lo entienden las leyes extranjeras estudiadas, ya que ninguna de ellas hace referencia a garantías constituidas con motivo de los contratos que regulan.

III. REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

1. *Forma de los contratos.*

El artículo 5.º fija dos requisitos de forma, esenciales para la validez de los contratos incluidos en la Ley:

- a) "que consten por escrito" y
- b) "en tantos ejemplares como partes intervengan".

La finalidad de este precepto es doble. Primero, se trata de proporcionar una información completa a cada una de las partes para que éstas sepan en cualquier momento los derechos y obligaciones de que son titulares en virtud del contrato celebrado. Esto tiende fundamen-

(28) En el Derecho mejicano, JOAQUÍN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ dice refiriéndose a la venta con reserva de propiedad: "Difícilmente se la concibe sin conexión con la venta a plazos, aunque ello no es esencial, como tampoco lo es la entrega de la cosa vendida hasta el pago del precio", "Curso de Derecho Mercantil", 2.ª ed., 1952, t. II.

J. GARRIGUES considera que "la cláusula de reserva de dominio es el alma jurídica de la venta a plazos", vid. "Tratado".

talmente a la protección del comprador. Un segundo objetivo, no menos importante, es “mantener en virtualidad el contenido imperativo del contrato” (Exposición de Motivos). En efecto, la Ley quiere proporcionar un cauce jurídico especial a determinados contratos de compraventa a plazos siempre que se sometan a sus requisitos; lógico es, pues, que busque la forma de comprobar el cumplimiento efectivo de aquéllos. Este segundo fin es el que induce a sancionar esta forma de los contratos con su falta de validez, naturalmente, “a efectos de la misma”, tal como se deduce de la eficacia de la Ley (ya estudiada) y de la letra del mismo artículo 5.º. Es posible que esto responda, como razón de fondo, a que cuando el legislador no está seguro de que se hayan cumplido los requisitos de la Ley porque no se ha cumplido precisamente aquel (el de la forma escrita) que permite su rápida y segura comprobación, presume la omisión de aquéllos y, consecuentemente, sanciona con la exclusión de su ámbito.

En cuanto a la multiplicidad de ejemplares, atiende fundamentalmente al fin de información, facilitando de paso el de comprobación de los requisitos.

Al mismo tiempo, el artículo 5.º crea un medio óptimo de prueba “sin que se pretenda alterar las reglas de la prueba ordinaria” (Exposición de Motivos), lo que especifica directamente el artículo 3.º de la Ley belga: sin perjuicio de las reglas que rigen la prueba en derecho común, las ventas a plazos deben ser objeto de un contrato escrito en tantos ejemplares como partes contratantes haya con interés propio. Esto sale al paso de que una de las partes pretenda invalidar el contrato (a efectos de la Ley) mediante la destrucción de su ejemplar del contrato, cuando no constase en los demás ejemplares el número de los mismos.

La Ley suiza se conforma con que la forma del contrato sea escrita y no exige la multiplicidad de ejemplares (art. 226a, párr. 2.º). Sin embargo, según el artículo 226c, párrafo 1.º, el contrato no produce efectos frente al comprador hasta cinco días después de haber recibido una copia firmada por las partes. El artículo 5.º de nuestra Ley copia el artículo 3.º de la Ley belga (o el artículo 12, que se refiere a los préstamos); sin embargo, esta última no sanciona su incumplimiento con la nulidad del contrato, sino reduciendo la obligación del comprador al pago del precio al contado o del nominal del préstamo y manteniendo su derecho a efectuar dicho pago en los plazos previstos. El artículo 5.º de la Ley austríaca disponía ya que cuando la venta a plazos se realice por escrito, el vendedor tiene que entregar a sus expensas una copia al comprador; lo que sanciona con multa hasta de cincuenta florines.

2. Cláusulas obligatorias de los contratos.

El artículo 5.º atiende a garantizar el cumplimiento de los requisitos impuestos por la Ley y el conocimiento por las partes del contenido

del contrato. Para ello, no basta con la existencia de tantos ejemplares escritos como sujetos del contrato. Esa garantía sólo tiene sentido si se determina el contenido de dichos ejemplares. A ello tiende precisamente el artículo 6.º, fijando, con carácter obligatorio, el contenido mínimo de los contratos sometidos a la Ley. No se suprime por ello la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil, ya que el artículo 6.º acepta también “los pactos y cláusulas que las partes libremente estipulen”. Las catorce circunstancias que el artículo 6.º enumera como obligatorias atienden a las siguientes cuestiones:

- a) “Lugar y fecha del contrato” (n.º 1.º),
- b) Determinación de las partes del contrato (n.º 2.º),
- c) Determinación del objeto y precio de la compraventa (números 3.º y 4.º),
- d) Circunstancias que afectan al precio de la compraventa (números 5.º a 10),
- e) Facultades y garantías del vendedor o del financiador (números 11 a 13), y
- f) Derecho del comprador (n.º 14).

Se observa de inmediato que el legislador dedica su atención preferente al precio y a las garantías del vendedor o del financiador, los que, en definitiva, constituyen las particularidades más relevantes de los contratos de compraventa a plazos y de financiación de las mismas. Con todas estas medidas de información la Ley consigue proteger en gran medida al comprador, subsanando su ignorancia, que es precisamente la fuente de abusos más importante en las operaciones de compraventa a plazos.

Es curioso observar el contenido del número 14 del artículo 6.º por el que, en definitiva, se impone al vendedor (como se deduce al estudiar las sanciones del artículo 7.º) la obligación de informar al comprador sobre uno de sus derechos reconocido en el artículo 10 de la Ley. Esta cláusula, nueva con respecto al Proyecto de Ley, es análoga a la que contiene la Ley suiza en el artículo 226a, párrafo 2.º, cuando enumera las circunstancias obligatorias que han de constar en el documento del contrato. Entre ellas figura, en efecto, la cláusula en la que se informa sobre el derecho del comprador a declarar al vendedor, en el plazo de cinco días, que desiste del contrato, derecho especificado luego en el artículo 226c.

La cláusula número 14 del Proyecto de Ley, sustituida por la que acabamos de ver, aludía a la consignación en el contrato de “las prestaciones en especie que haya de realizar el comprador”, “si se hubiera pactado”, copia de la cláusula número 6.º de la Ley suiza (art. 226a, párrafo 2.º).

El artículo 17 extiende la aplicación del artículo 6.º a “los contratos de préstamo de financiación... en lo que resulte aplicable... sustituyéndose los conceptos de precio al contado y precio de venta a plazos por los de nominal del préstamo e importe total del mismo

resultante de los incrementos correspondientes". La Ley belga sigue un sistema más claro al regular independientemente, aunque de forma análoga, ambos contratos (Capítulos 2.º y 3.º).

3. Sanción por el incumplimiento de las cláusulas obligatorias.

El artículo 6.º fija las circunstancias que han de contener "con carácter obligatorio" los contratos acogidos a la Ley, y es el artículo 7.º el que se ocupa de sancionar las omisiones contrarias a esta obligatoriedad. Para ello parte el legislador de una presunción según la cual el contenido mínimo obligatorio del contrato determinado por el artículo 6.º favorece fundamentalmente al comprador (sobre todo a efectos de información, como ya hemos visto). Consecuentemente, castiga su incumplimiento con sanciones económicas al vendedor, precisamente en favor del comprador.

Hay que señalar que esta presunción de la Ley, así como otras establecidas en el mismo sentido (inferioridad del comprador frente al vendedor), es cierta sólo con relación al comprador consumidor, pero no para el comprador productor, es decir, para el comprador de "bienes de equipo". Ello demuestra que el legislador no piensa en este último, de acuerdo con lo expuesto en el Discurso de Defensa ante las Cortes de la Ley. Sin embargo, debemos señalar de nuevo, como hicimos al estudiar los bienes cuyas compraventas podían incluirse en el ámbito de esta Ley, que el artículo 1.º no permite por sí solo tal interpretación.

El artículo 7.º sanciona "la omisión o expresión inexacta de alguna de las circunstancias señaladas" en el artículo 6.º, reduciendo la obligación del comprador "a pagar exclusivamente el importe del precio al contado, con derecho a satisfacerlo en los plazos convenidos, exento de todo recargo por cualquier concepto". Esta sanción se aplica de distinta forma según la importancia de las circunstancias omitidas o inexactas, y a ello atiende cada uno de los dos párrafos del artículo 7.º.

Cuando se trata de la determinación del objeto y precio de la compraventa, así como de las circunstancias que afectan al precio (números 3.º a 10 del art. 6.º), basta con que la omisión o inexactitud no sea imputable "a la voluntad del comprador" (art. 7.º, párr. 1.º). Esta norma viene a ser una especificación del artículo 1.288 del Código Civil: "La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad".

El concepto de imputabilidad utilizado por el artículo 7.º no parece totalmente adecuado. En efecto, si el contrato presupone siempre el acuerdo de voluntades de las partes (consentimiento), podrá imputarse siempre su contenido, cualquiera que éste sea, a ambas partes. Luego ateniéndonos estrictamente a lo que dice el artículo 7.º, párrafo 1.º, su sanción no tendría nunca efectividad.

Es preciso acudir a la intención del legislador. Este tiene en cuenta

principalmente, como ya hemos visto, al comprador consumidor, persona que normalmente ignora las regulaciones legales (en este caso, las de esta Ley). Frente a él, el vendedor conoce la legislación aplicable a sus ventas, por lo que, a la imputabilidad del contrato se le podrá añadir la culpabilidad de que el contenido de aquél no cumpla los requisitos legales. Esto resulta aún más evidente si consideramos que normalmente las compraventas a plazos se realizan mediante contratos de adhesión, en los que el vendedor fija todas las cláusulas, limitándose el comprador a aceptarlas, sin que tenga normalmente un conocimiento exacto de sus consecuencias. Esto es lo que el legislador trata de evitar parcialmente: que el vendedor oculte o desvirtúe frente al comprador las cláusulas obligatorias de estos contratos de compraventa acogidos a la Ley, disminuyendo así sus garantías y posibilidades de reclamación. Para ello, es posible, como ya ha quedado indicado, que el concepto de culpabilidad fuese más adecuado que el de imputabilidad, y así habrá que interpretar el artículo 7.º si no se quiere cercenar su eficacia: la sanción se impondrá siempre que se demuestre que el comprador no es culpable de las omisiones o inexactitudes de las circunstancias del artículo 6.º.

Las leyes suiza y belga esquivan este problema adoptando la presunción "iuris et de iure" de la culpabilidad del vendedor o del financiador en tales casos. En efecto, para imponer sus sanciones basta con que se hayan incumplido algunas de las cláusulas obligatorias (artículo 226a, párr. 3.º, y arts. 8.º y 17). Esta solución, además de simple, tiene un carácter más social, de acuerdo con la realidad, en la que las empresas comerciales utilizan la forma de los contratos de adhesión para imponer su voluntad frente a los compradores (29).

La atención preferente por las circunstancias que se refieren al precio de venta, reflejada en el número de cláusulas obligatorias dedicadas a tal efecto por el artículo 6.º, se manifiesta aquí también al requerir menos condiciones la sanción de su inobservancia que para las demás circunstancias. Así, la omisión o inexactitud de las demás enumeradas en el artículo 6.º (números 1.º, 2.º y 11 a 14) "podrá determinar la misma reducción, acordada por el Juez" si, además de la condición establecida para las circunstancias de los números 3.º a 10. "el comprador justifica que ha sido perjudicado" (art. 7.º, párr. 2.º). Aunque el párrafo 2.º no especifica nada sobre la no imputabilidad a la voluntad del comprador, es evidente que este requisito para que se sancione al vendedor es aplicable también a este caso.

La magnitud del perjuicio no es relevante a efectos del artículo 7.º, párrafo 2.º, ni en cuanto a la aplicación de la sanción (es de suponer la necesidad de superar un mínimo razonable), ni en cuanto a la cuantía de la misma, que es siempre fija. Esto es lógico si se piensa que en ambos casos del artículo 7.º se trata de castigar la conducta culpable del vendedor; pero lo que no parece justo es que ello pueda

(29) Vid. J. GARRIGUES, "Curso de Derecho Mercantil", 1962, págs. 100 y ss.

repercutir en un enriquecimiento por parte del comprador. Así, en el primer caso (números 3.º a 10) no se requiere que el comprador salga perjudicado, y en el segundo, la cuantía del perjuicio puede ser inferior al beneficio del comprador.

El artículo 7.º plantea una segunda dificultad, esta vez de tipo práctico, en cuanto a su eficacia. En efecto, ¿cómo reducir la obligación del comprador “a pagar exclusivamente el importe del precio al contado, con derecho a satisfacerlo en los plazos convenidos” cuando sean precisamente las circunstancias que se refieren a estos datos las omitidas (art. 6.º, números 4.º a 7.º)?

Es cierto que la dificultad que acabamos de apuntar puede ser fácilmente vencida. Sin embargo, unida al enriquecimiento injusto a que puede dar lugar el artículo 7.º, nos induce a creer en la conveniencia de haber optado por una sanción al vendedor análoga a las señaladas en el artículo 20, párrafo 3.º (“multa hasta de cien mil pesetas, suspensión temporal en la práctica de aquellas operaciones hasta por un año o prohibición definitiva de realizarlas”), en vez de la establecida, como propugnamos también al comentar el artículo 9.º en cuanto a la sanción de la perfección del contrato.

Cabe también señalar la incongruencia existente entre la sanción señalada por la Ley para la omisión de los requisitos del artículo 5.º y la estudiada ahora para los del artículo 6.º. Ya vimos que ambos artículos eran continuación el uno del otro, constituyendo un todo, cuyo fin es doble: garantía del cumplimiento de los requisitos de la Ley e información a las partes. Lo lógico, pues, es que la infracción del artículo 6.º diese también lugar a la exclusión del contrato del ámbito de la Ley. A esta conclusión se podría llegar si se considerase que el mismo artículo 6.º, al fijar la obligatoriedad de las cláusulas que enumera, condiciona implícitamente la validez del contrato a su observancia, constituyendo entonces el artículo 7.º una sanción suplementaria. Esta sería posiblemente la solución más conveniente, máxime si se tiene en cuenta que, dadas las características de dicha sanción, si las partes se ponen de acuerdo pueden llegar a constituir un contrato en blanco o sin las cláusulas obligatorias del artículo 6.º y que cumpla, no obstante, los requisitos del artículo 5.º, defraudando así la intención de la Ley. Sin embargo, esta interpretación es insostenible si tenemos en cuenta que la Jurisprudencia ha repetido en múltiples ocasiones, refiriéndose al artículo 4.º del Código Civil, que éste “se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser interpretado con criterio rígido, teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la Ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera o toda omisión de formalidades legales haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad” (Sentencia de 19-X-1944). En este caso, la existencia de una sanción específica para el incumplimiento de los requisitos del artículo 6.º corta, pues, la posibilidad de que dicho incumplimiento provoque tam-

bién la falta de validez del contrato en cuestión. Además, finalmente, ¿cómo aplicar una sanción impuesta por la Ley (la del art. 7.º) a un contrato que precisamente ha sido excluido de su ámbito?

De nuevo podemos dar una explicación causal de esta diversidad de sanciones para el incumplimiento de los artículos 5.º y 6.º si atendemos a las leyes suiza y belga. La Ley suiza sanciona ambas infracciones con la nulidad del contrato, mientras que la Ley belga las sanciona con la reducción del precio. Parece, pues, que el legislador español ha mezclado aquí también el contenido de estas dos leyes extranjeras.

El artículo 17 extiende también la sanción del artículo 7.º a los contratos de préstamo de financiación. Ya hemos indicado que la Ley belga no tiene que recurrir a estos sistemas, al regular ambos contratos separadamente.

4. *Cláusulas nulas.*

Hasta ahora hemos visto que la Ley sanciona de dos maneras el incumplimiento de sus requisitos:

- a) Excluyendo de su ámbito los contratos correspondientes.
- b) Disminuyendo los ingresos del vendedor procedentes del contrato en beneficio del comprador.

También hemos señalado que esta ambigüedad es improcedente, ya que:

- a) Desde un punto de vista lógico, se sancionan actos análogos de distinta forma.
- b) Desde el punto de vista de la Ley, la única sanción coherente es la de exclusión de su ámbito. En efecto, se trata de una Ley de eficacia no imperativa. Si no se cumplen sus requisitos, no se puede disfrutar del cauce jurídico que ofrece, y eso es todo.

Pues bien, el artículo 18 viene a implantar un tercer tipo de sanción para otra forma de incumplimiento de los requisitos de la Ley: "Se entenderán por no puestos los pactos, cláusulas y condiciones de los contratos regulados en la presente Ley que fueron contrarios a sus preceptos o se dirijan a eludir su cumplimiento". Hay que tener en cuenta que el artículo 6.º no limita el contenido del contrato a las circunstancias enumeradas, ya que admite además "los pactos y cláusulas que las partes libremente estipulen".

Como ya estudiamos en el epígrafe correspondiente a la eficacia de la Ley, la redacción de este artículo, considerada aisladamente, nos induciría a creer que nos encontramos ante una Ley de carácter imperativo que, mediante este precepto, pretende evitar la evasión de su ámbito. Pero no es éste el caso.

Las críticas hechas anteriormente pueden repetirse para este caso. En cuanto al tono imperativo que introduce en la Ley, la única expli-

cación que encontramos es esa hipotética intención del legislador (a la que ya aludíamos al interpretar el artículo 9.º, sobre la perfección del contrato) de evitar que los vendedores y financiadores puedan acogerse a la Ley con la posibilidad de desligar sus contratos de la misma y acudir a la legislación común en cuanto surja alguna dificultad.

Tal vez, el desarrollo de la Ley imponga, o bien un sometimiento expreso a sus preceptos, o bien un sometimiento tácito a través de lo previsto en el artículo 20, párrafo 2.º: el Gobierno “determinará las condiciones que deben cumplir y las obligaciones que asumen los comerciantes y Sociedades que habitualmente, a título principal o accesorio y bajo cualquier forma, realicen las operaciones comprendidas en esta Ley”. En efecto, el cumplimiento de tales condiciones y obligaciones puede implicar la obligación de acogerse siempre a la Ley para las operaciones comprendidas en la misma.

5. *Inscripción en el Registro.*

El artículo 23 crea un Registro para las cláusulas de reserva de dominio y de prohibición de disponer “que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley”. Esta inscripción tiene carácter facultativo aun dentro de la misma Ley. Sin embargo, su eficacia es tal (condiciona la oponibilidad a tercero) (30) que todos los vendedores o financiadores acudirán de seguro a dicho Registro, siempre que el desarrollo de la Ley previsto por el artículo 20, párrafo 1.º, se lo permita: “El Gobierno... determinará los (bienes) identificables a efectos del Registro”.

Esta norma deroga, a sus efectos, el artículo 464 del Código Civil (31), de acuerdo con el principio de derogación tácita “lex posterior

(30) Con respecto al Derecho mejicano, J. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, ob. cit.: “Para que la venta con reserva de dominio surta efectos contra terceros, precisa que el contrato sea inscrito en el Registro de la Propiedad y que se refiera a cosas identificables”.

J. GARRIGUES, “Tratado”: “Evidentemente el sistema mejor será crear un registro público especial; cabría pensar en los efectos frente a terceros del documento público (arts. 1.218 y 1.227 del C. C.) y afirmar que si el pacto de reserva de dominio figura en una escritura notarial, los terceros están obligados a pasar por él. Esta solución es muy discutible desde el punto de vista de la seguridad del tráfico”.

(31) F. CANDIL y CALVO, ob. cit.: “Supuesto un pacto de reserva de propiedad y la consiguiente transmisión de la cosa al comprador, teniendo éste mala fe y dispuesto a cometer un fraude, puede deshacerse de la cosa en perjuicio del vendedor, el cual tendrá que retroceder ante el expresado art. 464, que sanciona y garantiza la posesión del adquirente de buena fe.

Este mal es absolutamente inevitable, dada la actual organización de la propiedad mueble. Algo puede conseguirse, pero no mucho, con precepto análogo al art. 715 del C. C: suizo, que declara nula la reserva de propiedad si no ha sido inscrita en un registro público del domicilio del adquirente. El procedimiento del registro, si fuese tan general que evitara en cuanto a los muebles la necesidad del principio de que la posesión equivale a título, sería suficiente para resolver

derogat anterior". Con ella, la Ley introduce un grave obstáculo al tráfico de bienes muebles corporales no consumibles, lo que supone en cierto modo una contradicción de sus propios fines. En efecto, antes de adquirir bienes que el vendedor haya podido obtener a través de contratos acogidos a esta Ley, el comprador tiene que asegurarse de la inexistencia de una inscripción de este tipo sobre el bien de que se trate en las diversas oficinas del Registro Mercantil extendidas por todo el territorio nacional, ya que "el Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer se llevará por los Registradores mercantiles" (art. 23, párr. 2.º). De lo contrario, este tercer comprador puede verse privado de dicho bien.

Esto supone suprimir en gran parte la eficacia del artículo 464 del Código Civil. En cuanto al artículo 85 del Código de Comercio, sólo se verá afectado en los casos de tiendas que se dedican a comprar objetos usados para su reventa, ya que en los demás casos, las compras de los comerciantes para vender al público quedan excluidas de la Ley (art. 4.º, n. 1.º). ¿Hasta qué punto, cabe preguntarse, no se quiere, con este artículo 23, establecer garantías para vendedores y financiadores que van, en realidad, contra la misma naturaleza del tráfico mobiliario? (32).

El Proyecto de Ley (art. 24), con un criterio más prudente, autorizaba al Gobierno "para, si lo estima conveniente, organizar un Registro donde se tome razón con carácter obligatorio o facultativo, de los contratos de esta clase que se determinen para la oponibilidad a tercero de las reservas de dominio estipuladas", copiando el artículo 30 de la Ley belga.

El artículo 1.524, párrafo 2.º, del Código Civil italiano contiene un régimen especial para determinados bienes especialmente relevantes.

IV. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

A) DERECHOS

1. *Derecho a recibir la cosa.*

Al estudiar el artículo 9.º vimos que la venta "sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga en el momento de la entrega o puesta a disposición del objeto vendido, el desembolso inicial". Por lo tanto, si hablamos con propiedad, la entrega de la cosa no constituye un derecho del comprador nacido del contrato, puesto que ella precisamente condiciona el nacimiento de éste. Todo esto se debe

éste y otros muchos problemas, pero, desgraciadamente, nos encontramos bastante lejos de alcanzarlo".

(32) K. LARENZ, ob. cit., destaca cómo la eficacia de la cláusula de reserva de dominio va en detrimento de la función publicitaria de la posesión.

al cambio introducido por la Ley en la naturaleza del contrato de compraventa. Sin embargo, económicamente, esa entrega de la cosa constituye una de las partes más importantes de la operación de compraventa a plazos; jurídicamente es la causa por la que el comprador efectúa el contrato, ya que es la prestación que espera del vendedor (art. 1.274 del C. C.).

De la misma forma que hablamos de este derecho a recibir la cosa en el contrato de compraventa regulado por la Ley, podemos hablar del derecho que tiene el prestatario a recibir la cantidad de dinero que el prestamista le adelanta. Esto se puede aplicar al comprador en el caso del préstamo de financiación a través del mismo (art. 3.º, párrafo 2.º).

2. Derecho al saneamiento.

La Ley no habla nada de éste. Sin embargo, la remisión forzosa a las normas del C. C. puede plantear problemas. ¿Podrá el comprador retener el pago de los plazos en base a este derecho? Ya la Ley austríaca preveía la posibilidad de ejercer este derecho por vía de excepción durante todo el tiempo en que el pago no se haya efectuado íntegramente (art. 4.º, pár. 3.º).

3. Derecho a desistir del contrato.

El artículo 8.º atiende al derecho que tiene el comprador de desistir del contrato. Una medida de este tipo parece adecuada para proteger al comprador que precipitadamente se embarca en una operación de compraventa a plazos, y así lo señala el Discurso de Defensa de la Ley ante las Cortes. Sin embargo, este juicio apriorístico queda desmentido por la eficacia y el contenido del artículo 8.º.

En efecto, su eficacia es casi nula, ya que no sólo no tiene fuerza imperativa (con respecto a la Ley), sino que ni tan siquiera considera el legislador que la cláusula por la que se establece ese derecho tiene carácter natural dentro del contrato.

¿Qué valor tiene que el artículo 8.º reconozca una cláusula pactada por las partes, cuya validez ya está reconocida genéricamente por el artículo 1.255 del Código Civil y por el artículo 6.º de la misma Ley, al no estar en contradicción con sus preceptos (art. 18)? Sólo vemos una: la determinación del contenido de esa cláusula.

Si de esta forma se pretende proteger al comprador, predeterminando a su favor las condiciones del desistimiento para cuando éste se pacte entre las partes, hay que concluir que el camino elegido no es propicio para ello. El artículo 8.º se limita al reconocimiento de la voluntad de las partes, y es posible que el vendedor no acepte dicha cláusula, en cuyo caso no se aplicará; esto es especialmente impor-

tante si tenemos en cuenta que estas operaciones se suelen realizar mediante contratos de adhesión, en los que el vendedor fija las condiciones y el comprador ignora sus derechos y posibilidades.

Pero es que, además, y ahora entramos a considerar el contenido del artículo 8.º, la Ley no favorece en realidad al comprador cuando fija el contenido de la cláusula de desistimiento, ya que el artículo 8.º establece requisitos muy estrictos para que el comprador pueda ejercer este derecho:

- a) "dentro de los tres días siguientes a la entrega de la cosa",
- b) "comunicándolo por carta certificada o de otro modo fehaciente al vendedor",
- c) "siempre que no hubiere usado de la cosa vendida más que a efectos de simple examen o prueba",
- d) "y la devuelva dentro del mismo plazo, en el lugar, forma y estado en que la recibió",
- e) "libre de todo gasto para el vendedor".

El requisito *d)* puede ser irrealizable cuando el comprador adquiriera y reciba las cosas en otro lugar que el de su domicilio, si las ha trasladado al mismo.

Esta regulación resulta tan gravosa para el comprador, que cabe preguntarse (volviendo así al problema de la eficacia del artículo 8.º) si puede darse o no otro contenido a la cláusula en que se establezca ese derecho de desistir a favor del comprador. Ambas interpretaciones nos conducen a resultados insatisfactorios:

- 1.º) Si se trata de un precepto imperativo con respecto al contenido de la cláusula de desistimiento, más que de un derecho del comprador se debe hablar de una reducción de la libertad contractual de las partes para favorecer al vendedor. En efecto, en tal caso, siempre que se pacte dicha cláusula habrá de ser conforme al artículo 8.º, ya que el artículo 18 anula los pactos contrarios a los preceptos de la Ley. Y va hemos visto que ese contenido del artículo 8.º es netamente favorable al vendedor.
- 2.º) Si, por el contrario, es un precepto dispositivo incluso en cuanto al contenido de la cláusula de desistimiento, entonces su eficacia disminuye aún más y se limita a su aplicación subsidiaria cuando, estipulándose la cláusula de desistimiento, no se fijen sus requisitos. Esta interpretación no contradice las palabras del artículo 8.º: "Si se hubiere pactado...", se limita a decir. Pero si la aceptamos, el artículo 8.º se convierte en un precepto de muy poca eficacia.

La Ley suiza concede en su artículo 226c un derecho análogo al comprador, pero lo hace con carácter imperativo: la renuncia previa a ese derecho es nula. Además, lo concede en condiciones realmente favorables para el comprador, ya que no le impone ninguna carga sobre la forma de devolución de la cosa cuando ésta le haya sido entregada. Basta con notificar por escrito al vendedor que se desiste del

contrato dentro de un plazo de cinco días a partir de la recepción de una copia del mismo firmada por las partes.

4. *Derecho a anticipar el pago del precio.*

El artículo 10 parte de la presunción de que en la compraventa a plazos (y préstamos de financiación de la misma) el aplazamiento del pago total es en beneficio del comprador. En efecto, aunque la Ley no lo diga expresamente y aunque el artículo 1.127 del Código Civil presume, por el contrario, que los plazos de las obligaciones se establecen “en beneficio de acreedor y deudor”, su propio texto añade: “a no ser que del tenor de aquéllas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro”; redacción acentuada por la Jurisprudencia que considera que la presunción “*iuris tantum*” de este artículo no impide ni tan siquiera las presunciones contrarias (Sentencia del T. S. de 28-I-1944). Y éste parece ser el caso del comprador en los contratos que la Ley regula.

Comprobado este punto de partida, parece lógico que la Ley considere que el comprador tiene derecho a renunciar a ese plazo, puesto que éste es un beneficio a su favor, “a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de tercero” (art. 4.º del Código Civil). Este no es el caso, pero, sin embargo, el artículo 10 establece dos restricciones a esa renuncia:

- 1.º) Tiene que realizarse “al vencimiento de cualquiera de los plazos”, y
- 2.º) Tiene que ser una renuncia total, es decir, “por el importe de la parte del precio pendiente de pago”.

Si el establecimiento de plazos para el pago es en favor del comprador, ¿por qué no permite la Ley el adelanto en el pago de uno o varios plazos y, además, en cualquier momento? De esta forma se atendería sin duda con más realismo a la situación económico-social del comprador medio. En efecto, no es normal que una persona acuda a la institución de la compraventa a plazos para después renunciar en gran parte a sus beneficios, al “satisfacer anticipadamente el importe de la parte del precio pendiente de pago”. El que compra a plazos lo hace precisamente porque sus recursos económicos no le permiten comprar al contado. Hay que tener en cuenta que dichos recursos económicos no sufren normalmente grandes alteraciones repentinas. Y, sin embargo, éste es precisamente el caso a que parece referirse la Ley, ya que exige el adelanto de toda la parte aplazada del precio para ejercer este derecho. Frente a la infrecuencia de estos cambios de situación económica, es normal que una persona se encuentre con que su economía doméstica ha funcionado mejor durante un mes determinado y tenga un superávit que puede convertir en ahorro pagando un plazo por adelantado. Esta posibilidad supondría, además, una abreviación de la duración de los pagos o, al menos, un

mayor desahogo para el comprador que, según las fluctuaciones de su fortuna, podría compensar los períodos de déficit económico con los de superávit.

¿Es que esto va en perjuicio de tercero, es decir, del vendedor o financiador, cayendo así bajo la censura del artículo 4.º del Código Civil? A primera vista parece que no, siempre que los plazos se paguen enteros y antes de su vencimiento.

La explicación de las limitaciones impuestas al ejercicio de este derecho de adelanto en los pagos radica en la interdependencia de los párrafos 1.º y 3.º del artículo 10. Dice este último: "En todo caso, los recargos que sobre el precio de venta al contado se hubieran aplicado, en razón al aplazamiento del pago, quedarán reducidos proporcionalmente al período de tiempo en que resulte abreviada la duración del contrato" (33). Aunque los plazos son a favor del comprador, ese beneficio se compensa con los recargos e intereses a favor de vendedor y financiador, respectivamente. Por tanto, la renuncia a los plazos por parte del comprador debe provocar una disminución proporcional de tales recargos e intereses, y así lo dispone la Ley. Pero ello implica un doble gravamen para vendedor o financiador:

- 1.º) Cambio de sus expectativas. Esto constituye un perjuicio hipotético, ya que si tenía previstos unos ingresos en fechas determinadas, el cambio de estos dos factores (cantidad del ingreso y fecha de recepción) puede no convenirle.
- 2.º) Tiene que realizar complicados reajustes de contabilidad.

Pues bien, es precisamente esto lo que ha inducido al legislador a limitar las posibilidades de renuncia a los plazos por parte del comprador. Se trata de limitar los gravámenes señalados, impidiendo que el adquirente cambie continuamente las expectativas y contabilidad del vendedor o del financiador, ya que esto sí que iría en perjuicio de tercero (art. 4.º del C. C.). Pero, con ello, no se limita las posibilidades de renuncia a los plazos cuando no se quiera aprovechar la disminución correspondiente de la contraprestación (recargos o intereses) acordada por el mismo artículo 10, párrafo 3.º. En tal caso, el comprador puede adelantar el pago del número de plazos que desee y sin tener que esperar al vencimiento de cualquiera de ellos.

La Ley belga (arts. 9.º y 18) consiente el ejercicio de este derecho en cualquier momento, sin tener que esperar al vencimiento de un plazo, pero previo aviso de un mes. La Ley suiza suprime este último requisito (art. 226g).

El artículo 10, párrafo 2.º, dispone que cuando se han utilizado letras de cambio o documentos a la orden para el "pago de la parte diferida del precio... los gastos que se originasen para retirar estos efectos del poder de su tenedor, serán de cuenta exclusiva del comprador". Es lógico que el comprador cargue con los gastos provocados

(33) F. BLANCO CONSTANS, ob. cit., alude ya a este fenómeno bajo la denominación de "compraventa con descuento".

por él. ¿Qué gastos pueden ser éstos? Podemos prever fundamentalmente:

- 1.º) El importe de las letras de cambio (o documentos a la orden) incluye los recargos o intereses, por lo que el vendedor o financiador tendrá que abonarlos al tenedor de las letras si quiere recuperarlas. Este gasto supone que el comprador pierde por completo el beneficio concedido por el artículo 10, párrafo 3.º, ya que la disminución proporcional de los recargos o intereses corresponde exactamente con el gasto del vendedor o financiador: lo que ha de pagar al tenedor de las letras y que no recibirá del comprador.
- 2.º) El tenedor de las letras puede exigir, además, una prima para entregarlas antes de su vencimiento, ya que, según el artículo 493 del Código de comercio, "el portador de una letra no estará obligado a percibir su importe antes del vencimiento".
- 3.º) Gastos realizados para averiguar quién es, en el momento correspondiente, el tenedor de la letra.

De todo esto resulta que en tales casos es posible que el comprador no goce de ninguna disminución en su prestación, y eso en el mejor de los casos, cuando sólo se produzcan los gastos señalados en primer lugar. Lo que tiene gran importancia, ya que las letras de cambio constituyen el instrumento normal de pago en estos contratos. Puede decirse que el artículo 10, párrafo 3.º, pierde casi toda su eficacia.

Pero esto no es todo. Hemos dado por hecha la recuperación de las letras por parte del vendedor o financiador, pero puede ocurrir:

- a) que el tenedor no quiera devolverlas, acogiéndose al derecho que le concede el artículo 493 del Código de comercio, o
- b) que el vendedor no acceda a saber quién es el actual tenedor.

Entonces, el derecho concedido al comprador por el artículo 10 es completamente ineficaz. En efecto, dado el carácter ejecutivo que tienen las letras de cambio, el comprador se arriesga a tener que pagar dos veces si paga por adelantado al vendedor o financiador. El artículo 516 del Código de comercio concede acción al tenedor de la letra contra el aceptante, el librador o cualquier endosante, a su elección, y las excepciones que se puedan oponer en el juicio ejecutivo (art. 1.464 de la L. E. C.) no atienden a las relaciones causales entre librador y aceptante cuando el tenedor ejecutante es un tercero.

El medio normal de pago en las compraventas a plazos y préstamos de financiación correspondiente disminuye, pues, en buena parte el derecho que ofrece el artículo 10 al comprador. Veremos también que este instrumento de pago entorpece otras disposiciones de la Ley que atienden a modificaciones de cualquier tipo en el pago del precio o préstamo aplazado.

Tanto la Ley suiza como la belga se percatan de este obstáculo, por lo que limitan este derecho específicamente a aquellos casos en que

no se hayan utilizado títulos a la orden para el pago (arts. 226g, 9.º y 18, respectivamente).

5. *Derecho a la alteración de los plazos en circunstancias excepcionales.*

El artículo 13 ofrece al comprador la posibilidad de obtener la alteración judicial de los plazos en que ha de cumplir su prestación, "con carácter excepcional y por justas causas". Se trata de una novación de la obligación que afecta a sus condiciones principales —los plazos (art. 13, pár. 1.º)— y a su objeto —los nuevos recargos (art. 13, párrafo 2.º)—, según el artículo 1.203, número 1.º, del Código Civil. La Ley repite aquí, en cierto modo, el artículo 1.124, párrafo 3.º del Código Civil: "El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo". Sin embargo, existen diferencias que justifican la redacción de este precepto al evitar que sea una simple repetición del ya citado:

- 1.º) El artículo 1.124, párrafo 3.º, es una norma "favor contractus" por la que los Jueces y Tribunales no pueden conceder un plazo para el cumplimiento de la obligación más que cuando el acreedor haya pedido su resolución. El artículo 13 es también una norma "favor contractus" y, aún más, "favor debitoris" (en este caso del comprador), por lo que no contiene esa limitación: puede ser eficaz aunque el acreedor (vendedor o financiador) pida simplemente el cumplimiento.
- 2.º) Por esa misma diferencia entre la "ratio" de ambas normas, el artículo 1.124, párrafo 3.º, prevé el aplazamiento cuando haya mediado previamente una demanda del acreedor solicitando la resolución. La redacción del artículo 13 permite al deudor (comprador) dirigirse directamente a los Jueces y Tribunales para obtener dicha alteración de los plazos, cuando se considere afectado por las causas a que se refiere la Ley.
- 3.º) El artículo 1.124 no prevé ningún tipo de compensación para el acreedor cuando se concede un plazo al deudor. El artículo 13, párrafo 2.º, añadido precisamente al Proyecto de Ley, dispone que "el propio Juzgado o Tribunal determinará el recargo que, como consecuencia de los nuevos aplazamientos, deberá experimentar el precio".

He aquí un nuevo artículo de la Ley cuya eficacia queda muy disminuida cuando el medio de pago utilizado haya sido el de las letras de cambio o documentos a la orden. También aquí la fuerza ejecutiva de las letras puede ser utilizada por un tenedor de las mismas ajeno a los contratos que las originaron, dando así al traste con el artículo 13.

En cuanto al párrafo 2.º añadido al Proyecto de Ley para conceder a los acreedores recargos suplementarios, de la discreción de estos mismos depende que el ejercicio de este derecho reporte alguna

venta al comprador. Es cierto que el vendedor o financiador no debe perder en provecho del comprador. Pero Jueces y Tribunales deben atender a eso y nada más; si el deudor se encuentra en un trance difícil, sólo se salvará del mismo si se le conceden las máximas facilidades y no se agravan sus cargas.

La Ley suiza (art. 226k) no prevé recargos, pero condiciona el otorgamiento de facilidades de pago por el Juez: si el comprador ofrece la garantía de cumplir sus obligaciones y si no resulta perjuicio para el vendedor.

Los casos específicos enumerados por el artículo 13, párrafo 1.º, con carácter ejemplificador, para aclarar lo que considera "justas causas" de su aplicación, confirman la tesis, ya expuesta anteriormente, de que el legislador sólo ha tenido en cuenta al comprador consumidor que vive de su trabajo y cuya economía depende por lo general del mismo.

B) OBLIGACIONES

1. *Obligación de pagar el precio o devolver el préstamo.*

Esta obligación constituye la contraprestación contractual del comprador. La especialidad de los contratos regulados por la Ley radica precisamente en la forma en que se cumple tal obligación. Hay que distinguir dos partes en la misma:

- 1.º) El desembolso inicial, al igual que la entrega de la cosa, no constituye propiamente una obligación nacida del contrato, puesto que es precisamente el supuesto para la perfección o nacimiento del mismo. Aunque este desembolso inicial constituya una carga para el comprador, ya vimos que su incumplimiento tiene, por el contrario, efectos desfavorables para el vendedor y favorables para el comprador. Todo ello es fruto de la redacción del artículo 9.º, ya criticada.
- 2.º) El pago del resto del precio mediante un sistema de plazos. Esta parte de la obligación incumbe también al comprador prestatario. Aquí se puede hablar ya de una obligación nacida del contrato de compraventa a plazos o del préstamo de financiación. El incumplimiento de esta segunda parte de la prestación del comprador frente al vendedor (y única frente al prestamista financiador) permite a éste "exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato" (art. 11).

2. *Obligación de abonar los gastos originados por letras de cambio o documentos a la orden en el caso de que se anticipe el pago.*

Ya estudiamos esta obligación en el epígrafe correspondiente al derecho del comprador a anticipar el pago del precio o del préstamo. Allí

vimos que tal carga suprime las ventajas que el comprador puede obtener del ejercicio del derecho que le concede el artículo 10, párrafo 3.º.

3. *Obligación de conservar la cosa.*

Las garantías utilizadas normalmente en este tipo de contratos son las cláusulas de reserva de dominio y de prohibición de disponer. Si se utiliza la primera de estas cláusulas, el comprador no puede enajenar la cosa adquirida hasta pagar por completo el precio, puesto que aún no es suya, constituyendo la enajenación un delito. Tampoco podrá enajenar la cosa si se acude a la segunda cláusula de garantía, "en tanto no se haya pagado la totalidad del precio o reembolsado el préstamo, sin la autorización por escrito del vendedor o del financiador, en su caso" (art. 6.º, n.º 13). La enajenación aparece sancionada en ambos casos en el artículo 12 de la Ley, así como en el Código Penal.

Pero, además, el comprador tiene que conservar la cosa de forma adecuada, ya que "por el deterioro de la cosa vendida, si lo hubiere, podrá exigir el vendedor... la indemnización que en derecho proceda" en caso de resolución del contrato (art. 11, pár. 3.º). Esto sin contar con que su conducta puede quedar tipificada como un delito de daños (art. 12 de la Ley y Código Penal).

V. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL VENDEDOR Y DEL FINANCIADOR

A) DERECHOS

1. *Derecho al pago del precio o del préstamo.*

Este corresponde a la obligación del comprador estudiada ya anteriormente.

2. *Derecho a acelerar el cumplimiento del contrato o a solicitar su resolución.*

El artículo 11 aplica a los contratos regulados en la Ley la acción resolutoria tácita del artículo 1.124 del Código Civil, con algunas especificaciones:

- 1.º) El artículo 1.124 del Código Civil no determina exactamente cuándo puede ejercerse la acción resolutoria: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe" (pár. 1.º). Esta indeterminación ha sido subsanada por la jurisprudencia, que considera como condiciones necesarias para la aplicación del artículo 1.124 del Código

Civil: *a)* la acusada reciprocidad de las obligaciones en juego; *b)* la exigibilidad de las mismas; *c)* que el reclamante haya cumplido lo que a él incumbe; *d)* una voluntad rebelde y declarada en el acusado de incumplidor (Sentencia del T. S. de 8-VII-1952). Pero tampoco estas condiciones permiten la fijación objetiva de un momento, lo que es lógico, puesto que el Código Civil tiene que atender aquí a todos los casos de obligaciones recíprocas, para lo que tiene que prescindir de sus particularidades. Por el contrario, esto sí resulta posible para la Ley, que atiende a obligaciones recíprocas de carácter muy específico. Así, el artículo 11 considera que el comprador no cumple “lo que le incumbe” cuando “demora el pago de dos plazos o del último de ellos” (34). La expresión utilizada se presta a equívoco, ya que parece que basta con que el comprador se haya demorado dos veces en el pago de los plazos para que el vendedor pueda “optar entre exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato” (art. 11, pár. 1.º). En realidad, la Ley se refiere al impago de dos plazos seguidos, lo que resulta evidente si tenemos en cuenta los siguientes factores:

- a)* El artículo 11, párrafo 5.º, trata de aplicar el contenido del artículo 11 a los financiadores de la compraventa, y dice: “La falta de pago de dos plazos o del último de ellos dará derecho...”; donde se ve bien clara la voluntad del legislador, que no tiene razón para ser distinta frente a vendedores y financiadores.
- b)* La Ley atiende a la protección de determinados contratos de compraventa a plazos y préstamos de financiación y en este sentido se deben interpretar todos sus preceptos. En la duda hay que optar por la interpretación más favorable a la subsistencia de tales contratos.

Al legislador no le debe parecer relevante que el comprador se demore en el pago de los plazos si, en definitiva, los va abonando. Obliga al vendedor a atemperar sus exigencias mientras que el comprador manifieste una voluntad patente de ir cumpliendo su compromiso. Y abandona esta postura de protección al contrato cuando de la conducta del comprador no se puede deducir ya su propósito de cumplir: ha dejado de pagar dos plazos y esto supone una ruptura de la cadena de prestaciones que comprende su obligación.

- c)* Porque de la concepción parcial que la Ley tiene del comprador como consumidor sólo (a la que ya nos hemos

(34) El art. 1.525 del C. c. italiano no permite la resolución del contrato por falta de pago de un solo plazo, a no ser que su importe supere la octava parte del precio.

referido en otras ocasiones) y de su debilidad consiguiente frente a vendedores y financieros hay que deducir también, con carácter de presunción "iuris tantum", una interpretación a su favor.

- d) Las tres leyes extranjeras que venimos utilizando a modo de comparación apuntan también en la misma dirección, aunque establezcan de otra forma este derecho de vendedores y financiadores. En efecto, todas ellas someten su existencia a que haya sido previamente pactado entre las partes y sus preceptos se encaminan a condicionar la efectividad de estas cláusulas contractuales. En el caso de la Ley belga (arts. 10 y 19), la condición resolutoria expresa no será válida más que cuando se acuerde: *a'*) para los casos en que el comprador se encuentra en falta de pago al menos con respecto a dos plazos o cantidad equivalente al 20 % del precio total a plazos y no pague en el plazo de un mes a partir del envío de una carta certificada que contenga la puesta en mora; *b'*) para los casos en que el comprador enajene el objeto antes del pago del precio o lo utilice de forma contraria a las estipulaciones del contrato, cuando el vendedor se haya reservado la propiedad del objeto. La Ley suiza (artículo 226h, pár. 2.º) exige que la mora corresponda al menos a dos plazos que, a su vez, representen por lo menos una décima parte del precio de venta global, o a un solo plazo que represente al menos una cuarta parte de dicho precio, o al último plazo; además, el vendedor tiene que acordar al comprador un plazo suplementario de catorce días. Hay que añadir que este precepto es de aquellos cuya aplicación aparece restringida a los casos determinados por el artículo 226m, párrafo 4.º, y que ya indicamos al principio, cuando hicimos una rápida exposición de la Ley suiza. Finalmente, el artículo 4.º de la Ley alemana sigue una orientación análoga: dos plazos vencidos sin pagar que equivalgan a la décima parte del precio.

La referencia específica al pago del último plazo como causa también de resolución trata de evitar que el comprador eluda el artículo 11 cuando incumple sólo dicho plazo, puesto que, al no ser seguido por nuevos plazos, no puede originar la condición legal ya explicada. Sin embargo, la Ley no parece tener en cuenta que, si bien el acreedor debe ser protegido con igual fuerza para la recepción de todos los plazos de su crédito, no es lógico sancionar el impago del último plazo con mayor fuerza, concediendo al vendedor el derecho de resolución con menos requisitos.

En efecto, aunque no haya plazos posteriores al último, el artículo 11 debería establecer que sólo se puede considerar la falta de pago de éste cuando transcurra un período de tiempo igual al de un plazo. Este olvido es doblemente grave si se tiene en cuenta que un contrato es más digno de protección cuanto más cerca se encuentra de su total cumplimiento y que la Ley tiende precisamente a proteger los contratos que regula.

2.º) El artículo 1.124, párrafo 2.º, del Código Civil prevé en todo caso “el resarcimiento de daños y abono de intereses”. El artículo 11, párrafo 2.º, dispone la restitución recíproca de las prestaciones realizadas (35) y unos resarcimientos mínimos para el vendedor cuando éste “optare por la resolución del contrato”. Esto puede suponer un privilegio para el vendedor puesto que los perjuicios a los que atiende dicho mínimo pueden haber sido inferiores al mismo. Además, como explicaremos más adelante, este criterio impide por completo aplicar la figura de la “*compensatio lucri cum damno*”. Todo lo cual puede dar lugar a un enriquecimiento injusto del vendedor. Esos resarcimientos mínimos son:

- a) “El 10 % del importe de los plazos pagados, en concepto de indemnización por la tenencia de la cosa por el comprador” (art. 11, pár. 2.º, n.º 1.º). Aquí se atiende al uso o a la mera posibilidad de uso de la cosa, durante cierto tiempo, por parte del comprador, como si se tratase de un arrendamiento. Durante ese tiempo el vendedor ha quedado privado de la cosa, desperdiciando posibles oportunidades de venta. En este caso parece lógico que se fije la indemnización (como lo hace el art. 11), ya que siempre será la misma, en proporción con el tiempo durante el que se ha tenido la cosa, que en este caso se mide por los plazos pagados. Lo no aceptable es la división de la indemnización en partes aisladas entre sí.
- b) “Una cantidad igual al desembolso inicial, por la depreciación comercial del objeto” (art. 11, pár. 2.º, n.º 2.º). Aquí sí que resulta inadecuada la determinación “*a priori*” de esta indemnización. En efecto, la depreciación de una mercancía no es algo fijo; ni tiene relación con el des-

(35) F. CANDIL y CALVO, ob. cit.: “Naturalmente, rescindido el contrato, habrá derecho a pedir la indemnización consiguiente por deterioro, daños..., pero a cambio de la devolución del precio de venta”.

A. VICENTE y GELLA, ob. cit.: “el vendedor que retiene la cosa y el precio a la vez, puede ser demandado en virtud de una acción de enriquecimiento”.

Vid. también E. LANGLE, ob. cit.

En contra, en el Derecho francés, vid. J. ESCARRA, “*Traité théorique et pratique de Droit Commercial*”, “*Les ventes commerciales*”, 1953, par J. Hémond; págs. 102 y ss.

embolso inicial de la compraventa a plazos. La depreciación comercial puede ser mayor. En este caso cabe pensar en la aplicación subsidiaria del artículo 1.124 del Código Civil, ya que no resulta contradictorio con el artículo 11 que, como ya indicamos, se limita a especificar algunas de sus disposiciones. Acogiéndose, pues, a la fórmula de éste, que prevé “el resarcimiento de daños y abono de intereses”, se podría completar la indemnización mínima que el artículo 11, párrafo 2.º, otorga al vendedor “en todo caso”.

Pero la depreciación comercial puede ser menor, puede no existir y puede ser incluso “positiva”, es decir, convertirse en una plusvalía. En efecto, las fluctuaciones económicas pueden dar lugar a la revalorización de una mercancía. Y aquí es donde sería aplicable la “compensatio lúcri cum damno” a la que nos referíamos. Si la revalorización de la mercancía es suficientemente grande, puede compensar y superar los daños que el vendedor sufra por la resolución. Vemos como la concepción fragmentaria que la Ley tiene del daño y de la indemnización puede conducir a resultados injustos.

Finalmente, el artículo 11, párrafo 3.º, alude al “deterioro de la cosa vendida” como tercer concepto de indemnización. Ahora bien, éste no tiene carácter de resarcimiento mínimo, ya que:

- a) La Ley exige la comprobación de su existencia. No sólo no establece una presunción “iuris et de iure” (como en los otros dos casos), sino tampoco “iuris tantum”: “Por el deterioro de la cosa vendida, si lo hubiere, podrá exigir el vendedor, además, la indemnización...”.
- b) La Ley no fija la cuantía de esta indemnización: “... que en derecho proceda”.

El deterioro a que se refiere el legislador no es evidentemente el normal y propio del uso de la cosa. Este se encuentra comprendido en la tenencia de la cosa (art. 11, pár. 2.º, n.º 1.º), lo que se confirma con la expresión del artículo 11, párrafo 3.º: “si lo hubiere”.

La enumeración de estas tres causas de indemnización no cierra la entrada a otras, en aplicación del artículo 1.124 del Código Civil que, como ya hemos visto, no es contrario al artículo 11. Por la misma razón, el vendedor que exija el cumplimiento de los plazos pendientes de abono no se verá privado del “resarcimiento de daños y abono de intereses” (art. 1.124, pár. 2.º, del C. C.).

La Ley alemana prevé, en su artículo 2.º, una indemnización por tres conceptos: gastos del contrato, deterioros ocasionados en la cosa y cesión del uso. En el mismo artículo

prohibe específicamente cualquier acuerdo en el que se estipule una indemnización mayor. Además, el artículo 4.º permite la reducción de las penas contractuales cuando sean excesivas. Esto, en realidad, corresponde al artículo 1.154 de nuestro Código Civil: "El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".

La Ley suiza prevé que el vendedor reclame una renta adecuada y una indemnización por el deterioro de la cosa (artículo 226j, pár. 1.º). Este es otro de los preceptos de aplicación limitada a los supuestos del artículo 226m, párrafo 4.º.

En cuanto a la Ley belga, el párrafo 2.º del artículo 10 se limita a facultar al Juez para reducir o eliminar, incluso de oficio, las penas o las indemnizaciones acordadas.

El artículo 1.526, párrafo 2.º, del Código Civil italiano permite también al Juez reducir la indemnización convenida consistente en que el vendedor conserve los plazos ya pagados. Ahora bien, esta posibilidad sólo se da en el caso de las locaciones-ventas (art. 1.526, pár. 3.º), ya que, de lo contrario, el artículo 1.526, párrafo 1.º, prevé la devolución de las prestaciones ya efectuadas, sin perjuicio de la existencia de una indemnización.

La Ley austríaca es la que protege más al comprador en este punto, ya que, frente a la indemnización que debe al vendedor, impone a éste la obligación de reembolsar a aquél las arras recibidas y los plazos pagados, con el interés legal desde la fecha del pago, así como las mejoras necesarias y útiles hechas sobre la cosa (art. 2.º, pár. 1.º).

La Ley española acude a la figura de la compensación para hacer efectivas las indemnizaciones mínimas que señala. En efecto, la resolución implica la devolución recíproca de las prestaciones realizadas (art. 11, pár. 2.º): la cosa y la parte pagada del precio. Pero el vendedor puede quedarse con el desembolso inicial y el 10 % de los plazos pagados, es decir, puede disminuir la obligación que tiene de devolver la parte de precio recibido en una cantidad igual a la deuda que el comprador tiene frente a él por los daños que le ha causado. Este sistema será también el seguido para todas las demás indemnizaciones que puedan surgir, por ser el más simple y, sobre todo, el más seguro para el vendedor. Pero no supone un límite para las reclamaciones del vendedor. Así se desprende del artículo 11, párrafo 4.º: "Si el importe de los plazos satisfechos fuere insuficiente para que el vendedor se reintegre de los conceptos mencionados en este artículo, quedarán a salvo las pertinentes acciones de resarcimiento".

3.º) El artículo 11 puede aplicarse sin las limitaciones del artículo 1.124, párrafo 4.º, en favor de terceros adquirentes cuando

se hayan inscrito en el Registro las cláusulas de garantía correspondientes (art. 23), como vimos al estudiar los requisitos de los contratos sometidos a la Ley.

Como ya hemos señalado en diversas ocasiones, el artículo 1.124 del Código Civil es de aplicación subsidiaria a los contratos de que trata la Ley. Por lo que conviene precisar que aquí también podrá el vendedor “pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible” (art. 1.124, párr. 3.º). Si el legislador quiere proteger estos contratos, debe otorgar todo género de facilidades al vendedor, pues de lo contrario, éste acudiría directamente a la resolución.

De nuevo, la aplicación de este artículo 11 se verá dificultada en los casos en que se hayan utilizado letras de cambio como medio de pago. Sobre todo en el caso de opción por la resolución, si recordamos que el artículo 1.295, párrafo 1.º, del Código Civil determina que “sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado”.

3. *El financiador y el derecho a acelerar el cumplimiento del contrato o a solicitar su resolución.*

El artículo 11, párrafo 5.º, añadido al Proyecto de Ley, permite al tercero financiador de la compraventa “exigir el abono de la totalidad de los plazos que estuvieren pendientes” en los casos de “falta de pago de dos plazos o del último de ellos”. Aunque se refiere al concepto de financiador dado por el artículo 3.º, no parece poder incluir al financiador a través de comprador (art. 3.º, párr. 2.º), puesto que ya vimos que éste financia en realidad una compraventa al contado, que no puede dar lugar, por lo tanto, a la falta de ningún plazo. Sin embargo, esta interpretación literal debe modificarse, ya que, aunque en este caso es el mismo quien recibe directamente el pago de los plazos, por lo que no es un tercero (el comprador contrae la deuda directamente frente a él), es evidente que la Ley quiere proteger también a este financiador a través de comprador (art. 3.º, párr. 2.º). En último extremo, estos financiadores deben quedar sometidos, en la medida que sea posible y mediante una interpretación amplia, a lo preceptuado por el artículo 11 para los vendedores, ya que si, repetimos, quedan amparados por la Ley (art. 3.º, párr. 2.º), deben gozar de todos sus preceptos. Además, no hay razón para que queden postergados frente a los financiadores a través de vendedor. Tal interpretación queda abonada, como ya indicamos al estudiar el artículo 3.º, por el artículo 2.º, párrafo 2.º, que considera venta a plazos, a efectos de la Ley, “los actos o contratos, cualquiera que sea su forma jurídica, mediante los cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con aquélla.

En cuanto al financiador a vendedor que se subroga en los derechos, del vendedor, no necesita para nada de esta facultad que no excluye

“los derechos que le correspondan como cesionario del vendedor” (artículo 11, pár. 5.º).

Sólo disfrutará, pues, de este derecho el financiador a vendedor que no se subrogue en su crédito frente al comprador. Este derecho que le da la Ley incide en la esfera de autonomía del vendedor en sus relaciones contractuales, limitando las facultades que le concede el artículo 11, párrafo 1.º. En efecto, si el financiador puede exigir el cumplimiento de los plazos aún pendientes, el vendedor no podrá optar por la resolución o por una simple actitud pasiva, ya que no está obligado a ejercer la facultad que le concede el artículo 11, párrafo 1.º. Esto resulta doblemente injustificado si tenemos en cuenta que el artículo 3.º, párrafo 1.º, acepta como préstamo de financiación a través de vendedor “cualquier modo para proporcionar la adquisición de la cosa al comprador contra el pago ulterior del precio a plazos”. lo que supone una variedad de relaciones contractuales que pueden ser contrarias a esta imposición por parte del financiador. Así, en los casos en que se trate de una financiación genérica a un negocio y no individual a cada una de sus ventas a plazos.

4. *Derecho a denunciar delitos dolosos del comprador.*

El comprador tiene la obligación de conservar de manera adecuada el bien adquirido mientras no haya pagado todos los plazos que componen el precio. La Ley protege civilmente el derecho correspondiente de vendedores y financiadores a través de los artículos 11, párrafo 3.º, y 23, que permiten a éstos obtener, en su caso, una indemnización por los deterioros causados a la cosa y recuperar el bien enajenado a un tercero, respectivamente.

Pero, además, estos actos del comprador que perjudican a vendedores y financiadores pueden constituir un delito de apropiación indebida o de daños. Ambos aparecen tipificados en el Código Penal: el delito de apropiación indebida en el artículo 535 y el de daños en los artículos 557 a 563 bis (Libro II, Título XIII, Capítulo IX). La Ley señala esta posibilidad en el artículo 12. Pero, al hacerlo, no se limita a una simple indicación o remisión, sino que introduce algunas innovaciones:

- 1.º) La actuación del comprador ha de ser dolosa.
- 2.º) La tipificación del delito de apropiación indebida es más restringida que la del Código Penal. En efecto, el artículo 12 se refiere al “comprador que dolosamente ... dispusiera de la cosa”, mientras que el artículo 535 del Código Penal abarca más actuaciones: “... los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren “bienes muebles” o negaren haberlos recibido”.
- 3.º) “Persiguiéndose el hecho solamente a denuncia del perjudicado”. El artículo 12 altera el principio general del artículo

lo 101 de la L. E. Cr., según el cual “la acción penal es pública”, convirtiendo estos delitos en relativamente privados. ¿Hay que interpretar que este artículo 12 determina con carácter exclusivo lo que, en el ámbito de la Ley, se consideran delitos de apropiación indebida o de daños, derogando en este punto al Código Penal? Manifiestamente, no. Ello supondría eliminar de las figuras delictivas, dentro de las relaciones contractuales que regula la Ley, todos los daños y apropiaciones indebidas de carácter culposo, así como todas las apropiaciones indebidas de carácter doloso que no consistan específicamente en disponer de la cosa. El artículo 12 constituye, como el artículo 11 respecto al artículo 1.124 del Código Civil, una especificación de los preceptos del Código Penal, rigiendo estos últimos en lo no alterado por la Ley.

Esta se limita a determinar que cuando los delitos de daño o de apropiación indebida de bienes afectados por sus normas sean dolosos y, además, en el caso de la apropiación, se trate de un acto de disposición de la cosa, tales hechos sólo serán perseguidos previa denuncia de vendedores o financiadores.

Este precepto es criticable por dos conceptos. En primer lugar, porque no hay razón “a priori” para diferenciar entre delitos culposos y dolosos y, ya dentro de éstos, entre las diversas formas del delito de apropiación indebida.

En segundo lugar, por la caracterización de esas formas delictivas como delitos cuasiprivados. En realidad no se trata de la concesión de un derecho a vendedores y financiadores, sino de la privación del mismo a terceros, puesto que según el artículo 101 de la L. E. Cr. “todos los ciudadanos españoles” podrán ejercitar la acción penal. ¿Supone esta modificación alguna ventaja para el vendedor o financiador? La de controlar él solo los efectos de sus relaciones con el comprador, impidiendo que personas ajenas puedan denunciar a éste. Se trata, pues, de una ventaja también para el comprador. Pero lo más importante es saber si tal ventaja implica un cambio en la realidad. La respuesta es negativa, ya que normalmente estos delitos son denunciados por los perjudicados, entre otras razones, porque ellos suelen ser los únicos que conocen su existencia. La eficacia práctica del artículo 12 es, pues, escasa. Ahora bien, en un plano teórico, la Ley provoca resultados tan discutibles como es el considerar delitos públicos los de daños y algún caso de apropiación indebida cuando son culposos, mientras que si son dolosos serán cuasiprivados.

De la misma forma que el artículo 11, párrafo 5.º, permitía una inmisión injustificada del financiador en las relaciones civiles de vendedor y comprador, este artículo 12 permite lo mismo en el campo penal, autorizando la denuncia del prestamista financiador, aunque el vendedor no desee realizarla. En efecto, aunque el artículo 12 exige la denuncia del perjudicado, hay que tener en cuenta que pueden resultar perjudicados el comprador o el financiador o los dos al mismo tiempo

si el financiador sólo financia parte de la operación. Esta solución puede evitarse si se considera que el artículo 12 se refiere sólo al financiador a través de comprador, aunque, como ya hemos dicho repetidas veces, éste puede incluirse en las normas dictadas para el vendedor (puesto que la Ley le protege por cumplir la misma función económica). Sin embargo, el texto del artículo 12 no refleja esta limitación del concepto de financiador.

B. OBLIGACIONES.

1. *Obligación de entregar la cosa.*

Esta corresponde al derecho del comprador a recibirla que ya hemos estudiado.

2. *Obligación de reducir los recargos cuando el comprador anticipa el pago.*

Es la obligación correspondiente al derecho del comprador del artículo 10.

3. *Obligación de someterse a las condiciones que fije el Gobierno.*

La Ley no sólo fija las obligaciones de vendedores y financiadores una vez realizados sus contratos correspondientes, sino que atiende también a "las condiciones que deben cumplir y las obligaciones que asumen" cuando "habitualmente, a título principal o accesorio y bajo cualquier forma, realicen las operaciones comprendidas" en ella misma (art. 20, párr. 2.º). Sanciona su cumplimiento "con multa hasta de cien mil pesetas, suspensión temporal en la práctica de aquellas operaciones hasta por un año o prohibición definitiva de realizarlas" (artículo 20, párr. 3.º). Naturalmente, la suspensión se refiere sólo a la posibilidad de acoger tales operaciones al régimen de la Ley.

4. *Requisitos de la publicidad.*

Con las condiciones y obligaciones previas del artículo 20, el legislador pretende crear unas bases que merezcan su confianza para que vendedores y financiadores puedan disfrutar de las ventajas ofrecidas en la Ley. Pero esto no basta. Hay que atender específicamente a la publicidad, obligando así también a las agencias de publicidad y a los medios, de publicidad.

El artículo 15 no pretende regular la publicidad comercial de las operaciones incluidas en la Ley. Sólo se ocupa de aquel punto del con-

trato de compraventa a plazos que considera más importante: las particularidades del pago del precio. El artículo 6.º tendía en buena parte a informar adecuadamente al comprador y también se reflejaba en él la importancia que el legislador daba a las cláusulas sobre el precio. Siguiendo esta línea, el artículo 15 tiende a proteger la información sobre el precio que reciban los posibles compradores a través de la publicidad: “La publicidad relativa al precio de las cosas ofrecidas en venta a plazos deberá expresar el precio de adquisición al contado y el precio total a plazos, considerándose la infracción de este precepto como acto contrario a los principios regulados en el Estatuto de la Publicidad”.

El artículo 15 se refiere a “la publicidad relativa al precio de las cosas ofrecidas en venta a plazos”. Dada la eficacia de la Ley, se debe entender que esto alcanza sólo a las ventas a plazos que caigan en su ámbito. Con ello no queremos decir que las demás compraventas a plazos quedan automáticamente exentas de preceptos análogos. En efecto, el legislador, preocupado por este aspecto de la publicidad, no ha querido dejar que dependa directamente de la interpretación de los principios generales del Estatuto de la Publicidad y, por eso, ha preferido especificarlo de manera clara e indiscutible. Ahora bien, es posible que una interpretación estricta del artículo 6.º del Estatuto (“En el ejercicio de toda actividad publicitaria deberán ser observados los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia”) y del artículo 8.º, párrafo 1.º (“En toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error”) conduzca a la misma solución, siendo, por lo tanto, aplicable a toda compraventa a plazos, no en razón del artículo 15, sino por aplicación directa de los principios mencionados.

La sanción de este precepto viene dada en el mismo Estatuto. El artículo 66 del mismo dice que “las violaciones a los principios generales” serán conocidas por el Jurado de la Publicidad. Este “podrá imponer (en tal caso) correcciones consistentes en amonestación o en suspensión en el ejercicio de la actividad, que no podrán exceder de seis meses” (art. 67, pár. 1.º). El Jurado dará traslado de sus resoluciones al Ministro de Información y Turismo para su ejecución (artículo 67). Pero, además, según el artículo 63, el Ministro de Información y Turismo puede sancionar directamente “las infracciones no constitutivas de delito que se cometen en el ejercicio de las actividades publicitarias... La cuantía de las multas no será superior a 250.000 pesetas; no obstante, el titular del Departamento podrá elevar, en su caso, al Consejo de Ministros propuesta de sanción hasta un millón de pesetas”. Asimismo, la contravención del artículo 15 puede dar lugar a una acción civil por competencia desleal en base al artículo 65: “La violación de los derechos individuales, la contravención de las normas sobre competencia desleal en materia publicitaria y las demás cuestiones de naturaleza civil, se dirimirán ante los Tribunales ordinarios, sin perjuicio de que los interesados puedan previamente someterlas al Jurado de Publicidad”.

El artículo 15 no exige que la publicidad especifique necesariamente el precio al contado y el precio a plazos. Sólo impone esto cuando dicha publicidad verse precisamente sobre el precio. Si se interpreta de acuerdo con la tendencia de la Ley a proteger al comprador, habrá que entender que basta con hacer referencia a cualquier circunstancia del precio (art. 6.º, núms. 4.º a 10), como es simplemente la mención de que el pago puede realizarse a plazos.

Así parece aconsejarlo el artículo 11 de la Ley belga, que exige más detalles con referencia al precio. Este precepto extranjero es la fuente originaria del artículo 15, como se puede comprobar al compararlo con el artículo 15 del Proyecto de Ley: "La publicidad comercial relativa al precio de la cosa susceptible de ser vendida a plazos, deberá expresar con toda claridad el neto al contado, el importe total, la cuantía de desembolso inicial, el número de los pagos mensuales y el importe de cada uno de los plazos". La Ley suiza trata esta cuestión con el enfoque de la competencia desleal (art. 2.º de su segunda Parte).

Volvemos a repetir que esta norma del artículo 15 afecta también a las agencias y a los medios de publicidad, en virtud del artículo 26 del Estatuto de la Publicidad: "Los medios y las agencias deben rechazar toda publicidad que esté en contradicción con lo dispuesto en este Estatuto o en las Leyes, o de la que pueda resultar daño o perjuicio para terceros".

VI: LAS GARANTIAS EN FAVOR DE VENDEDORES Y FINANCIADORES

1. *Las cláusulas de garantía.*

Ya vimos que cuando el artículo 1.º incluía en el ámbito de la Ley "las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de aquellos contratos" de compraventa a plazos y financiación, se refería a las cláusulas de garantía incluidas en éstos; y, más específicamente, a las cláusulas de reserva de dominio y de prohibición de disponer.

La Ley tiene en este sentido gran importancia teórica puesto que es el primer texto legal donde se reconoce la validez de la cláusula de reserva de dominio. Con ello incorpora a su texto un recurso técnico utilizado continuamente en el mundo del comercio y que, además, ha sido admitido repetidas veces por la Jurisprudencia y la Doctrina. Esta cláusula de garantía protege a los vendedores, así como a los financiadores a través de vendedor cuando se subrogan en sus derechos (36).

(36) J. GARRIGUES destaca cómo precisamente es el efecto real de este pacto "el que garantiza con extraordinaria energía el hecho de que el precio será pagado", "Curso de Derecho Mercantil".

En cuanto a la cláusula de prohibición de disponer, constituye una buena garantía para el financiador a través de comprador que no puede valerse de la cláusula de reserva de dominio, puesto que es ajeno al contrato de compraventa.

Pero el legislador no se conforma con el reconocimiento de estas garantías, sino que, además, ha buscado la manera de reforzar su eficacia, evitando que la buena fe de los terceros adquirentes deje indefensos a vendedores y financiadores. Para ello el artículo 23 crea un Registro por el que se puede controlar la situación jurídica de los bienes sometidos a esta Ley. El tercero adquirente tendrá que cerciorarse de dicha situación antes de adquirir la cosa, por lo que no podrá alegar su buena fe frente a las reclamaciones de vendedores y financiadores.

Hay que destacar cómo los financiadores a través de vendedor sin subrogación en sus derechos son totalmente ajenos a estas cláusulas de garantía, por serlo también al contrato de compraventa a plazos.

2. *Preferencia y prelación de créditos.*

La inscripción en el Registro no condiciona sólo determinados efectos de las cláusulas de garantía incluidas en los contratos de compraventa y financiación. Su importancia es mayor, ya que es requisito para la aplicación del artículo 19 donde se concede un puesto privilegiado en la preferencia y prelación de créditos a los "nacidos de contratos inscritos en el Registro a que se refiere el artículo 23". Además, los párrafos 3.º a 6.º del artículo 19 establecen un procedimiento especial de ejecución para hacer efectivos tales créditos.

En el caso del concurso de acreedores, los créditos que nacen de los contratos inscritos se equiparan a "los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor" (art. 1.922, n.º 2.º del C. C.). Estos gozan de preferencia "sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor". Aquí la cosa es el objeto de la compraventa. Esta equiparación no parece adecuada por dos razones:

- 1.º) "Los créditos por ... precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor" se encuentran ya incluidos en el artículo 1.922, n.º 1.º, y éste es evidentemente el caso contemplado por la Ley, ya que vendedor y financiador no hacen sino otorgar créditos, directa o indirectamente a alguien, para que realice una compra.
- 2.º) La figura de la prenda es totalmente opuesta al mecanismo de la compraventa a plazos, donde el comprador adquiere de inmediato la posesión de la cosa vendida. Máxime cuando el artículo 1.922, n.º 2.º, del Código Civil exige que la prenda "se halle en poder del acreedor".

Entonces, ¿por qué ha realizado esta equiparación el artículo 19 en cuanto a la preferencia de los créditos de contratos inscritos sobre las

cosas objeto de las compraventas? Simplemente para poder colocarlos en el primer lugar de la prelación de créditos sobre una misma cosa. En realidad, no es que se equipare; es que se quiere conseguir unos efectos y se utiliza el medio técnico de la equiparación para ello. En efecto, "el crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda" (art. 1.926, n.º 1.º, del C. C.). De lo contrario, tales créditos se verían relegados al último puesto de la prelación.

Este privilegio del artículo 19, párrafo 1.º, no puede beneficiar más que a contratos garantizados con la cláusula de prohibición de disponer. En efecto, el artículo 19 se aplica sólo a los contratos inscritos en el Registro y sólo pueden estarlo aquéllos que contengan la cláusula de reserva de dominio o la de prohibición de disponer (art. 23). Ahora bien, el acreedor que cuente con una cláusula de reserva de dominio no necesita acogerse a los privilegios del artículo 19, párrafo 1.º, puesto que, teniendo la propiedad de la cosa, ésta no caerá dentro de la masa del concurso de acreedores. Los administradores del concurso conservarán los derechos que tuviese el comprador sobre la cosa, por lo que podrán incluirla en la masa de bienes concursados si abonan la deuda que garantiza la mencionada cláusula. Al referirnos a la Jurisprudencia anterior a la Ley, ya vimos cómo el Tribunal Supremo aceptaba normalmente la tercería de dominio sobre una cosa respaldada en la cláusula de reserva de dominio, en casos de embargo realizado por un tercero.

En el epígrafe anterior observamos que la cláusula de prohibición de disponer será la utilizada normalmente por los financiadores a través de comprador. En efecto, si los vendedores (y, consiguientemente, los financiadores que se subrogan en sus derechos) pueden obtener una garantía mayor con la cláusula de reserva de dominio, no hay motivo para que la desaprovechen. Este razonamiento viene confirmado por la realidad. Así, pues, es a los financiadores a través de comprador a quienes beneficia fundamentalmente el artículo 19, párrafo 1.º

El párrafo 2.º del artículo 19 se ocupa de la quiebra y la suspensión de pagos. "En los casos de quiebra no se incluirán en la masa los bienes comprados a plazos mientras no sea satisfecho el precio garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta". La Ley equipara de nuevo estos créditos de contratos inscritos a los garantizados con "prenda constituida por escritura pública o en póliza intervenida por Agente o Corredor" (art. 918 del C. de C.).

En cuanto a la referencia al derecho de abstención en la suspensión de pagos, la cita del artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos resulta superflua, ya que el párrafo 3.º de éste se refiere a "los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios, comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 913 del Código de Comercio", casos distintos del que trata la Ley, máxime si ya hemos visto que el Código de Comercio asimila los créditos considerados a los del artículo 910 y el artículo 22 de la Ley de Suspensión de Pagos dice

que “podrán abstenerse de concurrir a la Junta, sin que en el convenio surta efectos respecto a ellos, los acreedores que invoquen los derechos reconocidos en los artículos 908 a 910 del Código de Comercio”.

Tanto en la quiebra como en la suspensión de pagos se puede decir lo mismo que en el concurso de acreedores con respecto a los contratos garantizados con cláusula de reserva de dominio (37), puesto que según el artículo 908 del Código de Comercio “las mercaderías ... que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños...; reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado” (38).

3. *Procedimiento especial.*

Los cuatro últimos párrafos del artículo 19 regulan un procedimiento extrajudicial para hacer efectivos los créditos procedentes de contratos inscritos, mediante una subasta notarial. Este procedimiento es copia literal del expuesto en el artículo 94 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento para los créditos garantizados con esta última. Consiste en requerir notarialmente de pago al deudor. “El requerido, dentro de los tres días siguientes, deberá pagar o entregar la posesión de los bienes al acreedor” (art. 19, pár. 4.º). Si el deudor opta por esta última vía, “el Notario procederá a la enajenación de éstos en la forma prevenida en el artículo 1.872 del Código Civil” (artículo 19, pár. 6.º). Este procedimiento no impide el ejercicio de la vía judicial, ya que “cuando el deudor incumpliera la obligación de entregar la posesión de los bienes, el Notario no seguirá adelante en su actuación, y el acreedor podrá acudir a cualquiera de los procedimientos.

(37) El pacto de reserva de dominio es ineficaz frente al caso de quiebra en los Derechos anglosajón, francés y belga. Para el Derecho francés, vid. G. RIPERT, “*Traité élémentaire de Droit Commercial*”, 5.ª ed., por René Roblot, 1964, págs. 151, 183 y 439; vid. también el “*Traité*” de ESCARRA.

Esto ha sido precisamente lo que ha motivado una legislación especial para conceder un derecho de prenda sin desplazamiento a los vendedores de determinados bienes a plazos.

M. PLANIOL y G. RIPERT-J. HAMEL señalan en su “*Traité*”, como, si bien en las locaciones ventas se debe respetar la voluntad de las partes a efectos internos; frente a terceros, el vendedor arrendador no puede reivindicar la cosa en caso de quiebra del comprador-arrendatario.

(38) En contra, A. VICENTE Y GELLA, ob. cit.: “No cabe duda que insertándose, por lo general, la expresada cláusula en simples documentos privados que no suelen encontrarse en ninguno de los supuestos del art. 1.227 del C. c., el acreedor que procediendo contra su deudor embargase cualquier objeto en poder de éste, podría ampararse en el principio de que la posesión equivale al título frente al vendedor que intentara reivindicar dicho objeto, fundándose en que fue vendido con reserva de dominio. De aquí que en algunos países se organice un sistema de publicidad, mediante el registro de los contratos en que se consigna el pacto que nos ocupa”. A favor, vid. E. LANGLE, ob. cit.

judiciales, sin perjuicio de evitar las acciones civiles y criminales que le correspondan” (art. 19, pár. 5.º). Se entiende que el deudor incumple la obligación de entregar la posesión de los bienes cuando tampoco ha efectuado el pago que se exigía.

Si el comprador no paga su deuda y opta por la entrega de la cosa para la subasta notarial, este procedimiento no resulta provechoso al vendedor (o al financiador que se subroga en sus derechos). En efecto, con la subasta cobrará su crédito o, en último extremo, después de dos subastas sin resultado, “podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda (cosa vendida). En este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito” (art. 1.872 del C. C.). Pero si ejerce el derecho de resolución del artículo 11, recuperará la cosa y, además, logrará unas indemnizaciones mínimas. Si la cosa ha sufrido una depreciación, obtendrá esas indemnizaciones por lo menos. Si la cosa ha sufrido una revalorización, él será el beneficiado con ella, mientras que en la subasta, lo que excede de la deuda revierte al patrimonio del deudor.

Finalmente se plantea el problema de saber si es preciso subastar una cosa a favor de un acreedor que es, además, propietario de la cosa en virtud de una cláusula de reserva de dominio.

El único verdaderamente beneficiado con este procedimiento especial de la Ley es el financiador a través de comprador, puesto que no puede recurrir a la resolución del contrato y no tiene más remedio que tratar de hacer efectivo su crédito.

VII. COMPETENCIA JUDICIAL

El artículo 14 atribuye imperativamente “la competencia judicial para el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados” en la Ley a los “Juzgados y Tribunales del domicilio del comprador”. Sigue aquí también la Ley los preceptos de las legislaciones belga (artículo 22, pár. 2.º) y suiza (art. 2.261). La Ley austríaca (art. 6.º) imponía ya este mismo precepto.

Esta norma corta todas las posibilidades de sumisión expresa o tácita (art. 56 de la L. E. C.), ya que, según el artículo 18, “se tendrán por no puestos los pactos ... de los contratos regulados en la presente Ley que fueren contrarios a sus preceptos o se dirijan a eludir su cumplimiento”. Además, el legislador especifica en el mismo artículo 14 que será “nulo cualquier pacto en contrario”.

Es una medida que tiende claramente a proteger al comprador, dado lo gravoso que resulta litigar fuera del lugar habitual de residencia. Corresponde a esa concepción parcial de la Ley en la que se considera sólo al consumidor ordinario, cuya posición económica es netamente inferior a la de vendedores y financiadores. También se sale al paso de posibles sumisiones aceptadas inconscientemente por el comprador al firmar un contrato de adhesión con las cláusulas previamente establecidas por la otra parte. Hay que tener en cuenta que hasta ahora,

la sumisión viene a ser cláusula de estilo en los contratos de adhesión.

Volvemos a repetir que esta protección no es justificada para el comprador de bienes de equipo, que puede acogerse a la Ley (art. 1.º), aunque el legislador parece no tenerlo en cuenta o, aún más, no haberlo deseado (según se deduce del Discurso de Defensa de la Ley ante las Cortes). Naturalmente, estas observaciones quedan condicionadas a los bienes que determine el Gobierno al desarrollar la Ley.

VIII. ASPECTO TRIBUTARIO DE LA LEY

El artículo 22 atiende al aspecto tributario de los contratos sometidos a la Ley. De su redacción podemos deducir que el legislador ha pretendido beneficiar fiscalmente estos tipos contractuales con el fin de hacerlos aún más atractivos: En efecto, se refiere al establecimiento de exenciones de carácter especial, como se deduce de la alusión al artículo 10 de la Ley General Tributaria y de su última frase: "Además podrán gozar de los demás beneficios fiscales que sobre el particular pueda determinar el Ministerio de Hacienda".

Cumpliendo con el apartado (b) del artículo 10 de la L. G. T. ("Se regularán en todo caso por Ley: el establecimiento, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones y demás bonificaciones tributarias") ordena que "los contratos ... a que se refiere la presente Ley, cuando constituyan actos habituales de tráfico empresarial, así como las garantías que se establezcan, estarán exentos o, en su caso, no sujetos al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados" (art. 22).

Dos observaciones previas:

- 1.º) El artículo 22 sólo incluye los "actos habituales de tráfico empresarial", lo que nos confirma en la crítica del artículo 4.º, número 2.º, cuando decíamos que la Ley debía excluir de su ámbito todas "las ventas y préstamos ocasionales" y no sólo los "efectuados sin finalidad de lucro".
- 2.º) El artículo 22 incluye en sus posibles beneficios "las garantías que se establezcan" con motivo de los contratos regulados por la Ley, como si dichas garantías constituyeran actos jurídicos autónomos. Ya estudiamos el concepto limitado que la Ley tiene de tales garantías como cláusulas de los contratos de compraventa y financiación, por lo que esta referencia resulta superflua.

Las ventajas fiscales, en el caso de existir, radicarán en la exención de impuestos y, concretamente, del "pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados". El artículo 22 habla también de la no sujeción al pago de este impuesto, lo que resulta inútil, ya que si la legislación tributaria excluye determinados actos del ámbito de un impuesto, no es necesario insistir sobre ello, y así lo entiende el artículo 10 de la L. G. T., que exige la vía legal para las

exenciones y demás beneficios, pero no menciona el caso de la no sujeción (39).

La Ley de Reforma del Sistema Tributario divide el impuesto general sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en tres Tarifas, de las que sólo la primera y la tercera pueden afectar a los contratos de nuestra Ley.

La Tarifa 1.^a se refiere a las transmisiones patrimoniales "inter vivos" y, según el artículo 145, párrafo 1.º, de la L. R. T., "no estarán sujetas las transmisiones a título oneroso, los préstamos, fianzas, arrendamientos y pensiones cuando constituyan actos habituales de tráfico de las empresas o explotaciones mercantiles...". Nos encontramos con que las operaciones reguladas por nuestra Ley no están sujetas a la Tarifa 1.^a del impuesto mencionado, por lo que el artículo 22 no proporciona en esto ninguna ventaja.

La Tarifa 3.^a se refiere a los actos jurídicos documentados. El artículo 164 de la L. R. T. enumera los casos sujetos a ella. Los únicos que pueden afectar a los contratos regulados por la Ley son los del apartado g): "Las escrituras, actas y testimonios notariales". Pero los artículos 5.º y 6.º no exigen la forma notarial para perfeccionar los contratos de compraventa y financiación, por lo que normalmente esta exención tampoco beneficiará a las partes contratantes.

Parece, pues, que a pesar de la intención legislativa, el artículo 22 no concede ventajas fiscales. Añade, sin embargo, la posibilidad de gozar de los beneficios fiscales que otorgue el Ministerio de Hacienda, refiriéndose con ello posiblemente al desarrollo reglamentario de la Ley. Sobre este punto, el artículo 22 parece olvidar que, de la misma manera que el artículo 10 de la L. G. T. exige la determinación por ley de las exenciones tributarias, lo mismo ocurre con cualquier tipo de bonificación de este género, que no puede, por lo tanto, depender del Ministerio de Hacienda, a no ser que éste actúe por delegación de una ley.

IX. DESARROLLO DE LA LEY

El artículo 20, párrafos 1.º y 2.º, prevé la concreción por parte del Gobierno de una serie de circunstancias que perfilan esencialmente aún más el ámbito de la Ley. Se realizará "atendiendo a la coyuntura económica y previos informes del Consejo de Economía Nacional y de la Organización Sindical". De esta forma se logra una elasticidad adecuada para los fenómenos económicos que regula la Ley. El Gobierno fijará:

(39) Es cierto que el art. 29 de la L. G. T. dice que "la Ley, en su caso, completará la determinación concreta del hecho imponible mediante la mención de supuestos de no sujeción", pero de su interpretación se deduce que sólo será utilizable para las situaciones confusas, lo que no es el caso del art. 22.

Para los conceptos de exención y no sujeción, vid. el trabajo de M. CORTÉS DOMÍNGUEZ sobre "Los sujetos de la obligación tributaria", en R. A. P., número 48, págs. 30-31.

- 1.º) “Los bienes que puedan ser objeto de contratos sometidos a esta Ley.” Esta es una cuestión sustantiva de la Ley y su remisión a las disposiciones del Gobierno es totalmente impropia. El sentido del artículo 1.º cuando se refiere a los bienes muebles corporales no consumibles queda desvirtuado con esta medida; ya no se trata de una delimitación del ámbito material de la Ley, puesto que ésta vendrá dada por el Gobierno, sino de una delimitación de la facultad de concreción de este último.
- 2.º) “El máximo de los tipos o tasas de recargo en las ventas a plazos.” Esto hace referencia a la circunstancia 8.ª del artículo 6.º Es un factor que puede variar con la coyuntura económica, por lo que no es conveniente su fijación en la Ley de una vez y para siempre. Sin embargo, la importancia del factor interés suscita dudas sobre la conveniencia de su determinación por Ley y no por disposiciones del Gobierno. Hay que tener en cuenta que de la fijación razonable del interés máximo depende la verdadera protección del comprador.
- 3.º) “La cuantía del desembolso inicial.” Si se trata de armonizar la presente Ley con la legislación anterior sobre financiación de bienes de equipo, como vimos que era de desear, el Gobierno ha de tener en cuenta que la Orden de 12-I-1962 sobre financiación de ventas a plazos de bienes de equipo establece como “condición indispensable que el comprador satisfaga al contado, como mínimo, el 20 por 100 del precio de venta más los gastos de la operación” (núm. 3.º). Lo que confirman la Orden de 25-I-1964 sobre créditos para ventas con pago diferido de bienes de equipo (núm. 2.º, a) y la Orden de 8-II-1964 sobre entidades de financiación de ventas a plazos (número 3.º, a).
- 4.º) “El tiempo máximo para el pago del precio aplazado.” Es cierto que tal vez convenga variar la extensión del aplazamiento del pago según la coyuntura, ya que puede interesar disminuir o aumentar el crédito. Los artículos 2.º, párrafo 1.º, y 3.º, párrafo 2.º, señalan un tiempo mínimo de tres meses para el pago del precio y la devolución del préstamo a comprador respectivamente, y añaden que los plazos “se determinarán en la forma que dispone el artículo 20”. Pues bien, el artículo 20, párrafo 1.º, no prevé más que la determinación del tiempo máximo. En realidad no existe justificación para que el Gobierno se ocupe de éste y la Ley del mínimo, a no ser que se pretenda variar aquél en función del bien de que se trate. Pero tampoco parece ser ésta la intención del legislador puesto que el tiempo mínimo es único.
- 5.º) “Los bienes... identificables a efectos del Registro.” Es una limitación impuesta al artículo 23 y cuya repercusión es de gran importancia, puesto que de su aplicación depende la oponibilidad a tercero de las cláusulas de garantía y los privilegios

y procedimiento especial del artículo 19, efectos que se encuentran entre los beneficios más importantes de acogerse a la Ley. El artículo 20 no pretende que el Gobierno señale los bienes identificables, puesto que esta condición ya viene impuesta de hecho por la circunstancia 3.^a del artículo 6.^o para todos los bienes que se vendan según la Ley: "La descripción del objeto vendido, con las características necesarias para facilitar su identificación". Con esta facultad, el Gobierno puede distinguir dos grados de aplicación de la Ley, según califique los bienes de identificables o no identificables. En este último caso, las ventajas de la Ley disminuyen en sumo grado. La utilización debida de esta discriminación puede remediar la tremenda traba que, como vimos, pone el artículo 23 al tráfico de bienes muebles, reservando su aplicación a aquellas cosas de mayor valor (como bienes de equipo). Sin embargo, esta cuestión es sustantiva y debería estar incluida en la Ley o, en todo caso, determinada por vía de Ley.

De las circunstancias enumeradas por el artículo 20 a concretar por el Gobierno se deduce la tremenda importancia de las facultades que se le otorgan y la improcedencia de las mismas cuando afectan a materias sustantivas de la Ley.

Además de las facultades que el artículo 20 delega en el Gobierno, éstas se extienden también a la concreción que requiere el artículo 4.^o número 3.^o, al excluir de la Ley "las ventas y préstamos cuyo importe sea inferior a la cantidad que se determine por el Gobierno".

En cuanto al párrafo 2.^o del artículo 20, es de desear que las condiciones y obligaciones que se establezcan para realizar habitualmente "las operaciones comprendidas en esta Ley" armonicen con el Decreto-Ley de 27-XII-1962 sobre creación de entidades de financiación de ventas a plazos y con la Orden de 8-II-1964 sobre normas complementarias para las mismas, sobre todo si recordamos que el artículo 8.^o de aquél prevé su "aplicación a bienes de consumo duradero cuando así se acuerde por Decreto aprobado en Consejo de Ministros a propuesta del de Hacienda". Este desarrollo de la Ley previsto por el artículo 20, párrafo 2.^o corresponde a todo el Capítulo 5.^o (arts. 23 a 28) de la Ley belga.

La determinación directa de las sanciones para los que incumplan las obligaciones y condiciones del artículo 20, párrafo 2.^o (así como el artículo 16) no responde al criterio seguido por la Ley en el artículo 20, párrafos 1.^o y 2.^o. En efecto, la coyuntura económica debe afectar también a la fijación de sanciones temporales o pecuniarias. Si lo que la Ley ha querido es ofrecer su garantía y protección para que estos datos gravosos no se alteren fácilmente, podía haber recurrido a que su determinación ulterior se realizase por vía de ley.

La competencia privativa del Ministerio de Justicia para "proponer o dictar las disposiciones complementarias" no es procedente, ya que esta Ley se encuentra estrechamente relacionada con cuestiones eco-

nómicas (como se deduce del artículo 20, párrafo 1.º y de la legislación anterior sobre financiación de bienes de equipo), aspectos que incumben también a los Ministerios de Hacienda y Comercio.

El creer que esa trascendencia económica se soluciona encargando del desarrollo de algunas cuestiones al Gobierno "previos informes del Consejo de Economía Nacional y de la Organización Sindical" (artículo 20, pár. 1.º) constituye un error, puesto que la enumeración del artículo 20 no agota la materia económica y porque el desarrollo de una ley debe ser un conjunto coherente; para lo que es necesaria la participación de todos los Ministerios interesados en todo su desarrollo. Y así pareció entenderlo inicialmente el artículo 21 del Proyecto de Ley.

En todo caso, es de esperar que el desarrollo reglamentario subsane muchos de los defectos y oscuridades de la Ley.

X. AMBITO TEMPORAL

El artículo 24 prevé la entrada en vigor de esta Ley "a los seis meses, a partir del día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*". Dicha publicación es de 21 de julio de 1965, por lo que la entrada en vigor se aplaza hasta el 21 de enero de 1966. Si una Ley atiende a una necesidad existente, y así parece ser el caso de ésta, no hay razón para aplazar tanto su vigencia. El argumento que se suele dar sobre la adaptación de los destinatarios de una Ley a las modificaciones que introduce pierde gran parte de su validez al tratarse de una Ley de eficacia no imperativa, contrariamente a lo que ocurre con las leyes alemana, belga y suiza.

Además, en definitiva, la fecha de 21-I-1966 no es sino un plazo mínimo o una primera condición para la entrada en vigor de la Ley. La segunda condición es la confección y publicación de su desarrollo reglamentario, previsto con la importancia que hemos estudiado en los artículos 20 y 21.

XI. CONCLUSION

La Ley de 17-VII-1965 ofrece, pues, un cauce jurídico especial, de carácter dispositivo, a las compraventas a plazos de bienes muebles corporales no consumibles, a los contratos de préstamo para financiar las mismas, así como aquéllos que financian compraventas al contado cuando se estipula su devolución a plazos.

Del estudio realizado resulta evidente que la Ley es técnicamente muy imperfecta. En cuanto a su finalidad, ésta es también clara. Hemos visto que las ventajas que se ofrecen a los compradores son en muchos casos ficticias. Los realmente beneficiados son los vendedores y, especialmente, los financiadores. Estos gozan de:

- a) La subrogación en la reserva de dominio (art. 3.º).

- b) La posibilidad de pedir la resolución del contrato o el vencimiento de todos los plazos (art. 11).
- c) La cláusula de prohibición de disponer.
- d) La eficacia excepcional del Registro de cláusulas de garantía: (art. 23).
- e) La situación privilegiada de sus créditos.
- f) El procedimiento especial del artículo 20.

Garantías todas ellas que les convierten en los auténticos árbitros de las operaciones económicas correspondientes.

Mientras que la Ley no cuente con su Reglamento sus preceptos no son más que papel mojado, por lo que cerramos este comentario a la espera de su pronta aparición.

VIDA JURIDICA

NOTICIAS

Curso de conferencias sobre cuestiones relacionadas con la administración de justicia, organizado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos y el Instituto Español de Derecho Procesal.

Jesús Carnicero Espino
Magistrado

Necesidad de un auténtico proceso verbal para las reclamaciones de inferior cuantía. Don José Pere Raluy. Juez Municipal de Barcelona.

Pone de relieve el anhelo de una organización judicial y unas leyes de procedimiento que no sólo resulten adecuadas a la sociedad a que han de servir, sino que eliminen de nuestra práctica forense instituciones caducas e inadecuadas y toda esa gama de corruptelas que emponzoñan nuestro proceso y que, por otra parte, arbitren instrumentos para satisfacer necesidades no atendidas por el vigente sistema.

La reforma de nuestra organización judicial y de nuestras leyes procesales ha de afectar, desde luego, tanto a las normas que han de regir una y otras como a los sujetos en que encarna la función jurisdiccional y a sus auxiliares y a instaurar un tipo de juicio que permita en la práctica a los sujetos de derecho, plantear pretensiones de pequeña cuantía, sin salir alcanzado irremisiblemente en el empeño, pues el común de las personas que hayan de reclamar cantidades inferiores a mil pesetas deberán elegir entre la renuncia a hacer efectivo su crédito o afrontar un proceso que, aun resuelto para el mismo en la forma más favorable, habrá de suponer un desembolso no reintegrable, superior a la cantidad reclamada.

Por otra parte, en las reclamaciones cuya cuantía no exceda de unos pocos miles de pesetas, aun rebasando el primer millar, se produce la conclusión de que el costo de un proceso resulta absolutamente desproporcionado respecto a la cuantía controvertida.

Expone que cabe esbozar una triple orientación: a) el mantenimiento del «statu quo» actual o su simple alteración con modificaciones accidentales encaminadas simplemente a salvar la faz, sin resolver el problema planteado; b) la supresión del actual juicio verbal, absorbiendo el juicio de cognición el campo de aquél, y c) el establecimiento de un auténtico proceso verbal civil de inferior cuantía, estructurado de modo que sea asequible a cualquier profano en derecho y cuyo costo sea tan reducido que el temor de una condena en costas no frene excesivamente al acreedor ni aggrave de modo inicuo la posición del deudor.

Entrando en el terreno de los principios que habrían de informar la estructura del nuevo juicio verbal, cree en primer término que éste habría

de basarse en una oralidad llevada a sus últimas consecuencias; el de simplicidad eliminando al máximo todo formalismo no estrictamente indispensable; la inmediación judicial más absoluta y efectiva; criterio consistente en la bipartición mayor que sea posible en los actos de instrucción cuando alguna de las partes resida en lugar distinto del correspondiente a la sede del órgano competente para la resolución; que el nuevo proceso se encomienda a Jueces peritos en derecho y revestidos de carácter profesional y permanente.

Pasa a esbozar las bases del nuevo proceso.

Competencia objetiva. Debe excluirse totalmente la intervención en el nuevo juicio verbal, y en general en la resolución de cualquier proceso contencioso de los Juzgados de Paz.

Postulación y defensa técnicas. Habrían de ser meramente facultativas.

Demanda. La forma ordinaria sería la oral.

Examen de la demanda por el Juez.

Convocatoria a juicio.

Celebración del juicio. Se recibiría la contestación a la demanda y, tras la intervención del Juez para intentar un acuerdo entre las partes y la puntualización, a iniciativa del Juez, de los extremos de hecho y pedimentos de las partes, se procedería a practicar en la propia audiencia, y de no ser posible en otra u otras inmediatas, la prueba propuesta por las partes y la que el Juez, con amplísimas facultades, acordara de oficio.

Sentencia. Forma extremadamente simplificada.

Recursos. Las apelaciones contra decisiones de un Juez unipersonal, no pueden encomendarse a otro Juez unipersonal por alta que sea la categoría de éste, y que ningún juicio, por insignificante que sea su cuantía, debe ser resuelto en última instancia por un órgano unipersonal.

Régimen económico del proceso. Cree que ha llegado la hora de plantearse seriamente la conveniencia de implantar de modo total, o, al menos, en los procesos de inferior cuantía, la gratuidad de la Justicia.

Desecha las objeciones fundadas en la bipartición de la instrucción; arrojar una desmesurada carga sobre los hombros de los encargados de administrar la justicia; lesionar los intereses de la abogacía y el peligro de fomento de los litigios, inherente a la facilitación del proceso.

Estima que el nuevo proceso contribuiría a crear, poco a poco, una nueva mentalidad, un nuevo estilo judicial, presupuesto capital para el éxito de la reforma.

«Revisión de la Ley sobre la jurisdicción Contencioso-administrativa en orden a la estructura orgánica y la competencia de sus Tribunales». D. Sabino Alvarez Gendin, Magistrado del Tribunal Supremo.

Constituyó la materia de su interesante conferencia, el carácter procesal de lo contencioso-administrativo; lo contencioso-administrativo como juris-

dicción especializada; Tribunales estrictamente administrativos: (Francia, Italia y Países del Benelux); Tribunales ajenos a la administración y al poder judicial: (Alemania, Suiza, Portugal, Uruguay); Tribunales judiciales para lo contencioso-administrativo: (Argentina); y nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, incorporada al poder judicial, pero especializada, examinando la organización actual, incorporación de Tribunales Centrales o Superiores, intermedios entre las Salas de las Audiencias Territoriales y el Tribunal Supremo, Magistrados adjuntos y otros aspectos revisables de la Ley de lo contencioso-administrativo.

Lo esencial de la conferencia radica en la propuesta: A) de creación de dos Tribunales Superiores o Centrales en Madrid, y B) la creación de Magistrados-adjuntos.

A) El primero de dichos Tribunales Superiores o Centrales, entenderían en última instancia en los recursos que se interpusieran contra las sentencias de las Salas de lo Contencioso de las Audiencias Territoriales en materia de Administración Local (incluso en la financiera y tributaria): a) de cuantía indeterminada, con excepción de la validez de elecciones de Concejales y Diputados provinciales; b) de cuantía superior a 200.000 pesetas; c) que se trate de personal solamente referente al de plantilla, y se impugne el cese del cargo o la exclusión en el escalafón correspondiente, o se discutan derechos pasivos y d) los recursos extraordinarios de revisión, constituyéndose para resolverlos a la Sala en pleno. Si hubiera alguna vacante, se contaría con un Magistrado de la Sala de lo Civil.

El segundo de los Tribunales Superiores podría conocer entonces en única instancia o primera instancia de los recursos que se formularan contra actos administrativos dictados por los Organos de la Administración Central, inferiores al Gobierno, a las Comisiones delegadas del Gobierno y a los ministros, así como en los recaídos en expedientes de menor cuantía del Tribunal Superior de Contrabando y Defraudación. Los recursos de apelación contra las sentencias de dichos Tribunales Superiores se interpondrían ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo y sólo se admitirían tratándose de asuntos superiores a 200.000 pesetas, o de cuantía indeterminada, o de personal sólo respecto del de plantilla, y en lo que afecta a cese de cargo, exclusión de escalafones o derechos pasivos, sin introducir periodo de prueba, salvo que fuese denegado en primera instancia, considerándose el Tribunal Supremo en alzada, como de casación.

B) Para descargar la labor de los magistrados de las tres Salas de lo Contencioso-administrativo se incorporarían dos magistrados adjuntos por Sala, uno para cada Sección, en el Tribunal Supremo, y uno por cada Tribunal Central o Superior, para que revise o formule los Resultandos, realicen la clasificación, búsqueda y fichado sistematizado y alfabetizado de jurisprudencia, legislación y doctrina científica y, en general, auxiliar a los magistrados en la tramitación de los recursos y en la redacción de las decisiones judiciales.

Esta medida se haría extensiva a las otras tres Salas del Tribunal Supremo.

«Las garantías del justiciable en las jurisdicciones ordinarias y especiales».**Don Manuel Escobedo. Abogado. Ex Decano del Ilustre Colegio de Madrid.**

El conferenciante desarrolla este tema empezando por poner de manifiesto la ambición del mismo, pues las garantías de los justiciables no se limita a su derecho de defensa o al respeto de sus derechos individuales, sino que la primera garantía para el justiciable es una perfecta organización judicial que va desde la selección y formación del juez hasta la satisfacción interna del magistrado, su autonomía y su absoluta independencia, incluida la económica.

Puso de manifiesto que la proliferación de las jurisdicciones especiales constituye una insatisfacción de los magistrados ante una posible sospecha de que se desconfía de su celo o de su competencia y una manifiesta desconfianza de los justiciables y de los letrados, cuando se arrancan de la jurisdicción ordinaria materias que son suyas para llevarlas a una jurisdicción especial, a veces con normas procesales insuficientes y aun sin ellas.

Seguidamente dice que en otros países existen también jurisdicciones especiales, aunque no con la proliferación de España.

Se refiere a la creación del Alto Tribunal Militar en Francia y exaltó la reacción de la abogacía francesa, que llegó hasta el extremo de que el Batonnier se personara ante el Alto Tribunal Militar para prohibir a unos defensores que vistieran la toga en el ejercicio de su defensa.

Se muestra partidario de una revisión profunda, no solamente de la Ley Orgánica, sino también de las Leyes procesales.

Hace alusión al organigrama, ideal expuesto por el magistrado don Baltasar Rull en anterior conferencia, considerando que si no es perfecto es perfectible, y puede servir de base para un estudio profundo y definitivo.

Rechaza el sistema de modificaciones parciales, aludiendo a las llevadas a cabo en las llamadas Leyes de Urgencia y del Automóvil, exponiendo su criterio de que en las reformas no se debe tener únicamente presente el punto de vista de la rapidez del procedimiento, sino, más principalmente, el de la descongestión de trabajo a los Tribunales, quitando de ellos muchos procedimientos sumariales que pueden terminar, como en tantos países, en un simple Tribunal correccional, y suprimiendo trámites burocráticos de las instrucciones sumariales y del Plenario.

Aboga porque en las reformas se tenga en cuenta el derecho del justiciable a estar asesorado por su abogado desde el primer instante en que se produzca su detención o su citación.

Aboga también, por la supresión del secreto del sumario, y no se muestra partidario de una excesiva especialización en materia penal, terminando por exponer el concepto del magistrado ideal, como hombre de gran cultura humanística, perito y hasta artista del Derecho al servicio de la Justicia y hombre bueno, de conciencia limpia y clara al servicio de la humanidad.

«Resultados del procedimiento de urgencia en materia penal», por el Ilustrísimo Señor Don José Raya Mario, Abogado Fiscal de la Audiencia de Madrid.

El señor Raya comenzó su disertación refiriéndose a que al cabo de ocho años de vigencia de la Ley de 1957, que implantó el nuevo procedimiento penal abreviado, existen suficientes perspectivas para juzgar los resultados de su aplicación y obtener enseñanzas que aleccionen para la proyectada reforma general de nuestras leyes procesales y orgánicas.

Dijo que aquella Ley de 1957 fue recibida con escepticismo en cuanto a la finalidad esencial que se proponía, cual era la de acelerar el proceso penal y cortar para siempre los retardos en la administración de justicia. En aquella época venía arrastrándose un largo proceso de acumulación y estancamiento de causas criminales. El momento inicial de este retraso arranca casi desde la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y fueron muchos los remedios que se intentaron, sin conseguir ningún resultado positivo.

En resumen, el ambiente, la gravedad de los problemas planteados y el tono nada revolucionario de la Ley que introdujo el procedimiento de urgencia hacía pensar que no constituiría eficaz remedio para la situación.

Sin embargo, el éxito ha sido patente—dice el señor Raya—y pasa a inventariar los factores que han producido este resultado.

Se ocupa primero de la abreviación de plazos y dice que el acortamiento de plazos legales se ha considerado ingenuamente como remedio de demoras y retrasos, cuando la realidad del fenómeno es que en esas situaciones anormales los plazos no se observan y tanto da que la Ley los señale más o menos amplios.

La nueva Ley echó mano de aquel recurso, y así, mientras en el proceso común el plazo normal para la instrucción de un sumario es de un mes, la nueva Ley lo redujo a ocho días, y en esta escala, aproximadamente, se trazó el esquema del nuevo procedimiento.

Estos plazos no se han observado, y si el procedimiento ha adquirido la agilidad que demuestra el estado actual de cosas ha sido más bien por la simplificación de trámites, por la flexibilidad del procedimiento y por un factor psicológico decisivo que no es otro que la convicción de la Magistratura de que había llegado el momento de restablecer el buen orden en la administración de la justicia penal.

A continuación examina detenidamente los trámites que se han simplificado en cada uno de los periodos procesales: instrucción sumarial, fase intermedia, juicio oral y ejecución de sentencia.

Termina examinando la naturaleza y alcance del procedimiento de urgencia como tercer género de proceso común, intermedio entre el proceso solemne por delito grave y el juicio de faltas, que debe corresponder a una tripartición paralela de las infracciones y la asignación de su conocimiento a órganos jurisdiccionales distintos.

«Sugerencias para la reforma del procedimiento civil». Don Daniel Ferrer Martín, Juez de 1.^a Instancia de Madrid.

Parte de la precisión de la reforma de la Administración de Justicia como necesidad sentida por todos, pues su actuación no es hoy lo satisfactoria que sería de desear, no por fallo en el elemento humano, sino por la organización que se mantiene y por los instrumentos con que cuenta para el cumplimiento de su fin.

Analizando las causas del desfasamiento que existe entre la organización y las necesidades que debe servir, expone que su origen no se halla tanto en la reglamentación actual del proceso, en sí misma considerada como en su antigüedad, pues la Ley de enjuiciamiento civil hoy vigente cumplió su misión histórica, sobre todo teniendo en cuenta las circunstancias en que nació, que brevemente examina. Abundando en la misma idea se detiene en el estudio de las características de la sociedad actual, que se halla en trance de profunda transformación, que acarrea la del Derecho.

Con concreta referencia al procedimiento civil, resalta que el proceso no es una constante, sino que su forma concreta varía en relación con las características históricas de la sociedad y el perfeccionamiento técnico de la disciplina. De otra parte, la contemplación de los fines del proceso le lleva a afirmar que su reglamentación debe procurar que los cumpla promoviendo el adecuado equilibrio entre los llamados a intervenir en él, el juez, como representante del Poder público, y los litigantes, para alcanzar la satisfacción de sus derechos.

Señalando los defectos que se advierten en la vigente ordenación del proceso, concreta los siguientes: 1.º El excesivo número de tipos de proceso que se hallan establecidos. 2.º La ordenación de los principios dispositivo y de autoridad del juez, como rectores del proceso. 3.º La excesiva duración de los procesos. 4.º La inexistencia de medios para combatir los subterfugios dilatorios.

Se detiene en el análisis de los diversos puntos, sugiriendo como remedios: la reducción del número de tipos de proceso; la armonización de los principios dispositivo y de autoridad del juez, reduciendo aquél a sus justos límites y ampliando los poderes del juez para permitirle una más directa y activa intervención en la fijación de los hechos y en su prueba; arbitrar un medio para corregir los defectos procesales, situado en los momentos iniciales del proceso, que permita subsanar los apreciados; para que el proceso se encamine sin entorpecimientos a su fin esencial, que es la decisión sobre el fondo, y, finalmente, para defender el fin del proceso y velar por la ética en la actuación dentro de él, dar cabida a la doctrina del abuso del derecho, como medio de sancionar conductas dilatorias injustificadas.

Termina expresando que está en marcha la reforma y ofrece unas ideas de lo que sobre los puntos tratados se contiene en un primer proyecto de Código procesal civil, elaborado por el Gabinete de Estudios creado por el ministro de Justicia por Orden de 21 de octubre de 1964, para colaborar en los trabajos sobre perfeccionamiento de la organización y procedimiento de la Administración de Justicia, discutido y aprobado en primera lectura por

La Sección 3.ª de la Comisión general de codificación en enero del pasado año, destacando como notas salientes: la reducción de los tipos de proceso a tres declarativos y un ejecutivo, los dos primeros configurados sobre la base del actual juicio de menor cuantía, que son los únicos aplicables a toda clase de reclamaciones, ordinarias o especiales; mantenimiento del principio dispositivo en la iniciación del proceso, reformando la autoridad del juez, a quien se permite examinar de oficio los presupuestos, ordenar la subsanación de defectos e intervenir activamente en la realización de las pruebas; se unifica la oposición y se restringe la posibilidad de promover incidentes; se atiende a la defensa del fin del proceso, facultando a los Tribunales para impedir, rechazar, subsanar o invalidar de oficio cualquier actuación abusiva o fraudulenta.

«Aspectos jurisdiccionales del falso testimonio». Don José Julián Hernández Guijarro. Abogado Fiscal de la Audiencia de Madrid.

Pone de relieve el gran número de problemas sin resolver que entraña el falso testimonio, derivado de que está aún indeterminada la verdadera naturaleza de estos delitos, siendo los estudios monográficos sumamente escasos y estimando que las obstrucciones en el proceder por inexactitudes testificales obedece a la dificultad de las probanzas y la acreditación de la intención del agente.

Examina las posturas doctrinales, refundiéndolas en aquellas que entienden que el falso testimonio es un delito contra los medios de prueba, y en las que lo identifican como específico contra la administración de justicia.

Dentro de las primeras, analiza con gran detalle la posición de Antonioni, encaminada a determinar el verdadero objeto jurídico del falso, que ya no identifica con el término fe pública ni con la prueba, sino entendiendo que el bien jurídico defendido en el delito de falso testimonio radica en la certeza de la apariencia de la prueba, siendo para el conferenciante ello insuficiente, porque sin ser partidario de la pluriofensa valora de manera bifronte—material y procesal—la existencia o exactitud de un hecho, por lo que necesario será diversificar los delitos que tienen por objeto material la prueba, y por objeto jurídico, la certeza de su apariencia.

Respecto del falso testimonio como delito contra la Administración de Justicia, estudia la doctrina de Marsich, para quien el bien protegido es la actividad jurisdiccional, y como esta actividad se manifiesta en el proceso regulado por una norma legal, ésta impone a cada uno el cumplimiento de determinados deberes que suponen limitaciones en su libertad, cuando es llamado a prestar declaración, en el doble sentido de obligatoriedad de prestación de testimonio y acatamiento a decir verdad, por lo que el falso testimonio supone incluso una cercenación de la función pública del Estado.

Reconoce que la tutela jurídica de los delitos es varia y compleja y sólo puede identificarse con un objeto sustancial y específico; de aquí que el delito de falso testimonio pueda tener como objeto jurídico la justicia en su más amplio sentido, mas sin olvidar que como modalidad de la falsedad

tiene también como objeto de protección la fe pública, concluyendo por tanto que la objetividad jurídica del falso testimonio la constituye la Administración de Justicia en sentido estricto en un concreto sector de la prueba procesal, cuya certeza se salvaguarda, sin perjuicio de que por ser aquél una modalidad de falsedad debe cumplir los requisitos esenciales de éstas en la medida en que su objeto distinto lo permita. Extrae de ello aplicaciones prácticas del más elevado interés, afirmando que los delitos de falso testimonio sólo pueden ser cometidos por quienes aparecen ligados por el deber de veracidad e integridad, deber este que se halla condicionado por dos requisitos, el de capacidad del sujeto y compatibilidad del deber o derecho que afecten al mismo sujeto.

«El Secretariado ante la reforma procesal y orgánica». Don Antonio Herreiros Hervás. Secretario de Sala del Tribunal Supremo.

Afirma que la sola antigüedad de las tres leyes en trance de reforma. *Orgánica del Poder Judicial, Enjuiciamiento Civil y Enjuiciamiento Criminal* es el mejor argumento en pro de que ésta se lleve a cabo de manera urgente e ineludible.

Hace a continuación una crítica de las dos Leyes de Enjuiciamiento, trazando las líneas generales de un Organigrama de la Administración de Justicia, señalando competencias y procedimientos.

En cuanto a órganos jurisdiccionales, subsistirían los siguientes:

Juzgados de Paz, admitidos como "mal menor", con su competencia actual y bajo control de los jueces comarcales de que dependan.

Juzgados comarcales, en los que se unifican los actuales municipales y comarcales.

Juzgados Superiores o de Distrito.—Los actuales de Primera Instancia e Instrucción, para los que se propone la especial reforma de concederles competencia para el conocimiento y fallo, en procedimiento rápido, pero dotado de toda clase de garantías, de los llamados delitos menores.

Audiencias.—Para la segunda instancia en lo Civil y en los delitos menores y en las cuestiones de Trabajo, y el conocimiento de los recursos contenciosos administrativos de su territorio. Tendrán para ellos sus correspondientes Salas de lo Civil, Penal, Trabajo y Contencioso-Administrativo. La Sala de lo Penal conocería, aparte de las apelaciones de lo resuelto por los Jueces de Distrito en los procesos por delitos menores, de los delitos más graves en juicio oral y público y en única instancia.

A la Audiencia de Madrid se adscribirían la Sala o Salas necesarias para conocer de los recursos contencioso-administrativos contra resoluciones de la Administración Central.

Tribunal Supremo.—Nunca sería Tribunal de instancia y quedaría reducido a cuatro Salas: Civil, Penal, Contencioso-Administrativo y de Trabajo.

Hizo a continuación un estudio histórico del Secretariado, comentando después los preceptos de la Ley orgánica y de su Adicional, sobre el Secretariado y la legislación positiva.

Entrando en la material central de la conferencia se ocupa de la potestad de documentación como autónoma dentro del concepto amplio de jurisdicción y hace un estudio de los artículos 249 y 251 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 321 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 481 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y preceptos concordantes.

Trata del origen de la fe pública judicial, configurada como garantía de las partes.

A continuación habló de la dación de cuenta, que si bien apenas tiene contenido aplicada a los órganos unipersonales, es muy importante en los Tribunales Colegiados por la existencia de apuntamientos y notas.

En cuanto a la tramitación, pide que se dé estado legal a lo que de hecho viene ocurriendo, confiándola al secretario; comenta autorizadas opiniones sobre el particular, descargando así a jueces y Tribunales de lo que no sea pura actividad decisoria.

Trata de otros problemas que afectan al Secretariado como unidad del Cuerpo; formas de retribución; acceso de los secretarios al Tribunal Supremo, etc., y termina ocupándose del secretario en su condición de jefe de los servicios de Secretaría, destacando la importancia de dichos servicios, e insiste en la necesidad de mejorar y dignificar a los oficiales y auxiliares, que si bien deben ser totalmente independientes del secretario en lo económico, han de estar fuertemente vinculados al mismo en subordinación y disciplina.

«Los criterios de la imposición de costas en la primera instancia». Don Gregorio Pascual Nieto. Juez Municipal de Valencia.

Dado que los procesos judiciales suponen necesariamente un gasto, examina el conferenciante las dos posiciones que pueden observarse: la de la justicia gratuita y la de la retribuida. El primer sistema, dice, en la actualidad ha sido totalmente rechazado, tanto por la doctrina como por las legislaciones. Respecto a la justicia retribuida, presenta con toda amplitud los distintos sistemas que imperan, que en definitiva reduce, al de que cada parte soporte los gastos de su actuación en el proceso, el de imposición de costas cuando se cumplan determinadas condiciones y el de la imposición de costas al vencido de manera incondicionada.

Analiza la Ley de Enjuiciamiento Civil en la materia que descansa sobre la mala fe y la temeridad, afirmando que falta en la misma un precepto general sobre la imposición de costas, y que el fracaso se debe al mismo sistema, ya que a veces la temeridad no puede saberse si reside en la parte o en su defensor.

Con relación al vencimiento objetivo se extiende en consideraciones sobre quién es la parte causante del proceso, viendo en la cuenta jurada, en la denegación del beneficio de pobreza, en la denegación de la recusación, etcétera, una expresión de dicho vencimiento en la Ley objetiva. Convierte la Ley de Bases de la justicia municipal en la implantadora del sistema en España, haciendo un cálido elogio de sus disposiciones y concretamente del

juicio de cognición, en el que tiene su desarrollo. Aboga porque en un futuro Código procesal se adopte, en cuanto a costas, el vencimiento objetivo; trata después del vencimiento cualificado agravado, ya que la condena de costas a veces no resarce de todas las pérdidas sufridas y pone como ejemplo del mismo en nuestra legislación los artículos 728 y 1412 de la Ley Procesal Civil, que imponen al actor, además de las costas, el pago de los perjuicios causados al demandado. Estudia esta cuestión en el Derecho italiano, en el que se agrava el vencimiento objetivo cuando se aprecie dolo o culpa grave, y en el que se siguen dos sistemas, el de que los daños se fijen en ejecución de sentencia o por la determinación apriorística legal.

Fija varios supuestos en que, no obstante ser vencedor, ha lugar a la imposición de costas, en los que se sustituye la responsabilidad objetiva por la subjetiva derivada de la culpa del vencedor.

Examina el vencimiento recíproco o mutuo y pone de relieve su posible injusticia en función de un criterio económico, por lo que el Código procesal italiano autoriza al juez para compensar por entero o parcialmente las costas entre las partes.

Por último, respecto de las costas en las sentencias definitivas que sólo resuelven aspectos parciales, no de fondo, estima que no debe imperar el criterio del vencimiento objetivo, sino el de la inutilidad del proceso carente de condiciones idóneas para la finalidad pretendida.

«Problemas materiales y formales en la aplicación del Derecho Social». Excelentísimo Señor Don Juan Menéndez Pidal y de Montes. Magistrado del Tribunal Supremo.

Manifiesta el conferenciante que se limitará a plantear algunos problemas de aquellos que tema tan amplio entraña, ya que todos resulta imposible abarcarlos en los estrechos límites de una disertación.

Entrando en el examen de los de orden material, estudia en primer lugar el concepto y aspecto actual del Derecho Social, desechando un sentido positivista del mismo, situándolo en una escala de valores espirituales y materiales, a la par que otros de grande estima, en su grado más elevado, en atención al desenvolvimiento de la personalidad y del bien común, tanto de una nacionalidad dada como en su sentido universal.

Desde el punto de vista sociológico, lo considera como una de esas constantes que sirven como aglutinantes de pueblos y civilizaciones, constituyendo una *nobilísima rama del Derecho*, según palabras de S. S. Juan XXIII, que trae a colación, corroborándolo así la firma de la Carta Social de Europa en 1931 y la existencia de la Organización Internacional del Trabajo (O. I. T.).

Examina los elementos personales, reales y formales propios de esta rama del Derecho, con las situaciones y amplitud que, en atención a diversas circunstancias, pueden presentarse en la realidad, haciendo notar cómo en tales aspectos el Derecho positivo Social español tiene un andamiaje muy acabado.

Reafirma la sustantividad propia, aunque relacionada, del Derecho Social, cual ocurre con los demás existentes, sin que haya de sentirse desaliento por que sus principios fundamentales sufran variaciones, fenómeno que también se observa en las otras ciencias.

Todos estos problemas, afirma, nos obligan en conciencia a estar al día en nuestros estudios, tanto de orden doctrinal como práctico, para poseer en todo momento gran autoridad en la materia.

Analiza detenidamente el carácter de equilibrio pacificador que este Derecho tiene, desechando la doctrina de la lucha de clases, que entiende superada porque, entre otras razones, en aquél tienen actualmente cabida muchas más cuestiones que la llamada cuestión obrera.

Proclama su fe en el tradicionalismo jurídico, fecundo y acorde con las esencias de nuestros grandes juristas, que fueron verdaderas figuras históricas.

Al aplicarse el Derecho Social, en un sentido vitalista, afirma que debe evitarse el *ratio vitalismo*, para adoptar el *vitalismo espiritual*.

Señala, después de analizar el concepto de la Justicia Social, su verdadero triunfo en nuestros días en las diversas declaraciones constitucionales de múltiples Estados.

Luego procedió al estudio de determinados aspectos concretos en cuanto a la aplicación del derecho material social, destacando los referentes a la integración de los trabajadores en las empresas, la posibilidad y condiciones de la obtención de un trato igual ante situaciones iguales, y el de la dependencia en el trabajo, sujeto este último a un análisis detenido por los especialistas de todo orden.

Terminó su conferencia afirmando en el aspecto jurisdiccional la necesidad de jueces especializados dentro del orden judicial y técnico, así como el estudio de los principios propios del procedimiento laboral en lo referente a la carga de la prueba, trato procesal de la prueba testifical, y otros, haciendo una última alusión al mantenimiento de la unidad jurisprudencial.

«La función social del Juez». Don Dositeo Barreiro Mourenza. Magistrado.

Después de exponer la trascendencia y el equívoco del vocablo social, afirma que lo que pretende destacar es la participación individual en el fenómeno asociativo y la relevancia de su función en cuanto a los intereses de la colectividad, refiriéndose al propio tiempo a la importancia de la función del juez en los aspectos sociológicos del proceso y la influencia de su comportamiento extraprocésal.

Los cambios operados en la configuración social convierten en necesaria una nueva demarcación judicial, aunque para el autor existen unas mutaciones en la sociedad que, sin afectar a su estructura visible, son más profundas y exigen una acomodación sustancial de la actuación jurisdiccional a los nuevos giros: el predominio de lo social sobre lo individual, la resistencia contra la "masificación", la tecnificación de las actividades individuales, la uniformidad, características de la socialización, etc., llegan a pro-

ducir tendencias eliminatorias de las instituciones como la responsabilidad civil, dada la actuación anónima y homogénea del individuo dentro de los llamados grupos de presión, de clara significación económica, a cuya glorificación asistimos.

Situado el juez en esta sociedad en revisión, aparece, dice, como un personaje anacrónico y paradójico en el que su individualismo se exacerba necesariamente a través de la serie de cargas que sobre él pesan de índole legal y moral, sintiéndose a menudo el centro del proceso, observado y vigilado permanentemente, sometido a la presión de los convencionalismos sociales, y factor social trascendente, en cuanto es el representante real y personificado de la Justicia.

Trata del juez como símbolo en relación con la lucha sostenida por los pueblos para la conservación de su juzgado, por ser elemento social importante, y como acrecentamiento del prestigio intelectual, encuentra un sistema prometedor el de las oposiciones entre funcionarios para el desempeño de puestos de especialización.

Dedica un apartado a la defensa de la juridicidad como función social, exigiendo que incluso la Política se subordine al Derecho, por representar éste una función social superior, y en párrafos de gran elevación doctrinal considera que la formulación judicial del Derecho es una fuerza social que está en manos de los jueces, por cuanto la resolución del caso origina unas normas abstractas de validez general, pues al recoger expectativas de la comunidad las devuelve de modo más concreto que antes tenían; de aquí que el contacto social del juez es una garantía directa y necesaria de su función.

Pide a los jueces una gran sensibilidad para captar las transformaciones jurídicas que la constante evolución de la sociedad exige, poniendo como ejemplos la evolución de la jurisprudencia respecto de la responsabilidad en los accidentes de circulación, el accidente de trabajo "in itinere", el tratamiento legal del justo precio en las expropiaciones inmobiliarias, etc., y, por consecuencia, que nunca se defraude el sentido social que llevan implícito las resoluciones judiciales.

Con lo que llama sociología del proceso, circunstancias e intereses sociales conjurados para desvirtuarlo y alejarlo de su finalidad, a los que hay que atacar tajante y duramente, puesto que se convierten en un auténtico dolo procesal, termina el señor Barreiro su interesante conferencia, no sin antes exponer la necesidad de reforma de los procesos para que de ese modo resulte beneficio auténtico para el interés social.

«El Tribunal de defensa de la competencia: jurisdicción y procedimiento».

Don José María Villar Romero. Letrado del Consejo de Estado.

Manifiesta el señor Villar Romero que desde su posición de "procesalista vehemente" va a realizar un estudio de la normativa legal sobre tal materia, iniciando su trabajo exponiendo su opinión, reiteradamente expuesta, de la necesidad de unificación de fueros y que cuando podía esperarse una ten-

dencia legislativa en este sentido, deseable jurídica y políticamente—hasta 26 jurisdicciones especiales cuenta el conferenciante—, surge, dice, un nuevo Tribunal especial, que a su juicio segrega facultades de la jurisdicción ordinaria escapando de su control, y en gran parte, al del contencioso administrativo.

Para realizar su análisis crítico estudia el objeto y finalidad de la Ley de Defensa de la Competencia, citando las disposiciones legales en que se contienen, la organización y composición del Tribunal y sus funciones-atribuciones.

Respecto al sistema a que responde el Tribunal de Defensa, manifiesta que el derecho comparado donde se ha implantado la legislación de defensa de la competencia presenta dos variantes: el sistema anglosajón, en el que los órganos administrativos se limitan a la instrucción de los expedientes y su resolución a un Tribunal ordinario (Estados Unidos) o especial, pero judicial (Inglaterra), y el sistema europeo continental, con mayor intervención de los órganos administrativos en orden a la declaración de las prácticas restrictivas, así como recomendar o exigir su cese, y en el que también se encomienda la decisión final a los Tribunales ordinarios, y que aunque se haya dicho que la configuración del Tribunal Español es original por no representar confusión, pero tampoco neta separación entre las fases administrativa y judicial, es lo cierto que su adscripción es francamente administrativa. Cree que nos hallamos ante un organismo que en parte es y no es Tribunal, que en parte ejerce y no ejerce jurisdicción, que tiene rasgos y atributos judiciales, pero que en el fondo es mero Tribunal administrativo, que tiene jurisdicción administrativa respecto de determinados aspectos, pero que carece de ella o no lo es para otros, y cuya jurisdicción es en parte retenida y en parte delegada.

Estudia las condiciones del expediente administrativo instruido por el Servicio de Defensa de la Competencia y la fase decisoria, analizando el triple procedimiento por prácticas prohibidas (procedimiento tipo), por prácticas exceptuadas y por inobservancia de la inscripción obligatoria de los acuerdos de concentración de empresas, realizando una acabada crítica de las disposiciones legales, así como sobre la importante materia de la garantía de los inculpados.

Dentro de la materia de recursos contempla por separado el de súplica—para el autor debe denominarse de alzada o apelación—, el de reposición, con un carácter obligatorio en pugna con el sistema general de las Leyes de lo contencioso, y el contencioso-administrativo, del que realiza un análisis muy detallado. Critica el que haya materias que escapan a la revisión contenciosa, como son las resoluciones que dicte el Tribunal, formulando las declaraciones y ordenando las intimaciones previstas en la Ley y los actos concretos que son consecuencia de ellas, y como quiera que el recurso contencioso cabe contra los acuerdos definitivos que el Tribunal de Defensa de la Competencia dicte en materia de imposición de multas y contra los demás no exceptuados en el artículo 29, resulta que dicho recurso contencioso, según el artículo 31 de la Ley, habrá de basarse exclusivamente en infracciones de las normas legales, incompetencia, desviación de poder y

vicio esencial de forma causante de indefensión, cuya terminología no se conviene con lo expresado en el artículo 83-2 de la Ley Jurídica Civil.

Pone de relieve la existencia de incongruencias en la Ley, como es que mientras que las importantísimas multas que imponga el Consejo de Ministros, como comprendidas en el artículo 30, parecen estar sujetas al recurso contencioso, en toda su amplitud y por los amplios motivos del artículo 83-2 de la Ley Jurídica Civil; en cambio, las multas pequeñas administrativas que imponga el Tribunal sólo son recurribles por los más limitados motivos del artículo 31. Y todavía, para invocar estos motivos del artículo 31 de la Ley, el 132 del Reglamento exige que los mismos sean reclamados, tan pronto como se cometan, ante las propias secciones o el Pleno que en ellos hubieren incurrido; disposición que reputa inoperante y sin fuerza de obligar, dado su rango meramente reglamentario (la Ley no alude a ello), y su contradicción con la norma del artículo 69-1 de la Ley de lo contencioso, que permite aducir en las demandas cuantos motivos de impugnación procedan contra el acto o disposición recurridos, "aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad a éste".

Interpreta los artículos 29 y 31 de la Ley y estima que si se interpone algún recurso contra cualquier decisión directa o indirecta del Tribunal de Defensa de la Competencia, las Salas del Tribunal Supremo, si bien no podrán pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de las declaraciones o intimaciones de aquel Tribunal, sí podrán entrar a juzgar si dicho acto o resolución, como tal acto administrativo, es o no legal y considera que esta interpretación amplía las garantías de forma evidente.

Termina su trabajo con las siguientes consideraciones: que hubiera sido deseable que se definiesen los hechos o prácticas que prohíbe, ya como contravenciones penales (delitos o faltas) o como una falta administrativa; que el sistema jurisdiccional implantado hay que reputarlo desafortunado a causa de no haber establecido un tribunal judicial, o al menos cuasi-judicial, aunque fuese especial o especializado; por haber desgarrado una vez más la jurisdicción ordinaria, sustrayéndola funciones que la pertenecen; porque siendo un Tribunal administrativo se sustraen gran parte de sus decisiones al control de legalidad que supone la jurisdicción contencioso-administrativa; porque resucita el viejo concepto de jurisdicción retenida y por instituir un procedimiento con ciertos rasgos administrativos en lugar de ser totalmente acusatoria.

Estima que en un auténtico estado de derecho esta jurisdicción ahora creada debe reintegrarse rápidamente a la ordinaria, creando, ya en el Tribunal Supremo, ya en la Audiencia de Madrid, una Sala especial con las funciones asignadas al Tribunal de Defensa de la Competencia y del Gobierno, por su necesaria conexión con el Servicio de Defensa de la Competencia como órgano administrativo investigador y acusador, encuadrado y dependiente del Ministerio de Comercio.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BARBIERA, L.: "L'ingiustificato arricchimento". Bari, 1964. Editorial Jovene. Un volumen de 328 páginas.

En las relaciones patrimoniales actuales el enriquecimiento injusto ocupa un lugar bastante destacado, dada la frecuencia con que suele presentarse. Barbiera, para encuadrar esta figura jurídica, parte del concepto de enriquecimiento injusto contenido en los artículos 2.041 y 2.042 del Código civil italiano, compuesto de cuatro elementos: enriquecimiento, daño, correlación entre ellos y falta de justa causa. De este modo, el autor trata de dar el aspecto dogmático del enriquecimiento injusto desde el punto de vista de la doctrina normativa referida a la obligación específica que se deriva del mismo.

Del mismo modo que lo trata el sistema normativo italiano, se recoge por casi todos los derechos positivos europeos, si se prescinde de ciertas modalidades nacionales en la disciplina de cada uno de ellos, advirtiéndose la existencia de un instrumento con la finalidad de que quede afirmado y garantizado el sentido de la jurisprudencia conmutativa dentro del ámbito de la circulación de los bienes.

Desde este punto de vista general, el autor analiza preferentemente la realización y actuación del enriquecimiento injusto en el derecho positivo italiano. Junto a la realización genérica que prevén los artículos 2.041 y 2.042 del Código civil italiano, existe una serie de correctivos específicos concernientes a particulares desequilibrios patrimoniales. Para el análisis de éstos, Barbiera comienza su investigación por examinar las varias formas de adquisiciones patrimoniales, que fundamentalmente pueden dividirse en adquisiciones que nacen directamente de la ley y adquisiciones que nacen de la voluntad negocial. Por otra parte, examina si los remedios puestos para evitar el desequilibrio en favor del perjudicado no encuentran una justificación diversa y más directa en el ámbito del sistema mismo del tráfico jurídico en vez de remitirse a la reacción genérica del acto de enriquecimiento. También toma en consideración los fenómenos de desequilibrio patrimonial que provienen de una transacción adquisitiva que ha fallado; por ejemplo, cuando la falta de algún requisito exigido por la ley impida un desplazamiento jurídico que justifique el enriquecimiento habido.

En la segunda parte de la obra, el autor perfila la figura de la obligación que dinamiza del enriquecimiento injusto y pone de relieve su autonomía frente a otras obligaciones extracontractuales, al mismo tiempo que procede a un examen de su contenido, donde se acusa una doble vertiente: el enriquecimiento y el empobrecimiento correlativo que constituyen al mismo tiempo el postulado material para el nacimiento de la obligación y los componentes de su contenido.

La obra de Barbiera se concluye con un examen analítico del enrique-

cimiento y del empobrecimiento en su aspecto económico y jurídico. En suma, se trata de un estudio monográfico de indudable valor de la civilística italiana actual.

JOSÉ BONET CORREA

COCO, G. S.: "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà". Milano, 1964. Editorial Giuffrè. Un volumen de 247 páginas.

Estamos ante una obra de gran actualidad por el examen que se hace de esta importante institución jurídica, especialmente en cuanto el autor trata de exponer el alcance y la validez del concepto de propiedad según la ciencia y la tradición jurídica en contraste con el reconocimiento y consideración de las nuevas exigencias sociales, políticas y económicas contempladas por la nueva Constitución italiana.

El autor parte para el análisis de su estudio del concepto de propiedad vertido en el Código civil italiano de 1952, que en realidad, resume la doctrina y experiencia anterior. A diferencia del Código de 1865, se introducen unas limitaciones a la facultad de disfrutar y disponer del propietario (anteriormente de carácter absoluto), pero sin que aparezca una proclamación de términos generales de la finalidad y función social de la propiedad. En cambio, la legislación especial referida al ámbito patrimonial ha tomado en cuenta las nuevas exigencias sociales, como el autor advierte para las relaciones laborales de las empresas y de todas las modalidades de participación o de intervención del Estado en la actividad económica. Esta última, con mayor intensidad, se advierte actualmente en los sectores de la producción y consumo de los bienes, por lo que la presente obra viene a analizarlos en sus relaciones jurídicas de dominio de un modo concreto, especialmente en aquellas que presentan las características de nuestro tiempo en cuanto a las exigencias económicas y sociales, influyendo de una manera decisiva sobre la confirmación del derecho de propiedad. En contraste con las mismas es donde el autor acentúa la insuficiencia del concepto tradicional de propiedad.

De aquí que, en la segunda parte de su obra, el autor pretenda y proponga una nueva elaboración del concepto de propiedad. Para ello, comienza Coco por hacer una exégesis de las normas constitucionales que reconocen a la propiedad y a la iniciativa privada la naturaleza de derechos fundamentales garantizados en el ámbito de la legislación común. La primera cuestión que se plantea por la norma constitucional es la de apreciar la relación concreta entre propiedad e iniciativa privada, debido al poder de iniciativa estatal reconocido como prevalente en cuanto a las finalidades públicas de ciertos sectores de interés privado.

También, en relación a las estimaciones establecidas por la Constitución y en consideración a la función de utilidad social, el autor examina la naturaleza y extensión de la propiedad, así como las modalidades a través de las que el Estado puede imponer las limitaciones.

En definitiva, se trata de una obra en la que el autor pretende dar esa

visión-nueva del concepto de propiedad en sus términos generales, y bajo un perfil unitario, donde el interés subjetivo del propietario se compagina con las exigencias objetivas que implica la función social de la propiedad.

JOSÉ BONET CORREA

D. MOLINARIO, Alberto (Profesor): “La enseñanza de las potestades y relaciones jurídicas”, publicado en “Aequitas”, año VI, núm. 6, Buenos Aires.

El autor de este trabajo, investigador serio y prolijo, es ampliamente conocido por la originalidad de sus ideas, que lo han llevado a formular novedosas interpretaciones sobre problemas controvertidos en el derecho positivo argentino.

Ha dedicado también particular atención a la pedagogía jurídica y a la reestructuración metodológica de las planes y programas vigentes en las Universidades del país, pudiendo destacarse en tal sentido sus trabajos titulados “El plan de estudios de la Escuela de Abogacía y la formación profesional”, y “La enseñanza de los derechos reales que integran el Derecho civil”, como también algunos capítulos de sus libros más recientes (“Derecho patrimonial y Derecho real” y “De las relaciones reales”).

La lectura de estas obras nos muestra que el autor, desde antaño, no considera correcta —ni conveniente— la agrupación de materias que se efectúa en nuestras Facultades de Derecho en una asignatura denominada “Parte General del Derecho Civil”.

En este opúsculo, tras haber madurado las ideas esbozadas en otros escritos, vuelve sobre el tema, dándole un mayor desarrollo. El problema presenta particular interés para los estudiosos del derecho civil, y en especial para quienes se especializan en la llamada Parte General.

No podemos olvidar que el concepto de “relación jurídica”, que se desarrolla y estudia en esa asignatura, parece a veces insuficiente para el análisis de todas las hipótesis y en ese sentido recordamos las clases magistrales del profesor cordobés Pedro Leon, quien ya en 1941 organizaba su programa de Parte General sobre la base de la llamada “situación jurídica”, por considerar que este concepto, en virtud de su dinamismo, comprendía aquellas hipótesis que la relación jurídica —estática— no alcanzaba a englobar. Precisamente en un trabajo nuestro (“Memoria explicativa y programa sintético de Derecho Civil I - Parte General”), publicado en el Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba, comentamos este interesante aporte metodológico del profesor León.

Molinario, en cambio, parte de otro enfoque. Considera —como ya hemos expresado— que la Parte General del Derecho Civil no es necesaria como asignatura; pero, advierte que en la actualidad no puede prescindirse de ella en nuestros planes de estudios por la tradición con que cuenta y el apoyo que le brinda la doctrina de nuestros civilistas, que

ha llegado a plasmarse en los tres proyectos de Reforma del Código Civil, que le dedican sendos libros a la Parte General.

Con este convencimiento, se dispone a estudiar cuáles son las relaciones que tienen como sujeto a la persona humana, y distingue las relaciones personales (dentro de las cuales se encuentra las relaciones familiares), y las relaciones reales. Sostiene luego que todas las relaciones humanas pueden organizarse de acuerdo a dos grandes categorías, a saber: a) la potestad, y b) la relación jurídica. Y a su vez, éstas se subdividirían en dos especies, cada una de ellas: potestades personales, y potestades reales, por una parte; y relaciones patrimoniales, o relaciones familiares, por la otra.

Queda pues claro que en el concepto del autor, la idea de relación jurídica es insuficiente pues no incluyen los vínculos de potestad y que para completar el cuadro de las situaciones jurídicas en que puede encontrarse la persona humana, habrá que estudiar en forma conjunta, o paralela, la potestad y las relaciones jurídicas.

Sentada esta premisa fundamental, para Molinario a analizar el concepto de potestad en el Derecho Privado, y sus distintas especies, que ya mencionamos: potestad real y familiar.

Dentro de la potestad real distingue aquella que recae sobre bienes totalmente propios (dominio); sobre bienes parcialmente propios (distintas formas de condominio y la mal llamada propiedad horizontal), y finalmente la potestad sobre bienes ajenos (usufructo, uso, habitación, servidumbres, hipoteca, prenda, anticresis y, también, la retención, que para él constituye un derecho o potestad real).

En la potestad familiar distingue la patria potestad, de la potestad cuasifamiliar, que aparece en ciertos aspectos de la tutela y curatela.

Establece luego un paralelismo entre potestad y publicidad, considerando que "son dos conceptos que se encuentran indisolublemente unidos, por lo menos en lo que hace al establecimiento de la potestad".

Finaliza el estudio de la potestad sosteniendo que en ella siempre hay una relación de sometimiento de un bien o persona, respecto al titular de la potestad.

Se ocupa luego de la relación jurídica, ensayando definirla, y distinguiendo entre la relación de carácter patrimonial y la de naturaleza familiar.

Con todos los elementos aportados, establece sucintamente lo que a su entender es el contenido ideal de una Parte General, que me permito reproducir:

- a) Concepto de Derecho Civil. Relaciones y diferencias que existen entre el Derecho Civil y otras ramas del Derecho Positivo. Derecho Natural y Derecho Civil.
- b) Teoría General de la ley. Efectos de la ley en orden al territorio y al tiempo.
- c) Aplicación e interpretación de la ley civil.
- d) La persona humana. La persona de existencia ideal. Régimen de cada una de ellas. La representación.

- e) Cosas. Bienes. Prestaciones no susceptibles de apreciación pecuniaria, pero que son objeto de derecho. El Patrimonio. Los derechos patrimoniales.
- f) La potestad: concepto; especies; elementos. Potestad y publicidad.
 La potestad real: concepto; especies. Las relaciones reales. Concepto de relación real. Distintas especies. Establecimiento, conservación y pérdida de las relaciones reales. Publicidad y potestad real.
 La potestad familiar: concepto; especies. Ambito de la potestad en las relaciones de familia; supuestos actuales y elementos integrantes. Potestad familiar y publicidad.
- g) La relación jurídica: concepto, especies.
 La relación jurídica patrimonial: concepto; elementos. Hechos y actos jurídicos patrimoniales: concepto; elementos; clasificaciones; los elementos de la voluntad; los vicios de la voluntad; los vicios que afectan la licitud; nulidad y confirmación del acto jurídico patrimonial. El tiempo y los actos jurídicos patrimoniales.
 La relación jurídica familiar: concepto; elementos. Teoría del acto jurídico familiar, con exclusión del régimen de la inexistencia e invalidez matrimonial.
- h) Tutela de los derechos,
 El ejercicio de los derechos.
 La prueba de los derechos. Prueba y régimen federal. Diveros medios de prueba.
 Protección extrajudicial de los derechos.
 La protección judicial. Acciones, excepciones y presunciones.
 La cosa juzgada.

En párrafos anteriores nos ha expresado el autor que su trabajo no intenta solamente demoler, sino también construir y que está dispuesto a recibir las objeciones que los críticos deseen formular a su construcción.

Esta nota, por su naturaleza, no es el lugar apropiado para iniciar un debate; pero, a pesar de ello, queremos apuntar brevemente algunas dudas que han quedado en nuestro ánimo después de una meditada lectura.

¿Es cierto que el concepto de potestad no cabe dentro de la idea de relación jurídica? ¿Por qué? ¿Acaso la relación de potestad no es una de las situaciones jurídicas en que se encuentra la persona humana?

Por otra parte, no alcanzamos a comprender claramente cuál es la línea demarcatoria entre las potestades familiares y las relaciones familiares. Pues tanto en unas como en otras encontramos el elemento que define, para Molinario, la relación jurídica familiar: "el interés de la colectividad, que se caracteriza como interés familiar y que integra la relación jurídica familiar". En todo caso, también aquí encontraríamos a la

potestad como una subespecie de relación jurídica, y no como una categoría paralela y de igual rango.

Refiriéndonos de manera concreta al programa de parte general que bosqueja en su trabajo, creemos que son innecesarios algunos apartados (especialmente el b y el c), puesto que se estudian en otras asignaturas incluidas en nuestros planes de estudio.

Sin embargo, y pese a cualquier objeción que otros —con más autoridad que nosotros— puedan formular, se impone una conclusión: este estudio de Molinario constituye un aporte de interés, que merece ser analizado y discutido con detenimiento, hasta por aquellos que sostengan la absoluta intangibilidad de la Parte General, tal como se encuentra hoy estructurada.

LUIS MOISSET DE ESPANES

GITRAMA GONZALEZ, Manuel: "Familia, alimentos civiles y seguridad social". Escuela Social de Valencia. Lección de apertura del Curso académico 1955-1956. Valencia, 1965. 60 páginas.

El autor parte de la constatación de que también en España, para una gran parte de nuestros ciudadanos, carecen un tanto de sentido diversas instituciones del Derecho Civil, entre ellas la tutela, la dote, las hipotecas legales y los alimentos legales. Por otra parte, son ya legión las familias que no pueden hallar en su propio seno la sólida seguridad económica en que, en otro tiempo, descansaron; la base económica normal de la familia ya no es suficiente muchas veces para afrontar una cesantía en el trabajo, una enfermedad, la educación de una numerosa prole y la misma vejez. La gran industria, por su lado, ha venido a reducir la dimensión de la familia. El fenómeno expansivo de la seguridad social ha hecho que, en buena parte, la seguridad personal de muchos ciudadanos ya no se base ni en un patrimonio heredado, ni en el ahorro personal, ni en el cumplimiento de la obligación legal de alimentos. Este hecho, común a los países del mundo occidental, plantea para el jurista buen número de interrogantes: La Seguridad Social ¿puede sustituir y es conveniente que remplace del todo a los auxilios de carácter familiar?; la solidaridad social más amplia ¿debe prevalecer sobre la existente en el seno de la familia?; la Seguridad Social ¿ha desplazado a la obligación legal de alimentos entre parientes?; ¿puede desvirtuar los principios supremos de la organización tradicional de la familia?

El problema ha preocupado a buen número de juristas, especialmente franceses. El autor, Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y de Derecho Laboral en la Escuela Social, nos ofrece en esta bella Lección de Apertura el fruto de sus reflexiones.

Observa que el Código civil ignora, pese a las últimas reformas, el fenómeno de la Seguridad Social (salvo una breve alusión en el artículo 1.924). Cabe destacar una analogía estructural entre la deuda alimenticia y las prestaciones de la seguridad social; éstas contribuyen

a facilitar el cumplimiento del deber legal de alimentos, al menos en cierta medida, pero sin que el contenido de tal deber se agote normalmente en aquéllas. Puede hablarse, por ello, de una especie de colectivización de los medios de cumplimiento de los deberes de asistencia y socorro.

Sin embargo el Profesor Gitrama entiende que la Seguridad Social no puede emplazar a la deuda alimenticia entre parientes por las siguientes razones: a) porque el sistema español de Seguridad Social no protege a la totalidad de la población; b) porque tampoco cubre la totalidad de los riesgos; c) porque sus prestaciones no son siempre suficientes, y d) porque en ciertos casos tales prestaciones no logran efectividad.

Por otra parte el sistema de Seguridad Social debe respetar las normas fundamentales del Derecho de Familia. Y en este punto el autor hace hincapié en la necesidad de no dar una desmesurada extensión a la noción de "persona a cargo" —importada del Derecho francés—, debiendo aspirarse a que se dé una coincidencia con las categorías personales de la obligación legal alimenticia, con lo que se lograría uniformización entre los diversos regímenes que hasta ahora han creado su propio campo de aplicación con base en criterios pragmáticos y de oportunidad.

Termina el autor su lección afirmando —de acuerdo con los Profesores Cossío y Serrano— que acaso no está lejano el día en que al viejo tronco del *Ius Civile* se incorporen, debidamente depurados, los Derechos especiales que un día de él se separaron. Para que ello sea una realidad es-timo necesario que el civilista esté atento y sea sensible a las transformaciones sociales de nuestro tiempo. La presente Lección del Profesor Gitrama constituye un claro ejemplo a seguir.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

RIVOLTA, G. M.: "La partecipazione sociale". Milano, 1964. Editorial Giuffrè. Un volumen de 254 páginas.

Esta obra plantea la cuestión fundamental de la posición compleja que tiene el socio en una sociedad mercantil, desde el punto de vista jurídico; si bien se hace con referencia a la sociedad anónima o por acciones, también puede extenderse a otros tipos de sociedad de capitales e incluso de personas.

El autor comienza por examinar las situaciones activas y pasivas, los poderes y deberes del socio, de aquellos que está investido a título originario, en base a la estipulación del contrato de sociedad, o bien en virtud del título derivativo, cuando se sucede a otro socio o se ocupa su puesto. En la primera parte de la obra se han querido ver contenidos en la participación social una serie de derechos subjetivos individuales conectados únicamente por el común origen contractual o por la común referencia al ligamen social. De este modo, se contrasta esta postura unitaria con otras concepciones doctrinales que conciben la participación

najo los perfiles de un derecho real, de una comunidad o de una copropiedad particularmente cualificada, o incluso de un derecho de obligación, por el cual el socio es acreedor de la sociedad.

El examen crítico de estas concepciones doctrinales, al igual que de aquellas otras que encuadran la posición del socio en una expectativa o en un estado personal, permite a Rivolta, en la segunda parte de la obra, llegar a la elaboración y a la definición de lo que consiste un "derecho de participación". A su juicio, se trata de un derecho patrimonial que tiene por objeto la participación en los rendimientos sociales y, por tanto, que implica los derechos a las utilidades y a la alícuota de liquidación. En cambio, las posiciones sociales inherentes a las funciones administrativas, deliberantes y de control no pueden tener esa misma naturaleza, ya que no son homogéneas con las prerrogativas patrimoniales, al revestir un carácter instrumental frente al derecho patrimonial; en definitiva, las cree divergentes porque, a veces, tienen también un carácter de "deber".

Con tal criterio, el autor examina a fondo el contenido del derecho de participación, especialmente con referencia al reparto de utilidades, en su triple posición: de derecho a utilidades, a su reparto y a la adquisición sucesiva. También se concreta por Rivolta la naturaleza del derecho de participación en cuanto implica una postura de subordinación correlativa por parte de los demás socios. Una vez delimitada tal naturaleza, deduce las características de este derecho considerándolo como un *tertium genus* que supera el simplicismo de su calificación como derecho real o de un derecho de obligación, no definible abstractamente y sí sólo a través de sus propios elementos constitutivos.

JOSÉ BONET CORREA

ROTONDI, Mario: "Istituzioni di Diritto Privato", VIII edición. Aurelio Parainfo. Milano.

Rara vez un libro de texto se sujeta tanto a su función pedagógica como estas "Instituciones" de Rotondi. Frente al tono grandilocuente de muchos autores (lo bastante elocuente y grande para que, más allá de las paredes del aula, se haga oír entre los doctrinarios), el autor de este libro habla en un tono próximo, coloquial, con sus alumnos. En alguna ocasión se refiere a sus lecciones llamándolas "conversaciones" y su propósito, según declara al final, no es tanto imprimir en la memoria del estudiante una disciplina completa como sembrar en el sueño de su subconsciente unos conceptos llamados a despertar más tarde, evocados por otros estudios.

Quizá por esto la obra no se desarrolla conforme a una sistemática demasiado estricta y sus capítulos se suceden ordenados más bien por conveniencias de comprensión. A partir de unos conceptos generales de Ley (física, social, ética, jurídica), se va adentrando poco a poco en el Derecho privado. Tras una exposición de su formación histórica en Ita-

lia explica la distinción entre Derecho civil y Derecho mercantil, con las alabanzas de rigor al sistema unitario del nuevo código. Dedicó dos capítulos a fuentes e interpretación de la Ley, otros dos al derecho subjetivo, sigue el negocio jurídico, los sujetos y, a partir del capítulo catorce, desarrolla los distintos derechos subjetivos: una lección sobre los derechos reales, catorce sobre las obligaciones (la mitad de las cuales se dedican a los contratos), seis sobre familia y matrimonio y cuatro sobre sucesiones. Termina con la lección cincuenta, sobre eficacia de las leyes en el tiempo y en el espacio.

Para enjuiciar esta obra no podemos perder de vista que en Italia la asignatura, "instituzioni di Diritto Privato", pertenece al primer curso de la carrera. Así el estudiante recién salido del Liceo, aún atolondrado en el nuevo mundo de la Universidad, se desayuna nada menos que con una asignatura donde se dan cita la parte general del Derecho Civil, las obligaciones y los contratos, los derechos reales, los de familia y sucesiones, el Derecho Mercantil y las normas de colisión. Se pretende darle una visión de conjunto que le capacite para entender las asignaturas posteriores, un tronco donde engarzar las distintas ramas del Derecho Privado que luego irá estudiando con detalle.

Por esto el mayor mérito de Rotondi ha sido crear un libro verdaderamente institucional, en sentido clásico. Su manual, ajeno a citas de autores y polémicas doctrinales, narra ya la historia y el ser del Derecho Privado cual si se tratara de verdades universalmente indiscutidas. Ni que decir tiene que esta forma lineal, dogmática, de exponer la ciencia del Derecho (mejor diríamos de "instruir" en la ciencia del Derecho) lleva consigo sus inconvenientes. Por fuerza el libro de Rotondi había de ser libro de opiniones prevalentes, adherido al criterio de la mayoría, portavoz de esos conceptos que quizá por razones más estadísticas que doctrinales llamamos "conceptos básicos".

De todos modos esto no impide algún que otro desvío del autor para exponer su personal criterio, si no sobre la estructura, al menos sobre ciertos detalles. Así, Rotondi aporta un concepto de *cosa* exclusivamente deducido de la letra de la Ley. Si según ésta la propiedad, derecho *real* por excelencia, es derecho de goce y disposición, "legítimamente podemos inferir que cosa o bien es aquella entidad que pueda constituir objeto de goce y disposición". Este concepto se diferencia del económico, en el que caben, por ejemplo, los *servicios* (que jurídicamente se identifican con *prestaciones* y pertenecen por tanto no a los derechos reales sino a los de obligaciones); pero en tal concepto jurídico de cosa o bien cabrán, en cambio, ciertos entes inmateriales (como el objeto del derecho de autor, de la *propiedad* intelectual o artística) así como la energía de la que se puede gozar y disponer de forma autónoma (por tanto, no la energía humana y sí, por ejemplo, la electricidad); y, finalmente, incluso habrá derechos que, por constituir un bien, puedan ser objeto de derechos reales.

También interesa su concepto de los derechos de la personalidad. Muchos autores configuran el objeto de éstos en la misma persona del titu-

lar; ahora bien, dice Rotondi, tal concepto nos traería el absurdo de que el titular fuera al tiempo sujeto y objeto del derecho, Ya al concebir a la persona humana como objeto de derecho es hoy radicalmente imposible; y entender los derechos de la personalidad como "derechos sobre la persona propia" choca, de otra parte, con dificultades lógicas, en cuanto el Derecho sólo regula relaciones de alteridad. El consabido Robinson, nos dice, ni siquiera sería titular de derechos personalísimos. Estos son derechos a una conducta ajena y su contenido es la imposición de un deber negativo universal. Son derechos adquiridos a título originario y tutelados por el ordenamiento jurídico con independencia de sus posibles reflejos económicos.

Incluso estas aportaciones personales de Rotondi asumen en su libro aspecto anónimo de criterios universales. Supongo que sus alumnos rectificarán más adelante esta inicial visión dogmática del Derecho cuando comprueben que se trata de una ciencia esencialmente opinable; pero fue acierto del maestro no descorazarlos de primer intento con esta verdad abrumadora y sugestiva, porque no puede darse entrada en la discusión doctrinal a quienes aún no saben de la misa la media...

JOSÉ GUILLERMO G.-VALDECASAS

SANTOSUOSSO, Fernando: "Il matrimonio e il regime patrimoniale della famiglia". *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale diretta da W. Bigiavi. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1965. 743 páginas.*

Si no fuera porque entre nosotros el adjetivo está desgraciadamente desprestigiado, diría que se trata de una obra eminentemente "práctica". Su consulta permite, en efecto, conocer rápidamente el estado de la más reciente doctrina y jurisprudencia italianas sobre el matrimonio y el régimen patrimonial de la familia. Pero al mismo tiempo el autor, al hilo de las cuestiones jurisprudenciales, va elaborando una construcción doctrinal, coherente y rigurosamente sistematizada, con valiosas apreciaciones críticas de las decisiones de los Tribunales. Con lo cual se presenta la obra no exenta de interés dogmático. Por otra parte, la personalidad del Director de la Colección garantiza suficientemente de que no se trata de un mero repertorio jurisprudencial en el que las sentencias se transcriben unas detrás de otras, sin que el recopilador haga otra cosa que agruparlas más o menos ordenadamente. Santosuosso ha sabido, por el contrario, reelaborar la materia jurisprudencial logrando un trabajo de notable calidad científica.

La doctrina jurisprudencial se expone con arreglo al siguiente esquema: Conceptos generales; Formación del matrimonio civil; Formación del matrimonio religioso; Disciplina de la sociedad conyugal; Régimen patrimonial de la familia; Separación personal y disolución del matrimonio. Por exigencias del sistema matrimonial italiano se incluye también la

doctrina canónica. La obra se completa con un excelente índice de autores, de materias y de artículos.

El autor no omite exponer su opinión sobre cuestiones controvertidas. Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio distingue entre el matrimonio-acto, en el que adquiere decisiva importancia el consentimiento de los cónyuges, y el matrimonio-sociedad, en cuya regulación prevalecen los caracteres publicísticos. Frente a quienes propugnan la vuelta a la unidad matrimonial similar al sistema de matrimonio civil obligatorio contenido en el Código de 1865, el autor entiende que en un régimen de libertad religiosa no cabe otra solución que reconocer ambas formas de matrimonio, dejando libertad para contraer matrimonio civil sin inferioridad legal de ninguna clase. Sostiene, en resumen, la conservación del sistema concordatorio con alguna simplificación, tanto en la disciplina canónica como en la civil. Acepta el principio de igualdad entre los cónyuges, entendida no indiscriminadamente, sino en el sentido de que a una diversidad de funciones debe corresponder una distinta normativa, y temperado con la unidad de dirección que normalmente ha de corresponder al marido. Critica el reconocimiento en Italia de la validez de las sentencias de divorcio dictadas en el extranjero entre súbditos no italianos, aunque tiene su apoyo legal en la Convención de La Haya suscrita por Italia.

En resumen, una obra que puede considerarse modelo en su género.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

SPITERI, Pierre: "L'égalité des époux dans le régime matrimonial legal (Etude de réforme législative)". Preface de André Breton. Bibliothèque de Droit Privé sous la direction de Henry Solus, tome LVIII. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1965. 224 páginas.

Bien puede afirmarse que la reforma alemana de los regímenes matrimoniales ha suscitado una especie de "reacción en cadena" materializada en una serie de estudios doctrinales, proyectos y reformas legislativas en diversos países. Y aunque suele decirse que el ámbito de los Derechos de Familia es el más resistente a una uniformización por vía comparativa, no cabe duda sin embargo que, aun en los países más tradicionalistas, algún impacto logran las ideas puestas en circulación. Tal ocurre con el principio de igualdad entre cónyuges desarrollando hasta sus últimas consecuencias en el Derecho privado por la *Gleichberechtigungsgesetz* alemana, y que ha sido ya objeto de estudio por dos tesis francesas.

Pese a numerosos intentos de reforma el régimen legal en Francia sigue siendo el del *Code*, es decir, el de la *Communauté des meubles et d'acquêts*. El autor propone introducir un nuevo régimen legal que contenga una posibilidad de opción mediante simple declaración ante el Oficial del Registro Civil, entre un régimen de participación en las ganan-

cias (de matiz separatista atenuado) y otro tradicional de comunidad de ganancias

No sin cierta nostalgia se explica la génesis de la obra por el prologuista y primer director de la Tesis, la cual fue comenzada cuando todavía funcionaba la Universidad francesa de Alger y no se había retirado el Proyecto Michelet de la Asamblea Nacional. La obra se presentaba como un comentario a dicho Proyecto de Ley. Pero al ocurrir tal hecho, hubo de modificarse la orientación de la Tesis, presentándose como un estudio *de lege ferenda*. Es útil por la extensa bibliografía manejada, tanto francesa como extranjera. Para nosotros ofrece el interés de mostrar las no escasas dificultades que un régimen de comunidad más o menos reducida —y en la práctica, preferido por bastantes hogares franceses— a la recepción del principio de igualdad entre cónyuges que se juzga incompatible con aquél. La proposición del autor es ingeniosa al par de simple, pero por ser solución de compromiso probablemente no será bien acogida por los partidarios de posturas extremistas.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

VECILLA DE LAS HERAS, Luis: "El principio de la no sugerencia procesal". Ministerio de Justicia. Servicio de Publicaciones. Madrid, 1965.

En un breve opúsculo, pero ciertamente caracterizado por un realismo inconcurso en materia exiguamente tratada y de indudable trascendencia, pone de relieve su autor, cómo la investigación de los hechos exige por parte del juzgador una absoluta indiferencia subjetiva y por parte de los declarantes, una completa libertad personal que sirva de garantía a la exposición verídica de los sucesos; afirma que para salvar esta indiferencia judicial y esta libertad de los declarantes, hay un sólo y único remedio, cual es el de observar de manera escrupulosa el principio de la no sugerencia en el examen procesal, llamando la atención sobre este punto, puesto que si bien admite que no se trata de una perversión de voluntades, sino de una inveterada costumbre no admitida por la ley y rechazada por la jurisprudencia, constituye un demérito para la Justicia, que es necesario desterrar.

Establece cómo por la pertinencia hay que lograr que las preguntas se refiera al objeto de la causa y por la no sugerencia, evitar que las preguntas sean contenedoras de los hechos, que aun pertinentes, deben ser expuestos por los declarantes.

Considera como origen del principio, un rescripto o constitución del Emperador Trajano del año 117, que recogido posteriormente por el jurisconsulto Paulo, fue incorporado al Digesto (Libro 48, 18 1, 21).

Estudia dos elementos en el contenido del principio de la no sugerencia; uno de carácter positivo, que exige en el Juez una misión de árbitro personal de la verdad de los hechos controvertidos, y otro, negativo, basado en que la busca de la verdad tiene como límite el que en los

interrogatorios ni siquiera se insinúe la contestación que haya de dar el interrogado, es decir, la exaltación de la más absoluta libertad del declarante.

Hace un repaso de la vigencia actual del principio de la no sugerencia, que según el autor se halla plasmado:

1.º Sobre matrimonio nudo y no consumado, en las reglas 42 y 43 del Decreto Doctrina Católica de la Sagrada Congregación de Sacramentos, de fecha 7 de mayo de 1923.

2.º Sobre nulidad de matrimonio, art. 70-2.ª, 99, 100 y 102 del Decreto "Pro Vida Mater", de la Sagrada Congregación de Sacramentos, de fecha 15 de agosto de 1936.

3.º Sobre causas de separación conyugal, en los cánones 1774 y 1775.

4.º Sobre causas criminales, el canon 1944 en relación con los 1770 y 1781, sobre la aplicación del canon 1774-75 y sobre las causas contenciosas, cánones 1774-75.

Esto por lo que respecta a los procedimientos canónicos.

Se mantiene también la vigencia en todos los procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento criminal y así:

1.º Para los acusados en el período sumarial, art. 389.

2.º Para los testigos en el período sumarial, art. 439, y

3.º Para los testigos en el juicio oral, art. 709.

Vigente asimismo el principio de la no sugerencia en los procedimientos del Código de Justicia Militar:

1.º Para los acusados en todas sus declaraciones, art. 605.

2.º Para los testigos, art. 597, y por último, se plasma la vigencia del repetido principio en la Ley de Enjuiciamiento Civil, únicamente para los testigos, arts. 638 y 639, en relación con el art. 585.

Desarrolla ampliamente el sentido histórico de la no sugerencia, tanto en el Derecho civil como en el Derecho Eclesiástico, para pasar al estudio del problema en el Derecho positivo español.

Respecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, glosa muy acertadamente el art. 581 de la expresada Ley abjetiva y el art. 1231 del Código Civil y como quiera que en las posiciones se fijan los hechos concretos, pertinentes y personales, en forma afirmativa y la parte se limita a contestar sí o no, o a lo sumo agregar algunas explicaciones, sienta la conclusión de que dicha parte no refiere los hechos libremente y el interrogatorio se convierte en directamente sugestivo, por lo que afirma terminantemente que la fórmula legal del examen de las partes en Derecho Privado es obligatoriamente sugerente.

Respecto de los testigos, la Ley de Enjuiciamiento Civil exige en los interrogatorios la claridad, la precisión y la pertinencia de las preguntas, pero sin exigir que se haga en sentido afirmativo y como universalmente la fórmula de los interrogatorios de dichos testigos se realiza en forma afirmativa, a pesar de que la Ley manda que sea interrogativa y debe realizarse por tanto en forma de preguntas, estima que la exigencia explícita, aunque no expresa, de la Ley del principio de la no sugerencia, se conculca constantemente, haciéndose los interrogatorios ilegales.

les al emplearse la fórmula afirmativa en los mismos, argumentando que confirma esta doctrina la concesión por la Ley a la otra parte para preguntar sobre los mismos hechos.

Con referencia a la Ley de Enjuiciamiento criminal, examina e interpreta muy acertadamente y de forma amplia, los arts. 389 para la declaración de los procesados, 439 para el interrogatorio de los testigos en el período sumarial y el 709 para el momento del juicio oral, convirtiéndose la sugerencia en los interrogatorios de acusados y testigos, en un motivo expreso de casación señalado en el núm. 4.º del art. 850, trayendo a colación las sentencias del Tribunal Supremo que rectamente entendieron ser conceptos perfectamente diferenciados los de sugestión, capciosidad e impertinencia.

Glosa muy cumplidamente el problema en el Código de Justicia Militar y en el Derecho Canónico, concluyendo en relación con el Foro Eclesiástico, que el precepto de la no sugerencia tiene aplicación legal en toda clase de causas públicas y privadas para el examen de las partes y testigos, y que de hecho no se aplica al examen de las partes en las causas de interés privado, aunque no resulta autorizado por ninguna disposición, siendo por tanto una corruptela derivada del uso civil; y respecto del foro civil, que en Derecho privado la sugerencia está impuesta para el examen de las partes y autorizada para el examen de los testigos por un mal uso de carácter práctico, y en Derecho público —causas penales y militares—, el principio de la no sugerencia es legalmente preceptivo para el examen de acusados y testigos.

Trata muy ampliamente del sujeto activo y pasivo del principio de la no sugerencia, con estudio de la jurisprudencia recaída sobre esta materia y pone de relieve cómo en la misma medida que los abogados no pueden ser indiferentes, puesto que deben mostrarse partidarios de uno de los contendientes, el Juez debe ser plenamente indiferente, derivándose de esta indiferencia judicial el justificado principio de la no sugerencia, que califica de iusnaturalista, lamentando que el legislador moderno y la práctica forense no se ajusten a la salvaguardia de tan fundamental extremo, solicitando una revisión que alcance a restablecer la indiferencia positiva en el juzgador con la restauración amplia y absoluta del principio romano de la no sugerencia, lo mismo en el Derecho público que en el Derecho privado.

Compone la segunda parte de tan interesante trabajo una serie de formularios de gran utilidad en los diferentes fueros, para convertir los interrogatorios sugerentes en no sugerentes.

JESÚS CARNICERO Y ESPINO

Magistrado

R E V I S T A S

A cargo de Rodrigo BERCOVITZ R-CANO,
Antonio Manuel MORALES MORENO y Justo
JIMENEZ NICOLAS.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

BIGIAMI, Walter: *Note inutili sul C. D. trasferimento delle azioni civili*, RDC, año XI, núm. 2, marzo-abril 1965; págs. 130 a 172.

La transferencia de un derecho subjetivo no comporta una transferencia en sentido técnico de la acción para realizarlo. El cesionario de un crédito no adquiere a título derivativo la acción para realizarlo. La acción es un derecho autónomo, ligado a una situación jurídica, para su tutela. Su independencia se manifiesta en que su transmisión no implica la del derecho subjetivo primario.

GAMBON ALIX, Germán: *La disolución del concepto de actos propios*, RJC, número 1, enero-marzo 1965; págs. 21-39.

El autor parte de la confusión jurisprudencial y doctrinal existente sobre la doctrina de los actos propios. Su estudio posterior muestra que bajo el concepto de los actos propios se sitúan actos y situaciones de naturaleza y significación distintas que no coinciden más que en el hecho de ser anteriores a actos de carácter contrario. Por ello, G. Gambón considera que hay que desecharse este concepto, puesto que, al no permitir un tratamiento unitario de las figuras que comprende no resulta útil.

GARCÍA AMIGO, Manuel: *Sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales de los contratos*, RDP, septiembre 1965; págs. 701 a 734.

Es conocida, y alcanzó resonancia, la polémica que acerca del tema tuvieron dos ilustres privatistas: De Castro y Garrigues. Para el primero, las condiciones generales de los contratos no tenían el valor de fuente jurídica ni, por tanto, ningún otro, en tanto no quedara formalizado el contrato individual en cada caso, con lo que, naturalmente, se convertía en *lex inter partes*. Garrigues, en cambio, sobre la base de distinguir condiciones generales de los contratos de condiciones generales de la contratación, creía posible reconducir estas últimas al rango de fuente objetiva por la vía del artículo 2.º del Código de Comercio, pues en todo caso tendrían un valor consuetudinario. Tendrían, pues, un carácter semejante.

Por debajo de la discusión doctrinal late un problema de atribución o no a fuerzas económicas importantes, pero privadas, de poder normativo objetivo,

con todas las consecuencias sociales que en tal atribución pueden venir involucradas. En este sentido es de notar que los verdaderos abusos por parte de las empresas en la formulación de las condiciones generales de los contratos sólo pueden provenir, en realidad, de aquellas que se encuentren en una posición de monopolio, de hecho o de derecho.

Se distinguen de las condiciones generales de los contratos otras figuras afines: contratos por adhesión, contratos "per relationem perfectam o imperfectam", contrato tipo, contrato normativo, formularios contractuales y pre-contrato. En suma, se acepta la tesis contractual, de modo que las condiciones no tienen otro valor que el que les confiere el contrato de cuyo contenido normativo forman parte.

MOSQUERA SÁNCHEZ, L.: *El poder judicial en el Estado de nuestro tiempo*, RAP, núm. 46, enero-abril 1956; págs. 69 a 94.

"Si en su día pudo decirse que la legislación constituía el acto sumo de la vida estatal, y más adelante pudo hablarse de un Estado Administración, la creciente jurisdiccionalización de la vida permite fundadamente pensar, no ciertamente en un estado juez, pues el ejecutivo y el legislativo conservan toda su importancia, pero si un estado de Derecho jurisdiccional, o si se quiere en un Estado Jurisdiccional de Derecho, para indicar la nueva plaza que el Estado de nuestro tiempo ha ofrecido a la jurisdicción."

RESCIGNO, Pietro: *L'abuso del Diritto*, año XI, núm. 3, mayo-junio 1965; páginas 205 a 290.

Detrás de la pluralidad de opiniones respecto a este tema se esconde una diferencia ideológica. Por eso el autor dedica una extensa parte del trabajo al estudio de la ideología de los juristas y el problema del abuso del derecho. Por otra parte, la figura, por su propia vocación y encuadre, está llamada a concretarse, para hacer realidad, en términos de justicia, el inmenso caudal de posibilidades que en sí porta. Por eso, el autor estudia sus aplicaciones.

SCOGNAMIGLIO, Renato: *Considerazioni sull'oggetto del Diritto comparato*, RDC, año LXII, núm. 9-10, septiembre-octubre 1964; págs. 331 a 361.

El Derecho comparado emerge por vez primera en la experiencia contemporánea, como un sector característico de la realidad jurídica y un perfil indispensable para su total conocimiento. Se trata de tomar a través de él plena consciencia de la formación de valores, principios e instituciones, que operan en confines más extensos que los del Estado.

2. Derecho de la persona.

BARREIRO MOURENZA, Dositeo: *El seguro y la responsabilidad en función de la reparación de los daños producidos en la circulación vial*, RDP, mayo 1965; págs. 383 a 398.

La responsabilidad objetiva es una conquista y una necesidad a un tiempo de las condiciones de vida contemporáneas. Se entiende por tal aquella en la que no hay una negligencia o culpa (al modo del art. 1902 del Código civil) que le sirva de fundamento. Hay responsabilidad, esto es, obligación de indemnizar, pero sin culpa.

La Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 24 de diciembre de 1962 ha consagrado este principio, si bien con algunos temperamentos que acercan el sistema al de una presunción legal de culpa, con una inversión de la carga de la prueba correspondiente. La existencia, prevista por la Ley, de un seguro obligatorio que cubra la responsabilidad civil del dañador plantea el problema de si hay o no vinculación y hasta qué punto entre seguro y responsabilidad civil. El Decreto-Ley de 22 de marzo de 1965 no deja lugar a dudas al respecto: claramente se ve que la vinculación entre seguro y responsabilidad es tan estrecha que la suspensión del primero provoca la modificación de la segunda.

Otra característica importante del sistema lo ofrece la acción directa del perjudicado sobre el asegurador, lo cual rompe, ciertamente, los esquemas clásicos del Derecho de Obligaciones y Contratos. Es otra consecuencia del criterio "resarcimiento a toda costa" que ha inspirado la elaboración de la nueva disciplina. Consideraciones sociales y de conveniencia han pesado más que los prejuicios doctrinales.

GÓMEZ CALERO, Juan: *Responsabilidad objetiva en la nueva ley del automóvil*, RDP, enero 1965; págs. 23 a 39.

La responsabilidad objetiva, introducida en la nueva ley de uso y circulación de vehículos de motor, de 24 de diciembre de 1962, es considerada en este trabajo, en el que se analiza el Derecho comparado (Alemania, Francia e Italia) y el Derecho español en su vertiente legal y jurisprudencial.

LÓPEZ JACOISTE, Jcsé-Javier: *La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones*, RDP, julio-agosto 1965; págs. 567 a 609.

Este trabajo despliega un análisis interno de la fundación desde el punto de vista de su fin, que no es otro sino la liberalidad, fin social o público por esencia, al ir dirigido a un amplio círculo de personas.

Se estudia el origen histórico de la fundación desde el Derecho romano y evolución posterior. La fundación en el panorama comparado. El carácter jurídico de la liberalidad y la distinción de la figura con otras en que aparece este elemento. Pero lo que presta a estas páginas un singular interés es la

mostración del progresivo incremento que en la estructura misma de la fundación ha venido operando la idea de fin social como algo dinámico y para cuya consecución estorban los impedimentos puestos a veces por la Ley. Así se aborda el problema de la libertad de inversión patrimonial de la fundación frente al sentido restrictivo que imperó en esta materia a fines de siglo en nuestra disciplina jurídica, cuando se dispuso la obligatoriedad de convertir los bienes de la fundación en títulos de la Deuda Pública, preceptos felizmente atemperados por la jurisprudencia. Porque ello condenaba, efectivamente, a la fundación a un empobrecimiento en pugna abierta con la propia índole de sus fines.

La consideración dinámica del fin fundacional parece desembocar fatalmente en el problema de las aplicaciones empresariales de la fundación, tal como es ya práctica en Alemania. La admisión y el aplauso de esta modalidad no debe hacernos perder de vista, sin embargo, la sustancial diversidad de estructura y de fines de la empresa y de la fundación, por lo que no es comprensible su confusión.

LÓPEZ VILAS, Ramón J.: *Los llamados negocios jurídicos abstractos*, RDP, junio 1965: págs. 487 a 500.

Dentro de la teoría del negocio jurídico, es, sin duda, el concreto punto de la "causa" el que mayores dificultades suscita. Sobre qué ha de entenderse por causa del negocio hay pluralidad de pareceres. En nuestro Código se habla de "causa de la obligación" y de la "causa de los contratos". Nuestra jurisprudencia, en fin, ha insistido en una doctrina diferenciadora entre "causa del negocio" y "motivos" del contratante.

Por negocio causal se entiende aquel en el cual la causa es parte integrante y explícita del negocio. Negocio abstracto, en cambio, sería aquel que no hace mención alguna de la causa contentándose con establecer los derechos y obligaciones correspondientes. Pero esta última noción encierra un equívoco: una cosa es admitir negocios en los que no se expresa la causa, pero en los que se la presume existente, y otra es concebir la posibilidad de negocios absolutamente desconectados de causa, objetivamente considerada (p. ej., promesa abstracta de deuda). En rigor, sólo estos últimos son los genuinos negocios abstractos.

¿Caben en nuestro Derecho tales negocios? De ninguna manera. La interpretación que tiende a extraer esta posibilidad del artículo 1277 del Código civil olvida la distinción antes establecida y considera negocios abstractos aquellos en que la abstracción no es sino de carácter formal o procesal. Pues, en efecto, el artículo 1277 se limita a encerrar una presunción de derecho en favor de la existencia y licitud de la causa, pero no es admisible asimilar por ello nuestro sistema al germánico, que es el que auténticamente conoce y sanciona el llamado negocio jurídico abstracto.

SCOGNAMIGLIO, Renato: *In tema di resarcibilità di danni derivanti da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, RDC, año XI, número I, enero-febrero 1965; págs. 55 a 69.

Dedica una primera parte a la precisión de los elementos y límites de la responsabilidad civil y otra al problema específico que señala el título del trabajo.

3. Derecho de cosas.

FORNESA RIBO, Ricardo: *Eficacia del título hipotecario sobre parcelas de zona marítimo terrestre*, RAP, núm. 45, enero-abril 1965; págs. 95 a 122.

En ocasiones los particulares, mediante artificios, se apoderan de parcelas pertenecientes a la zona marítimo terrestre, de carácter demanial. Los argumentos utilizados son de dos órdenes: I. Eficacia de los títulos de adquisición por ser anteriores a la publicación de la Ley de Aguas o por tener su origen de consolidación de situaciones de usucapión sobre porciones desafectadas del uso público. II. Eficacia protectora de los principios hipotecarios y fe pública registral. El autor analiza el alcance de estos argumentos.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Los efectos de la inscripción en el Registro Municipal de Solares*, RCDI, núm. 444-45, mayo-junio 1965; págs. 557-603.

Este trabajo se ocupa de la inclusión en el Registro en relación con la obligación de edificar. Los efectos previstos en caso de incumplimiento, no se producen mientras que éste no se declare formalmente en un procedimiento administrativo. Sin embargo, se puede lograr la exclusión del procedimiento de enajenación forzosa por venta voluntaria de la finca o cumpliendo los requisitos del artículo 148 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Después de estudiar el procedimiento de enajenación forzosa el autor atiende a los casos de ejecución forzosa por los propios órganos administrativos (desahucio y lanzamiento), y a los de reversión de la finca al propietario, si no se realizan los fines que justificaron la privación de la misma.

MARTÍNEZ SARRION, A.: *La posesión de los resguardos de depósito de valores entraña la propiedad de las acciones*, RDP, enero 1965; págs. 3 a 23.

Desde la plataforma de un caso práctico, el autor se plantea dos problemas: concepto de título; valor e interpretación de la voluntad del testador. La entrega de un título, tiene el valor de tradición simbólica, con igual eficacia que la entrega real de la misma cosa.

MEDICUS, Dieter: *Defensa de la posesión mediante pretensiones de compensación de daño*, ACP, t. 165, vol. 2; págs. 115-149.

El trabajo atiende a solucionar el problema creado por la existencia de una laguna en el articulado del BGB, con respecto a la protección de la posesión. Dicha laguna de la Ley da lugar a la falta de responsabilidad por parte de aquellas personas que dañen la posesión de un tercero, siempre que no obtengan ellos mismos dicha posesión, o que se trate de la posesión de una cosa inmueble.

WEIMAR, Wilhelm: *El deber de indemnización por la agresión realizada en estado de necesidad, según el artículo 904 del BGB*, MDR, año 1, vol. 3; páginas 186-188.

El artículo 904 del BGB limita el derecho de propiedad en casos de necesidad, autorizando la actuación sobre cosas ajenas, siempre que con ello se evite un mal mucho mayor. Naturalmente, a continuación concede al dueño el derecho a obtener una indemnización. Este trabajo atiende a los problemas que plantea dicha indemnización. Especialmente trata de determinar quién resulta obligado a prestarla, punto que resulta omitido en la redacción del artículo 904.

4. Obligaciones y contratos.

AUGER DURO, Sebastián: *El incumplimiento en los contratos bilaterales de promesa de compraventa*, RJC, núm. 1, enero-marzo 1965; págs. 129-156.

Se parte del intenso tráfico de inmuebles existentes en la actualidad y de sus diversas formas. Estas repercuten en las sanciones ofrecidas por el Ordenamiento Jurídico en caso de incumplimiento. El autor atiende a distinguir la acción del artículo 1.124 del C. c., invocada expresamente por el artículo 1.541, de la acción del artículo 1.504, que nacen del incumplimiento del contrato bilateral de promesa de compraventa y de la compraventa ordinaria, respectivamente; dos formas posibles para la transmisión de inmuebles.

BERNAL MARTÍN, Salvador: *Las Juntas de Estimación de la Ley de Arrendamientos Urbanos*, RDP, noviembre 1965; págs. 965 a 976.

Uno de los puntos a los que con mayor incidencia ha afectado la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, ha sido el de las Juntas de Estimación. Las previsiones legales determinan su intervención en los casos de arrendamientos mixtos, los de locales de espectáculos, en supuestos de denegación de prórroga por necesidad y en los de derribo para reconstrucción.

Otros aspectos del tema se contraen a : constitución de las Juntas y actuación de las mismas, en cuyo trámite es preciso tener en cuenta lo referente a petición, forma, partes, audiencia, peritaciones, acuerdo y notificación.

Complementan el trabajo notas acerca de la impugnación de las decisiones de las Juntas; el pago de las rentas o indemnizaciones fijadas, y el concreto tema de la procedencia de incrementos.

DIEDERICHSEN: *Compensación de daño por incumplimiento y compensación de daño por vicios*, ACP, t. 165, vol. 2; págs. 150-168.

El saneamiento por evicción o por vicios de una cosa comprada puede dar lugar al resarcimiento de daños por incumplimiento. Esto es aplicable también a los contratos de arrendamiento y de obra. Pero, ¿qué ocurre con los daños provocados por los vicios de la cosa en los demás bienes patrimoniales del adquirente? El resarcimiento de estos daños no aparece previsto. Los preceptos que el BGB dedica a la regulación de las garantías en dichos contratos no rechazan tal resarcimiento, por lo que la extensión de la misma deberá deducirse de su interpretación.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *La garantía por evicción a causa de actos del vendedor posteriores a la venta*, RDP, junio 1965; págs. 469 a 486.

El Código civil español concede acción al comprador de una cosa, frente al vededor, si se ve privado en juicio de su propiedad por un tercero. Tal es la formulación clásica de la teoría romana de evicción. Pero nada dice acerca del caso en que la perturbación provenga de los propios actos del vendedor. En cambio, sí se encuentra este punto regulado en otros Códigos europeos.

Ante el silencio del Código civil, ¿hay que pensar que el comprador está desprotegido frente a las perturbaciones posteriores a la venta, y debidas a las actuaciones del propio vendedor? En modo alguno cabe considerarlo así. La protección del comprador, si no se quiere ver comprendida en la evicción, dados los términos absolutos del artículo 1475, puede reconducirse a principios generales de la contratación, en especial al de que nadie puede ir contra los actos propios, y, en suma, al de la buena fe, del que son expresión la "exceptio doli" y la "exceptio rei venditae et traditae".

La doctrina jurisprudencial ha venido reiteradamente a confirmar esta posición, extendiendo el ámbito de aplicación de la regla "venire contra factum proprium".

FICKER, Hans Claudius: *Asunción de contrato y "droits relatifs au bien"*, ACP, t. 165, vol. 1; págs. 32-45.

El artículo 69 de la Ley del Contrato de Seguro alemana determina que, con motivo de la transmisión de una cosa asegurada, el adquirente pasa a ocupar el puesto que tenía el enajenante en la relación jurídica del seguro. Sin embargo, la cesión del derecho a la prestación de garantía nacida de una compraventa y su adherencia al objeto comprado (posible en el Derecho francés) se estrella en Alemania contra el dogma de la intransmisibilidad de los llama-

dos derechos dependientes, así como contra el reducido concepto de los elementos accesorios a los derechos, que no comprende las cosas muebles. Por ello cabe preguntarse si al artículo 69 de la Ley del Contrato de Seguro constituye una excepción o, por el contrario, es reflejo de una evolución de carácter general: la cosificación de los derechos de crédito basados en relaciones personales, El Derecho francés conoce el concepto de "droit relatif au bien transmis", que cada vez adquiere mayor relevancia jurídica. El autor trata de aportar soluciones al problema planteado en el Derecho.

GASPERONI, Nicola: *La data di scadenza del primo premio e la riattivazione del contratto de assicurazione sulla vita*, RDC, año LXII, núm. 5-6, mayo-junio 1964; págs. 204 a 220.

Cuando las partes han previsto la reactivación, la falta de pago del premio *suspende provisionalmente* la eficacia del contrato de seguro, pero en este estado de letargo se produce la reviviscencia del mismo contrato, si el contratante, en los términos previstos en la cláusula, paga el premio debido y los intereses moratorios.

Con la reactivación, no se trata de crear una nueva relación de seguro, sino de reemprender los efectos de la precedente que habían permanecido suspendidos a causa de la mora.

GIORGIANNI, M.: *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, RDC, año XI, núm. 1, enero-febrero 1965; págs. 70 a 75.

La fuente de la obligación es el hecho histórico que da vida a ésta. Se diferencia del título. El artículo 1173 del nuevo C.c. italiano suprime de la enumeración de fuentes el cuasicontrato y el cuasidelito. Otra novedad es el reclamo del ordenamiento jurídico. Las fuentes de las obligaciones se pueden clasificar en contractuales y extracontractuales.

LÓPEZ VILAS, Ramón J.: *Estudios sobre el reconocimiento de deuda*, RDP, Octubre 1965; págs. 845 a 873.

La figura del "reconocimiento" se aplica en Derecho en multitud de institutos de escaso parentesco: de deuda, de hijo natural, de derecho, de firma, de documento, etc. El único denominador común que los abraza parece ser el carácter de "pretérito" de "aquello" sobre lo que recaiga el reconocimiento.

Cifándonos al reconocimiento de deuda, la doctrina se divide al considerarlo (en un orden ascendente de relevancia o complejidad jurídica), bien como acto jurídico, bien como negocio jurídico unilateral, bien como contrato.

En el Derecho español apenas si se encuentra más mención del reconocimiento de deuda que la muy incidental del artículo 1973 del Código civil cuando se ocupa de la prescripción. Sin embargo, ello no excluye "a priori" la posibilidad de esta figura jurídica en nuestro sistema. Es más, no sólo existe, sino

que existe con un sentido múltiple, pues, según el alcance de la declaración cognoscitiva, unas veces será acto jurídico, otras negocio unilateral o aun bilateral. Lo esencial es que se trata de un acto o negocio jurídico declarativo cuyo fin es fijar y declarar una relación jurídica anterior.

La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo también da entrada al reconocimiento de deuda, a través de la vía de la admisibilidad de los llamados negocios jurídicos abstractos, al paso que califica de contrato al reconocimiento.

DI MAJO-GIAQUINTO: *Gli effetti della sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre*, RDC, año LXII, núm. 9-10, septiembre-octubre 1964; págs. 362 a 395.

El C. c. italiano, en su artículo 2932, dice así: "Si el que está obligado a concluir un contrato no cumple la obligación, la otra parte, cuando sea posible y no esté excluido en el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido." A propósito de esta sentencia se estudia su naturaleza, estructura, resolución de los efectos producidos por la misma, admisibilidad contra ella de las acciones de rescisión y de la revocatoria por quiebra.

OSSORIO Y MORALES, Juan †: *Notas para una teoría general del contrato*, RDP, diciembre 1965; págs. 1071 a 1114.

Inserta la Revista de Derecho Privado este trabajo póstumo del desaparecido profesor Ossorio y Morales, en algunos puntos con reconstrucciones en base a sus notas, realizadas por el profesor Beltrán de Heredia.

El sumario del artículo lo constituyen los seis primeros capítulos de lo que iba a ser una teoría general del contrato. Es singularmente feliz la exposición del concepto mismo del contrato y su depuración de otros institutos afines o más genéricos, Ossorio se alinea en la postura de aquellos que niegan la identificación entre negocio jurídico bilateral y contrato, por estimar que hay entre ambos conceptos una relación de género a especie, en virtud de la cual no todas las reglas que componen la disciplina jurídica general del contrato son aplicables a cualesquiera otros negocios jurídicos bilaterales. Para la depuración aludida se sirve Ossorio de dos criterios y fecundos: uno, formal, atinente a su estructura, y otro, de contenido, que atiende a la función económico-social que el contrato desempeña en el tráfico. Desde esta metodología se eliminan de la noción de contrato aquellos negocios en que las voluntades de las partes convergen a un interés común, caso típico de los negocios del Derecho de familia, incluido el matrimonio. También excluye de la noción todo lo referente a la constitución de derechos reales, pues se mantiene en su integridad la tesis de que en nuestro sistema el contrato se contrae a la esfera de los derechos de crédito.

Principios fundamentales de la contratación, clasificación, efectos, alteración de las circunstancias y excesiva onerosidad del contrato son otros tantos capítulos desarrollados en este extenso aunque incompleto estudio.

PINTO RUIZ, José: *La resolución del derecho del arrendador y la subsistencia de los arrendamientos rústicos y urbanos sujetos a la legislación especial*, RJC, núm. 2, abril-junio 1965; págs. 317-358.

Si configuramos el arrendamiento como un derecho personal, el arrendatario perderá su derecho en los casos de transmisión de la finca (salvo el caso de sucesión universal) y de resolución de su derecho. Si se trata, por el contrario, de un derecho real, sólo se extinguirá el arrendamiento en el último caso (resolución). La legislación especial sobre arrendamientos rústicos y urbanos, prescindiendo de la naturaleza del derecho del arrendatario, aplica soluciones correspondientes a la naturaleza real de aquél, de acuerdo con su tendencia a proporcionar estabilidad a dichos contratos de arrendamiento, incluso acentuándolas en el caso de los arrendamientos urbanos. En efecto, de la interpretación del artículo 114, número 12, se deduce que en los arrendamientos urbanos no puede decirse que la resolución del derecho del arrendador resuelva siempre el derecho del arrendatario.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Usura civil y usura penal*, RDP, abril 1965; páginas 273-286.

La antigua y siempre viva cuestión de las relaciones entre el Derecho civil y el penal o, si se quiere, de la posible continuidad sustancial entre el ilícito civil y el ilícito penal, cobra en materia de usura especial relieve por la existencia, ya venerable, de la Ley Azcárate, de 1908, que formula una doctrina completa y coherente, tal como la ha venido interpretando nuestra jurisprudencia, no sin vacilaciones, en materia de "préstamos usuarios" a los que sanciona con la nulidad de los mismos. Pero la Ley Azcárate no es una ley penal. Por ello, no todo préstamo usuario de esta Ley integra el delito de usura. Sin embargo, no es posible la existencia del delito de usura previsto y castigado en nuestro Código penal, sin que tenga previamente el carácter de préstamo usurario conforme a nuestra legislación civil en esta materia.

Esto, supuesto y una vez enraizado el delito de usura en las ilicitudes civiles de igual nombre, nada impide el libre juego que operan, ya dentro del campo penal, los caracteres de la teoría jurídica del delito, aplicados a esta concreta provincia delictiva. En cuyo examen ha de tenerse una independencia dogmática y de construcción, como es lógico. Así, del carácter formal o de desobediencia de este delito resultan inaplicables las normas ordinarias en materia de acción imperfecta, no siendo imaginables hipótesis de frustración o tentativa. La culpabilidad sólo puede ser la dolosa, pues los supuestos culposos carecen de reprochabilidad penal.

RUIZ SÁNCHEZ, J. L.: *La aparcería y el premio de afección*, RCDI, núm. 434-35, julio-agosto 1964; págs. 485-509.

El autor mantiene en este artículo la tesis de que, si bien en "ius strictum" el aparcerero no tiene derecho a percibir nada en concepto de premio de afección,

cuando la aparcería se extingue por expropiación forzosa, sin embargo, desde el punto de vista del "ius aequum", cuando la duración de la aparcería sea de diez años (plazo establecido por el artículo 30 y la Ley y Reglamento de Arrendamientos Rústicos), ésta debería dar lugar a un reparto proporcional (con arreglo a la distribución de frutos) del premio de afección recibido por el propietario.

SOTO NIETO, Francisco: *Depósitos, almacenes, escritorios y oficinas en la novísima regulación arrendaticia*, RJC, núm. 4, octubre-noviembre 1965; páginas 1009-1036.

Las sucesivas modificaciones de nuestra legislación de arrendamientos urbanos muestran una tendencia común en cuanto a la asimilación al arrendamiento de local de negocio de aquellas figuras locativas constitutivas de depósitos, almacenes, escritorios y oficinas (artículo 5.º, núm. 2.º del texto refundido de 24-XII-1964). Esto es importante, ya que los preceptos del capítulo I de la Ley marcan su ámbito material de aplicación y, según su criterio, los arrendamientos quedarán situados en uno u otro de los dos grupos de arrendamientos dentro del ámbito de la legislación especial, los de vivienda o de local de negocio. El autor parte de estas consideraciones para realizar un estudio en torno a tales figuras locativas en la nueva LAU.

5. Derecho de familia.

AZPIAZU RUIZ, José: *El artículo 413 del Código civil*, RCDI, núm. 438-39, noviembre-diciembre 1964; págs. 745-763.

Se estudia el aspecto registral del artículo 1.413, acogiéndose a la tesis mantenida por la sentencia de 13-III-1964. El autor llega a las siguientes conclusiones: 1) el consentimiento uxoris es idéntico a la licencia marital; 2) ambos son sustituibles por la autorización judicial; 3) los actos dispositivos de la mujer de sus bienes propios realizados sin licencia marital son anulables; 4) lo mismo ocurre con los actos del marido dispositivos de gananciales inmuebles realizados sin el consentimiento uxoris; 5) son inscribibles en el Registro tanto los actos de la mujer sin licencia como los del marido sin consentimiento uxoris, siempre que se haga constar en ambos casos tales defectos.

BAS Y RIVAS, Federico: *La adopción en los impuestos sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales*, RCDI, núm. 442-43, marzo-abril 1965; págs. 289-302.

Se trata de un estudio de los preceptos que la nueva Ley de Reforma del Sistema Tributario contiene con respecto a la adopción. De acuerdo con la Reforma de 24-IV-1958, se atiende por separado a las normas que aluden a la adopción plena, las que se limitan a la adopción menos plena y las que hacen referencia a la adopción en general. Finalmente, el último apartado considera el Derecho transitorio.

BELTRÁN DE HEREDIA, José: *La doctrina de CICU sobre la posición sistemática del Derecho de Familia*, RDP, octubre 1965; págs. 819 a 845.

Como reacción a un trabajo del profesor Jordano Barea se rescita en este artículo la cuestión acerca de la posición sistemática del Derecho de Familia, tal como fue vista por Cicu.

El profesor italiano, muerto en 1962, formuló sus tesis ya poco antes de su fundamental obra "Diritto di famiglia" en 1914, y ha seguido escribiendo acerca del tema hasta tiempos recientes. Partiendo de la distinción entre Derecho público y Derecho privado, Cicu vio la dificultad de seguir manteniendo el Derecho de familia en el segundo, sin que, por otra parte, postulara sin más un simple cambio de colocación. Para él se presentaba el Derecho de familia como un "Tertium genus" intermedio entre los dos campos. Si se toma la autonomía privada como genuina característica del derecho privado, hay que reconocer los inconvenientes de comprensión que suscita el derecho de familia desde este ángulo. En efecto, se señalan algunas características de las normas jurídicas que recaen sobre la familia que las separan de los puros postulados del Derecho privado: la relevancia del interés y del orden público, así como la función social más acentuada en el derecho de familia, sirven de ejemplo. Pero es de notar que ninguna de tales características es exclusiva del derecho de familia, sino que están presentes, con meras diferencias cuantitativas, en todos los institutos del derecho privado, a los que nadie niega este carácter. Ello llevaría de la mano hacia la revisión en la hora presente, de lo que queda de la vieja distinción Derecho público-Derecho privado.

BELTRÁN DE HEREDIA, José: *Reconocimiento de hijo natural en testamento*, RDP, marzo 1965; págs. 183 a 202.

En el Derecho español los procedimientos legales para el reconocimiento de un hijo natural son los mencionados por el artículo 131 y sólo ellos: Acta de nacimiento, testamento u otro documento público.

En referencia con el testamento, tanto su concepto como su régimen jurídico parecen ir en abierta contradicción con la esencia del reconocimiento. Pues el testamento es negocio jurídico mortis-causa de contenido patrimonial y esencialmente revocable. Ninguna de las tres notas conviene al reconocimiento, pues su índole es más bien la de un acto jurídico en estricto sentido, no declaración de voluntad, sino de ciencia, de contenido no patrimonial y que, por afectar al estado civil de la persona, repugna el carácter de revocabilidad, propio del testamento. El modo de orillar estas dificultades consiste en considerar el reconocimiento de un hijo natural como un acto autónomo incluido en un testamento. Pero ha de tratarse de un verdadero testamento, de cualquier clase, en principio, por más que sus notas genuinas no destiñan sobre el reconocimiento que conserva su propia configuración. En cambio, debe absolutamente rechazarse la posibilidad jurídica del simple reconocimiento con forma de testamento, que sería tanto como concebir un "testamento", pero con todas las características de un acto inter-vivos y, en definitiva, un fraude a la Ley. El

simple reconocimiento con forma de testamento hay que considerarlo nulo conforme al artículo 4.º del Código civil.

CANARIS, Claus-Wilhelm: *Los esponsales como relación jurídica legal*, ACP, t. 165, vol. 1; págs. 1-31.

Parte el autor de la problemática creada por la naturaleza jurídica de los esponsales. Critica y rechaza las dos teorías existentes sobre dicha naturaleza, que ven en los esponsales un contrato o una simple relación de hecho respectivamente. Los esponsales son una relación jurídica legal que no produce obligaciones de carácter inmediato y cuyo fundamento radica en la garantía que constituye la confianza entre las partes en base a la futura conclusión del matrimonio.

ESTEPA, José: *En torno al artículo 1413 del C. c. y cuestiones con él relacionadas*, RCDI, núm. 430-31, marzo-abril 1964; págs. 187-206.

El artículo se dedica a diversos aspectos referentes a la aplicación en casos dudosos del citado precepto del C. c. Para ello se consideran previamente los principios que rigen la sociedad de gananciales. Además, el autor considera que el nuevo régimen de los bienes gananciales implantado por la Ley de 24-IV-1958 es sustancialmente igual al anterior, sin más modificación que la necesidad del consentimiento de la mujer para los actos de disposición sobre bienes inmuebles y establecimientos mercantiles.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Cuestiones fundamentales de viudedad foral navarra*, RCDI, núm. 436-37, septiembre-octubre, 1964; págs. 553-584.

En esta conferencia quedan recogidos los aspectos sociológico-político e histórico de la viudedad foral navarra, de los que se deduce su origen fáctico. A continuación, el estudio jurídico se centra en el usufructo viudal visto desde los puntos de vista teleológico (naturaleza familiar), causal (su condición orierosa) y estructural (su carácter familiar, real y legal). El autor atiende en esta última parte al contenido del derecho, su nacimiento mortis causa y su naturaleza legal.

LANGE, Jürgen: *Sobre la pretensión de informe en el Derecho de alimentos*, MDR, año 1965, vol. 2; págs. 95-97.

La cuantía del derecho de alimentos es proporcional a los ingresos económicos del obligado. Sin embargo, estos ingresos pueden ser desconocidos para el titular de este derecho. ¿Cómo puede salvar dicho obstáculo si la carga de la prueba sobre la determinación del nivel económico recae sobre él? El autor no ve otra solución que la de ejercer, por analogía, un derecho de información sobre esta cuestión de hecho.

DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: *La mujer casada y la cancelación de créditos hipotecarios gananciales*, RCDI, núm. 442-43, marzo-abril 1965; págs. 245-288.

Este artículo se desarrolla en base a un estudio crítico de la jurisprudencia registral existente sobre este problema. El autor llega a las siguientes conclusiones: 1) el permitir la cancelación de hipotecas gananciales sólo por el marido sin el consentimiento de la mujer representa un retroceso en la concepción tradicional que considera que se trata de un acto dispositivo; 2) que ello no compagina con la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, que se propuso recoger en la legislación registral las repercusiones de la reforma del artículo 1.413 del C. c.; 3) que esta doctrina jurisprudencial implica la reforma de los artículos 95, núm. 1.º y 178 del Reglamento Hipotecario; 4) que mantener la teoría de la accesoriedad absoluta de la hipoteca supone retroceder a los tiempos iniciales de nuestro sistema registral; 5) que esta teoría olvida que respecto a tercero sólo se extingue la hipoteca por su cancelación.

ZÖLLNER, W.: *Libertad contractual y sujeción a los tipos contractuales en el régimen patrimonial del matrimonio*, ZGF, año 1965, vol. 3; págs. 113-124.

El BGB puso fin a la dispersión jurídica existente en torno al régimen de bienes en el matrimonio, mediante la creación de cinco tipos legales. Pero con ello dio lugar a problemas en cuanto a la extensión de la autonomía que restaba a los cónyuges a este respecto. Esta situación se ve complicada por la Ley de 18-VI-1957, sobre igualdad de derechos, que viene a suprimir aquellos regímenes de bienes en el matrimonio que implican la administración necesaria del marido. Zöllner parte de estas premisas para terminar exponiendo en varios puntos los principios generales que rigen esta cuestión.

6. Derecho de sucesiones.

CAMY, B.: *Instituciones hereditarias en usufructo a una persona y en nuda propiedad a otra: problemas que plantean*, RDP, noviembre 1965; páginas 949 a 954.

El presente estudio es en realidad la exposición ordenada y con fines de aplicación práctica en la vida del Derecho, de la doctrina jurisprudencial así del Tribunal Supremo como de Dirección General de los Registros y del Notariado, en materia de institución hereditaria en usufructo a una persona y en nuda propiedad a otra, cuando esta otra es un "nasciturus nondum concepti", lo cual ha sido reiteradamente declarado posible por esta jurisprudencia.

Los puntos en que se vertebra el examen de esta selección de decisiones son:

Distinción entre heredero fiduciario y usufructuario. Distinción entre sucesión a título de herencia o de legado. Diferencias entre usufructuario universal y heredero. Posibilidad de la designación como herederos a los no concebidos. Posibilidad de un derecho de nuda propiedad sin titular actual determinado.

Forma de inscribirse la nuda propiedad. Instituciones hereditarias en usufructo, quedando condicionada la designación de a quién corresponde la nuda propiedad. Partición de herencia en la que unos herederos existen en el momento de la delación y otros son "nasciturus nondum concepti". Partición de herencia en la que pueden nacer futuros coherederos. Representación de los "nasciturus nondum concepti". Enajenación de los bienes y subrogación real de éstos.

FUNAIOLI, Carlo Alberto: *La successione dei legittimari*, RDC, año XI, núm. 1, enero-febrero 1965; págs. 29 a 54.

Se contempla la legítima, significando una porción de bienes asegurada al legitimario, contra la voluntad misma del *de cuius*. Normalmente es una sucesión a título universal, que encuentra su justificación política en la institución familiar, y que repercute en el poder de disposición de los bienes a título gratuito. Estudia el derecho de los legitimarios, como límite a la sucesión testamentaria y ab intestato y como especie de la más amplia categoría de la sucesión legal. Se señala el deber de no dañar la legítima, destinándose las últimas consideraciones a la naturaleza de la adquisición de los bienes que integran lo donado inoficiosamente por el causante.

HERNÁNDEZ-GIL, Antonio: *La declaración judicial de incapacidad en la sustitución ejemplar*, RDP, mayo 1965; págs. 371 a 383.

La sustitución ejemplar es acogida por nuestro Código civil, a diferencia del Proyecto de 1851, en su artículo 776. La interpretación de este precepto suscita una duda fundamental: La declaración de incapacidad del descendiente que exige como requisito de la sustitución ejemplar, ¿ha de efectuarse antes de ordenarse en el testamento la sustitución o bien no es esto indispensable y basta con que la declaración de incapacidad se efectúe en cualquier momento, incluso posterior al testamento, con tal que sea anterior a la muerte del descendiente?

La doctrina y la jurisprudencia han venido entendiendo en un sentido rigorista o literal el precepto, conforme a la exigencia de la previa declaración de incapacidad. Pero la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1941 se pronunció en sentido contrario, lo que suscitó graves actitudes críticas y encendió la polémica.

Desde el punto de vista metodológico de la interpretación, es preciso acabar definitivamente con la idea del rango superior o excluyente de la interpretación literal. *Siempre* ha de interpretarse el derecho conjugando todos los instrumentos de exégesis. Y si se desvanece este prejuicio, de cara a nuestro concreto problema, debe reconocerse acertada la sentencia citada, que supera la habitual interpretación rigorista o literal, que ni siquiera está libre de suscitar dudas.

HERNÁNDEZ GIL, Félix: *La indignidad por incumplimiento de deberes legales*, RDP, febrero 1965.

El abandono de los hijos y el desvío en su formación moral, fomentado e iniciado por los padres, adquiere tan sólo en nuestro sistema jurídico, la categoría de causa de indignidad. Así se recoge en el artículo 756, 1.º C. c. En el trabajo se descompone en dos apartados el estudio de la cuestión; el primero se refiere al abandono de los hijos; el segundo, versa sobre la prostitución y atentado al pudor de las hijas.

MENCONI, L.: *Quota de riserva e porzione legittima*, RDC, año XI, núm. 1, enero-febrero 1965; págs. 1 a 28.

... Cicu distingue, para aclarar la aparente contradicción entre los artículos 563 (que reserva legitimario una cuota de la herencia, relictum) y el 556 (en el cual la porción indisponible resulta determinada por una masa integrada del relictum+donatum); distingue, pues, dos entidades diversas a las que corresponden otras tantas posiciones del legitimario. La primera, de naturaleza jurídica real, referida a la cuota de reserva (relictum). La segunda, de naturaleza obligatoria, que atribuye al legitimario un derecho de crédito (derecho a la legítima), para completar el valor de la legítima, teniendo en cuenta el alcance de las donaciones hechas por el testador.

El error de Cicu, señala Mengoni, consiste en atribuir a la cuota de reserva una razón autónoma respecto al derecho de legítima. La Ley reserva a los parientes en línea recta una cuota de la herencia, no tanto por que quiera que sean herederos, cuanto porque quiere que consigan una cierta porción del patrimonio hereditario (legítima). Y para tal fin les atribuye un título hereditario de superior garantía que el simple título de crédito.

Se estudia: la cuota disponible; responsabilidad del legitimario por los legados; el derecho del legitimario respecto a las modificaciones de valor posteriores a la apertura de la sucesión; posición del legitimario preterido en la división hecha por el testador.

II. DERECHO HIPOTECARIO

CARRETERO GARCÍA, Tirso: *Retornos al Código Civil*, RCDI, núm. 440-41, enero-febrero 1965; págs. 75-140.

El autor propone una vuelta al originario sentido del artículo 32 de la Ley Hipotecaria de 1861, recogido en el artículo 606 del C. c., ya que la interpretación actual de aquél es una de las principales causas de la endeblez de la publicidad inmobiliaria en España. Para ello hay que prescindir de la tradición material y del párrafo 1.º del artículo 1.462 del C. c. en materia de inmuebles, y centrar el artículo 32 de la L. H. en los principios de inscripción e inoponibilidad supradadores de la tradición, y el artículo 34 en el principio de fe pública germánico

y en los efectos de la transcripción de los títulos..., frente a los terceros de buena fe.

DE LA FUENTE JUNCO, Angel: *El Registro de la Propiedad en Portugal*, RCDI, número 438-39, noviembre-diciembre 1964; págs. 697-744.

Este artículo atiende, en primer lugar, a los antecedentes históricos, que divide en tres etapas. A continuación, estudia la legislación vigente, centrada en el Código de Registro Predial de 8-IX-1959, que contiene el régimen inmobiliario portugués de Registro. En los títulos 3.º y 4.º se tratan, sucesivamente, la organización del Registro de la Propiedad y los diversos asientos registrales.

DE LA FUENTE JUNCO, Angel: *El Registro de la Propiedad en Portugal*, RCDI, número 440-41, enero-febrero 1965; págs. 11-74.

Es continuación del estudio iniciado en los números 438-39 de esta Revista. Aun dentro del título 4.º, dedicado a los asientos, quedan dedicados tres capítulos a la inscripción, los "everbamentos" y los actos sometidos a registro respectivamente. El título 5.º se ocupa de la documentación necesaria, y el título 6.º, de la hipoteca en general, así como de las hipotecas legales, voluntarias y judiciales.

DE LA FUENTE JUNCO, Angel: *El Registro de la Propiedad en Portugal*, RCDI, número 442-43, marzo-abril 1965; págs. 303-362.

Es continuación y conclusión del estudio iniciado en los números 438-39 y proseguido en los números 440-41 de esta misma Revista. El autor se ocupa en los tres últimos títulos de la concordancia entre el Registro y la realidad (Publicidad formal), de los principios hipotecarios en el sistema portugués y del carácter obligatorio del Registro (Registro y Catastro).

GARCÍA-MONGE Y MARTÍN, J.: *El tercero hipotecario ante la doble inmatriculación*, RDP, octubre 1965; págs. 873 a 879.

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria consagra un peculiar modo de adquisición del dominio, que no en vano se ha llamado "originario".

Los problemas que suscita la interpretación y alcance de este precepto en las hipótesis de doble inmatriculación de una misma finca, a efectos de conjugar los eventuales derechos de las dos series de sucesivos adquirentes, los derivados de la primera inscripción y los de la segunda, son el objeto de este trabajo, que ofrece un estudio crítico de la doctrina española acerca del problema, tanto en referencia al orden hipotecario anterior como por lo que se refiere a la situación creada por las últimas reformas de la Ley Hipotecaria.

ROCA SASTRE, R. M.: *El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma*, RCDI, núm. 446-47, julio-agosto 1965; págs. 781-831.

Un importante sector doctrinal entiende que el tercero del artículo 34 es distinto del tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Esta tesis dualista pretende que en nuestro sistema registral conviven dos sistemas diferentes: el de transcripción (en el artículo 32) y el de fe pública (en el artículo 34), con dos terceros distintos. Roca impugna esta tesis dualista, propugnando la tesis (dominante) nonista del tercero hipotecario, según la que ambos artículos (32 y 34) son expresión del principio de fe pública del Registro.

RUIZ SÁNCHEZ, J. L.: *Caución y proceso cautelar en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, RCDI, núm. 446-47, julio-agosto 1965; págs. 855-879.

El autor atiende a determinados aspectos de los problemas jurídico-procesales derivados de la caución regulada por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Distingue entre caución y proceso cautelar y examina la eficacia de la caución procesal en orden al sujeto pasivo de la relación. Termina con un juicio positivo sobre las medidas de garantía y asegurativas de dicho precepto, realizando especialmente la oportunidad del arbitrio judicial que éste reconoce.

III. DERECHO MERCANTIL

I. Parte general.

BROSETA PONT, M.: *La empresa y la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, RCDI, núm. 444-45, mayo-junio 1965; págs. 603-632.

Para llegar al concepto de una disciplina jurídica es imprescindible utilizar un doble método: el de investigación histórica y el de observación de la realidad. Aplicado esto al Derecho mercantil, el autor trata de resolver tres problemas: 1) subsistencia o desaparición del Derecho mercantil como Derecho especial; 2) futuro contenido de esta rama jurídica y relaciones con otras disciplinas (especialmente el Derecho civil); 3) concepto del Derecho mercantil.

PUIG FERRIOL, Lluís: *Problemas de sociedades mercantiles en la sustitución fideicomisaria*, RJC, núm. 2, abril-junio 1965; págs. 359-377.

El artículo 182 de la Compilación Catalana concede al heredero fiduciario los derechos del propietario de participaciones sociales, lo que supone reconocerle la calidad de socio. El autor estudia las facultades, tanto patrimoniales como administrativas, de dicho heredero fiduciario dentro de la sociedad. En

una segunda parte, se ocupa de la posibilidad de aportar bienes fideicomitidos al patrimonio de una sociedad.

VILASECA, Santiago: *Desembolso parcial de obligaciones emitidas por una Sociedad Anónima*, RJC, núm. 3, julio-septiembre 1965; págs. 681-700.

El artículo se ocupa de la licitud o ilicitud del desembolso parcial de las obligaciones, así como de los problemas a que esta operación da lugar. Califica el negocio jurídico de emisión de obligaciones como "contrato de promesa de préstamo". A continuación, admite la posibilidad de una suscripción con desembolso parcial en un contrato de emisión de obligaciones, a pesar de su inexistencia en el Mercado de Valores. Termina con un apartado dedicado a la posible aplicación de la LSA a las acciones parcialmente desembolsadas.

2. Comerciantes y sociedades.

ROTONDI, Mario: *Come fare e come non fare la riforma delle società per azioni*, RDC, año XI, núm. 2, marzo-abril 1955; págs. 102 a 118.

El tema de la reforma de la sociedad por acciones, se presta a una serie de consideraciones como las que el autor del trabajo nos presenta. Constituye éste, un discurso inaugural del año académico en la Universidad de "L. Bocconi", de Milán. Hay que tener en cuenta que la legislación italiana es, en materia de sociedad, una de las más recientes, cronológicamente, y modernas, por las líneas de su inspiración.

V. DERECHO PROCESAL

2. Parte general.

MARTÍNEZ VAL, J. M.: *Reconvención y adhesión a la apelación*, RJC, núm. 1, enero-marzo 1965; págs. 109-114.

Trata este artículo de la posición del reconviniente cuando inicialmente ha consentido una sentencia que resulta apelada por su contrario, y a cuya apelación se adhiere en el trámite de instrucción. El autor concluye que este cambio del reconviniente es operante y que en tal caso, la Sala de instancia no tiene límite para su decisión, pudiendo determinar una "reformatio in peius" contra el primitivo apelante.

SATTA, Salvatore: *Cose e beni nell'esecuzione forzata*, RDC, año LXII, número 9-10, septiembre octubre 1964; págs. 350 a 361.

El artículo 2.740 del C. c. italiano prevé que el deudor responda del cumplimiento de las obligaciones "con todos sus bienes", y el 513, cod. proc. civ. se

refiere al embargo de *cosas*. Por qué esta dualidad de términos. El autor concluye afirmando una absoluta interdependencia entre cosas y bienes.

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 Quarterly (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (Méjico).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).

- MLR = The Modern Law Review (Londres).
NC = The North Carolina Law Review.
NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
NR = Nuestra Revista (Madrid).
NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
OZOR = Osterreichische Zeitschrift für 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 (Bruselas, La Haya).

- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (París).
RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
RJD = Revista Jurídica Dominicana.
RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts. vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (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 HIPOTECARIO

Principio de especialidad. Descripción de la porción segregada y del resto de la finca matriz.

A) El principio de especialidad, uno de los fundamentales de nuestro sistema inmobiliario, exige que la finca, por ser elemento básico sobre la que se centran todos los derechos inscribibles, sea descrita con arreglo a las prescripciones legales, a fin de que pueda ser identificada con toda precisión, y por ello, los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51, apartados segundo y tercero de su Reglamento, establecen que las inscripciones se practicarán expresando la situación, linderos, medida superficial y demás circunstancias que contribuyen a la identificación del inmueble.

Igual prescripción aparece reflejada en los arts. 170 y 171 del Reglamento Notarial, al ordenar al Notario que cuide de expresar con la mayor exactitud posible las circunstancias y requisitos imprescindibles o necesarios para realizar la inscripción y que procure rectificar los datos que estuviesen equivocados o que hubieran sufrido variación por el transcurso del tiempo, para lo cual aceptará las afirmaciones de los otorgantes o lo que resulte de los documentos facilitados por los mismos, pues de esta forma se logrará que estén siempre de acuerdo los Libros del Registro y la realidad jurídica.

B) Al practicarse una segregación de un inmueble, los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario también establecen la necesidad de una descripción completa de la porción segregada que va a constituir una nueva finca independiente, para su fácil identificación, y lo mismo en cuanto a la finca matriz, cuya descripción se exige "cuando fuera posible" para lograr esa finalidad y concordar la nueva situación resultante con las inscripciones registrales. Pero como a veces la descripción de ese resto no es posible o incluso de verificarse, caso de realizarse varias segregaciones separadas, los resultados obtenidos no sólo estarían en contradicción con la situación real, sino que oscurecerían y perturbarían la limpieza y claridad que deben tener los asientos del Registro, los propios artículos 47 y 50 prescriben que, en lugar de describir la porción restante, se haga constar solamente la modificación en la extensión y el lindero o linderos por donde se haya efectuado la segregación, circunstancias que aparecen claramente determinadas en la escritura calificada, que contiene la descripción completa de la nueva finca creada, la parte de extensión segregada

de la finca matriz y el lindero Este del inmueble, por donde se efectuó la segregación (Res. de 23 de octubre de 1965. B. O. del 9 de septiembre).

DERECHO MERCANTIL

Subsistencia de pacto sobre transmisión de participaciones sociales después de otorgada la escritura de adaptación de una Sociedad de Responsabilidad Limitada a la Ley de 17 de julio de 1953.

ANTECEDENTES.—El artículo 8.º de los Estatutos de una Sociedad de Responsabilidad Limitada estableció que ningún socio podría transmitir sus participaciones en la Sociedad sin autorización expresa y escrita de los demás a persona ajena a la misma; en la cláusula cuarta de la escritura se determinó que, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 8.º estatutario, el socio podrá transmitir sus participaciones cuando estime oportuno a su hijo, con exclusión de cualquiera otra persona

Posteriormente, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, se adaptaron los Estatutos a dicha Ley, y, con objeto de evitar confusiones, los comparecientes de la escritura acordaron redactar nuevamente los citados Estatutos, en los cuales el artículo 10, sustitutivo del anterior 8.º, dice lo siguiente: “El socio que desee transmitir intervivos su participación o participaciones sociales a persona extraña a la sociedad deberá comunicarlo por escrito dirigido a los Administradores, quienes lo notificarán a los socios en el plazo de quince días. Los socios podrán optar a la compra dentro de los quince días siguientes a la notificación, y si son varios los que desean adquirir la participación o participaciones, se distribuirán entre todos ellos a prorrata de sus respectivas partes sociales o en la proporción que de común acuerdo convengan. En el caso de que ningún socio ejecute el derecho de tanteo, podrá la Sociedad adquirir estas participaciones en el plazo de otros treinta días, para ser amortizadas, previa reducción del capital social, con arreglo a las normas del artículo 19 de la Ley (debe ser el 20). Transcurrido este último plazo, el socio quedará en libertad de transmitir sus participaciones sociales en la forma y modo que tenga por conveniente. Para el ejercicio del derecho de tanteo que se concede en este artículo, el precio de venta se fijará de acuerdo con el balance y liquidación resultante en el fin del trimestre natural inmediato a la fecha en que se convenga la cesión. La transmisión de participaciones sociales se formalizará en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil.”

RESOLUCIÓN.—La cuestión planteada en este recurso se centra en determinar si el pacto establecido en la cláusula cuarta de la escritura de constitución de la Sociedad de Responsabilidad Limitada que constituye por expresa declaración de todos los interesados una excepción a la norma general de transmisión de participaciones sociales que se contenía en el artículo 8.º de los Estatutos por los que se regía la mencionada Socie-

dad, continúa subsistente o ha quedado sin efecto después y como consecuencia de la redacción dada a dicha materia en el artículo 10 de los nuevos Estatutos, transcritos en la escritura de adaptación a la Ley de 17 de julio de 1953.

La Dirección General considera que la subsistencia de la cláusula cuestionada aparece decidida por las siguientes razones:

a) La escritura de adaptación se limitó a poner en congruencia los Estatutos sociales con el régimen de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sin afectar a lo que no se oponía a la misma, y por eso el contenido del artículo 8.º de los Estatutos antiguos, por estimarse estaba en contradicción con aquélla, al exigir el consentimiento escrito de todos los socios para la transmisión de participaciones sociales, fue sustituido por un sistema similar al del artículo de la Ley, cuyo texto viene a reproducir.

b) La excepción establecida a favor de uno de los socios y para un caso concreto, por lo demás justificado, no se encuentra en oposición con dicho artículo 20, por lo que no era necesaria su adaptación, y, de otro lado, al no formar parte del contenido de los Estatutos, sino del contrato social, es fundacional y obliga y sigue obligando a todos los contratantes, mientras no sea formalmente revocada.

c) La cláusula discutida continúa inscrita en el Registro Mercantil, por lo que surtirá todos sus efectos y estará bajo la salvaguardia de los Tribunales mientras no se cancele o se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad (Res. de 15 de diciembre de 1965. *B. O.* de 4 de enero de 1966).

JURISPRUDENCIA

II. SENTENCIAS COMENTADAS

Sobre la inmutabilidad del régimen económico conyugal

(En torno a la sentencia 18 noviembre 1964)

LUIS PUIG FERRIOL (*)

Abogado de Barcelona

I. ANTECEDENTES

Don José R. M. y D.^a Cayetana M. M. contrajeron matrimonio canónico en Granada sin haber otorgado pacto alguno sobre régimen de bienes, y como que tanto el marido como la mujer estaban sujetos al Código civil en el momento de contraerse en matrimonio, el régimen económico del mismo era el de la sociedad legal de gananciales conforme a lo establecido en el art. 1.315 de dicho cuerpo legal.

Ambos cónyuges vivieron separados de hecho durante algunos años y el marido trasladó posteriormente su domicilio a Cataluña, donde hizo manifestación expresa de querer ganar, tanto él como la esposa, la vecindad civil catalana. Una vez verificado el cambio de vecindad civil ambos cónyuges otorgaron con fecha 7 de septiembre de 1949 escritura de capitulaciones matrimoniales en la que declararon acogerse al régimen legal de Cataluña de separación de bienes.

Posteriormente la esposa instó la separación personal y demandó al marido solicitando que se declarara la nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada dieciocho años después de haberse celebrado el matrimonio, y en la cual se habían acogido al régimen matrimonial de separación de bienes, alegando que con su otorgamiento se habían infringido preceptos imperativos y prohibitivos de la ley, como son la disolución de la sociedad de gananciales y el establecimiento del régimen de separación absoluta de bienes en el matrimonio, que no tenía más finalidad que burlar los derechos de la mujer.

El Juzgado de Primera Instancia de Cergal estimó en parte la demanda decretando que los bienes inmuebles adquiridos por el marido constante matrimonio formaban parte de la sociedad de gananciales, y que por tanto debía cancelarse parcialmente la inscripción de dichos bienes en cuanto a su naturaleza de propios del marido y su rectificación en el sentido de que pertenecen a la sociedad de gananciales antes mencionada.

(*) Este trabajo forma parte de una serie de estudios que sobre conflictos legislativos interregionales realiza el autor bajo el patrocinio de la Cátedra "DURÁN Y BAS" de Derecho civil catalán.

La anterior sentencia fue revocada por la Audiencia y contra la de ésta interpuso la parte actora recurso de casación, declarando el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de noviembre de 1964 al resolver el citado recurso que:

“El primero de los motivos del recurso amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, se base en la violación del artículo 1.320 del Código civil, en relación con el artículo 14, párrafo 3.º del artículo 11 y artículo 1.417, todos de dicho cuerpo legal, dirigiéndose a impugnar, como cuestión fundamental del recurso, como lo es del pleito, la declarada validez de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los hoy litigantes, en fecha 6 de septiembre de 1949, por virtud de las cuales optaron, por el régimen económico de separación de bienes, en lugar del de sociedad legal de gananciales, a que venían sometidos desde la celebración de dicho matrimonio, ya que con anterioridad a éste no habían otorgado escritura de esta naturaleza, y ambos contrayentes estaban sometidos a la legislación común, conforme a lo prevenido en el artículo 1.315 de dicho cuerpo legal, basada la escritura impugnada en el hecho de haberse sometido el demandado a la vecindad foral de Cataluña, motivo que plantea la cuestión de la posibilidad legal de alterar el régimen de sociedad de gananciales, que con carácter imperativo había de regir el matrimonio, conforme al citado artículo 1.320 del Código civil, cuyo precepto ha de producir idéntico efecto a quienes no habían otorgado dichas capitulaciones con anterioridad a la celebración del matrimonio, ya que por imperio del artículo 1.315 quedaron sometidos a mentado régimen económico; amparándose la impugnada escritura en la mutación de la ley personal que rigió la celebración del matrimonio, por otra vecindad foral que en su caso otorgare facultad para efectuar la sustitución que con dicha escritura se pretende”.

“Afectando la situación de los cónyuges, en cuanto al régimen de bienes, a una norma de derecho familiar, de carácter prohibitivo, que había de proyectarse durante la vigencia del matrimonio, salvo los casos especialmente previstos por la legislación vigente en el momento de celebrarlo, que originó un derecho adquirido, que si es reconocido por la disposición transitoria 1.ª respecto a los conflictos de leyes intertemporales, con mayor razón ha de entenderse aplicable a los interregionales, por lo que debe entenderse que esta prohibición no puede ser desconocida sin incurrir en fraude legal, por virtud de acto alguno que tienda a liberar a los cónyuges de mentada restricción legal, cual el que aquí se pretende por variar su ley personal, sin que para esta declaración sea óbice el hecho de haber participado ambos litigantes en la impugnada escritura, pues ello iría contra la limitación que establece el artículo 1.255 del Código civil, como contraria al orden público, razones que llevan a acoger el motivo que se examina, casando y anulando la sentencia recurrida, sin que proceda analizar los demás motivos formulados, porque parten implícitamente de la desestimación del anterior, ya que se refieren a supuestos basados en la validez inicial del mencionado contrato.”

Antes de entrar en el estudio de la materia objeto de este comentario,

la mutabilidad o inmutabilidad del régimen económico conyugal ante el cambio de vecindad civil de los esposos, creo conveniente decir antes algunas palabras acerca del carácter jurídico del sistema económico matrimonial, como premisa indispensable para el posterior estudio de sus efectos.

II. CONDICION JURIDICA DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

Lo mismo en el derecho histórico que en el estado actual de nuestra legislación encontramos como una de las características a destacar del Derecho civil español la gran variedad de sistemas de organización económica de la sociedad conyugal, hasta el punto de que casi puede decirse que cada región con un Derecho civil propio regula los intereses pecuniarios que se derivan del matrimonio de una forma distinta a las demás.

No obstante esta diversidad legislativa, se aprecia en seguida un primer punto de coincidencia entre los distintos ordenamientos civiles españoles en la materia referente a los sistemas de organización económica de los cónyuges, y es la gran libertad que todos ellos ofrecen a los contrayentes para regular a su arbitrio el sistema que haya de regir su matrimonio (véanse en este sentido los artículos 1.315 C. c., 46 del Apéndice de Aragón, 42 de la Compilación de Alava y Vizcaya, 7 de la de Cataluña, 3 y 66 de la de Baleares, y este sistema de libertad de pacto es el que adopta también el proyecto de Fuero recopilado de Navarra). Pero como que siempre existe la posibilidad de que los contrayentes nada hayan estipulado en punto a la determinación del régimen de bienes por el que haya de regirse el matrimonio, viene el legislador a llenar este vacío mediante establecer un régimen supletorio, pues se estima peligroso no sólo para los contrayentes, sino también para los terceros, que en tal caso el régimen matrimonial de bienes haya de determinarse por presunciones. Y es en esta fijación del régimen legal supletorio donde más claramente aparece la diversidad legislativa que existe en España, como lo acredita este somero examen de sus distintos ordenamientos civiles:

— Así, en Cataluña (cfr. art. 7) y Baleares (arts. 3 y 16), en defecto de pacto, el matrimonio queda sujeto al régimen de separación de bienes.

— En Aragón el régimen normal de bienes es el de una comunidad restringida a los bienes muebles presentes y futuros, aun los adquiridos por título lucrativo, y todas las adquisiciones onerosas hechas durante el matrimonio (cfr. art. 46).

— La Compilación de Vizcaya establece un sistema de comunidad absoluta de bienes cuando el matrimonio se disuelve con hijos (cfr. art. 43) o de una comunidad limitada a los gananciales cuando se disuelve sin ellos (art. 49).

— El Código civil fija como régimen supletorio normal—que también es el propio de Navarra— el de la comunidad de adquisiciones a título

oneroso durante el matrimonio (art. 1.315), y como sistema supletorio de segundo grado el dotal (art. 1.364).

— Y todavía la jurisprudencia—sentencia 8 febrero 1892 y resoluciones 19 agosto 1914 y 10 noviembre 1926—se pronuncia por la subsistencia del llamado Fuero del Baylio en algunos pueblos de Extremadura, que establece y presume un régimen de comunidad absoluta de bienes entre los cónyuges.

La organización patrimonial de la sociedad conyugal en los ordenamientos civiles españoles se origina, pues, a través del sistema capitular que deja en libertad a los cónyuges para elegir el régimen matrimonial que preferan, y en su defecto cada ordenamiento establece un régimen legal supletorio. Toca ahora examinar cuál sean la condición jurídica del régimen económico matrimonial paccionado o supletorio.

Del examen de los distintos cuerpos legales vigentes en España parece a primera vista que no cabe dar una respuesta única, pues unas veces se trata de la organización económica del matrimonio como si fuera una materia que formara parte del régimen de obligaciones y contratos, mientras que en otros casos se incluye el instituto dentro del derecho de familia. En efecto, el Código civil se ocupa de los efectos patrimoniales del matrimonio en el título 3.º del libro IV que lleva por rúbrica “De las obligaciones y contratos”, lo cual puede llevar a pensar que el legislador estima que la determinación por los cónyuges del régimen de bienes por el que ha de regirse su matrimonio se establece contractualmente y que en defecto de este contrato expreso entra en vigor el sistema legal supletorio que operaría en este caso como un contrato tácito impuesto por la ley. A la misma conclusión parece llevar el Apéndice de Aragón, que al tratar de las estipulaciones sobre bienes concernientes al matrimonio habla de “sociedad conyugal tácita” y “sociedad conyugal paccionada”, como dando a entender que en unos casos se está ante un contrato expreso y en otros frente a un contrato tácito.

Pero ni la colocación de estos artículos ni las expresiones, ciertamente poco precisas, que aparecen en los citados cuerpos legales pueden considerarse suficientes para caracterizar el régimen económico conyugal como un contrato expreso o tácito. Cuando los cónyuges estipulan el sistema por el que haya de regirse su matrimonio pudiera a primera vista pensarse que con esta determinación lo que quieren es dar vida a un contrato; pero ello no es así, porque, como justamente hace notar Lacruz Berdejo (1), “cualquier régimen económico matrimonial, así, supone un instituto con caracteres propios, muy diferente de las formas de asociación nacidas de contrato o de deuda alimenticia ordinaria, o de negocios creadores de obligaciones. En particular, aunque sea contractual, un régimen económico del matrimonio es algo que opera en virtud de la ley y cuyos efectos no podrían producirse por la mera voluntad privada, ni tampoco excluirse de tal modo que aunque los cónyuges pretendieran eliminar todo efecto propiamente “matrimonial” en su régimen, sustitui-

(1) Vide ALBALADEJO-LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Barcelona, 1963. Librería Bosch, pág. 246.

yéndolo, por ejemplo, por una sociedad colectiva, o por una sociedad civil, ello les resultaría imposible: al lado de la sociedad, la obligación de mutuo socorro, la de contribuir a las cargas del matrimonio, la responsabilidad primaria del marido por los gastos domésticos e incluso los de la mujer, etc., operarían bajo un régimen propio constituido no contra, pero sí fuera de la voluntad de los cónyuges”.

Igualmente ha de rechazarse que el sistema supletorio legal suponga un contrato tácito, porque esto supondría que la voluntad de los contrayentes sobre la determinación del régimen matrimonial se ha manifestado tácitamente, y ello no es cierto. Señala Puig Brutau (2) que la voluntad se manifiesta en forma tácita a través de los llamados “actos concluyentes (*facta concludentia*), que son los que permiten inferir sin duda alguna, de manera concluyente, que existe la voluntad de contratación, y en el caso de que los contrayentes nada hayan estipulado sobre el régimen de bienes por el que ha de regirse su matrimonio, no existe ningún acto concluyente que permita suponer su decisión de remitirse al régimen legal supletorio, ya que incluso es posible que lo desconozcan. Más exacto sería quizá hablar aquí de una voluntad presunta de remitirse al sistema legal supletorio; pero como pone de relieve Lacruz Berdejo (3), esta voluntad presunta de voluntad no tiene más que el nombre. Por eso creo que no puede conducir a ningún resultado caracterizar el régimen supletorio legal como un contrato tácito o presunto, pues dicho régimen sigue al matrimonio sin contar para nada con la voluntad presunta o tácita de los contrayentes, y ello por la sencilla razón de que el régimen de bienes no es sino un efecto o derivación del matrimonio, de forma que quien quiera el antecedente—contraer matrimonio—ha de querer necesariamente las consecuencias, o sea, que de una forma u otra se regulen los intereses patrimoniales que se derivan del vínculo matrimonial.

Que esta tesis del efecto legal es la más convincente para explicar la naturaleza jurídica del régimen matrimonial estipulado por los cónyuges o del supletorio que impone la ley es cosa que admiten hoy día los autores pacíficamente (4) y creo que es también el más conforme con el Derecho civil español. La Ley de Bases de 11 mayo 1888, que antecede al Código civil, estableció en su Base 4.^a que “las relaciones jurídicas derivadas del matrimonio en cuanto a la persona y bienes de los cónyuges y de sus descendientes...” se determinarían de conformidad con los principios esenciales en que se funda el estado legal presente del derecho de familia, con lo cual queda claro que en el sentir del legislador toda la materia referente a los efectos patrimoniales del matrimonio formaba parte del derecho de familia, a pesar de que en la Base 25 se hable de “contrato” sobre bienes con ocasión del matrimonio. Y si de esta ya vetusta disposición pasamos a la Ley 21 julio 1960 por la que se aprueba

(2) En *Fundamentos de Derecho civil*. Barcelona, 1954. Bosch, Casa Editorial, tomo II-1.º, pág. 82.

(3) Op. cit., pág. 247.

(4) El problema ha sido ampliamente estudiado por LASALA SAMPER, *El régimen matrimonial de bienes*. Barcelona, 1954, pág. 12.

la Compilación del Derecho civil de Cataluña, veremos cómo también se configura ahora el régimen económico conyugal como un efecto legal del matrimonio, como lo acredita no sólo la colocación del título 3.º, "Del régimen económico conyugal", dentro del libro I, que lleva por rúbrica "De la familia", sino también la expresión que aparece en el artículo 7.º, "el régimen económico *familiar* de los cónyuges...", con lo cual quiere dar a entenderse que toda la materia referente a los efectos patrimoniales del matrimonio forma parte del derecho de familia.

En resumen, pues, cabe decir que en todos los ordenamientos civiles españoles el régimen económico-conyugal forma parte del derecho de familia, y sentada esta afirmación, es posible ya entrar en el examen de la siguiente cuestión.

III. LEY REGULADORA DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

Si se admitiera que el régimen económico conyugal se constituye a través de un contrato expreso o tácito cabría perfectamente entender que los conflictos legislativos referentes a esta materia habian de resolverse de acuerdo con la ley reguladora de las obligaciones contractuales. La determinación de cuál sea esta ley es cosa que no parece haber preocupado al legislador; pero se entendía comúnmente—y así lo ha aceptado el Tribunal Supremo en sentencias 20 marzo 1877 y 19 diciembre 1930—que al amparo de lo establecido en el artículo 1.255 C. c. podían los contratantes escoger libremente la legislación que estimaran más conveniente para regular los efectos de la relación jurídica por ellos creada. Ahora bien, si de acuerdo con lo dicho en el apartado anterior no se admite la tesis del contrato expreso o tácito para configurar la naturaleza jurídica del régimen económico matrimonial, es evidente que no podrán los cónyuges con base en el citado artículo 1.255 C. c. pactar a su arbitrio que los efectos patrimoniales de su matrimonio se rijan por la legislación vigente en cualquier país.

Conforme a la tesis que antes se ha señalado como la más ajustada a nuestros cuerpos legales de que el régimen económico conyugal es un efecto legal del matrimonio, y que, por tanto, forma parte del derecho de familia, la solución se presenta clara. Según el artículo 9 C. c., las leyes relativas a los derechos y deberes de familia obligan a los españoles aunque residan en el extranjero, y, por tanto, será esta misma ley personal la decisiva para resolver los conflictos legislativos interregionales en materia de efectos patrimoniales del matrimonio a tenor de lo establecido en el artículo 14 del citado cuerpo legal y artículo 3.º de la Compilación catalana.

Pero ¿cuál es esta ley personal que regula los efectos del matrimonio? Esta cuestión no la resuelve el citado artículo 9 C. c.; pero como que a tenor del artículo 57 del citado cuerpo legal la familia tiene por cabeza al marido, parece conveniente atenerse a la ley personal del mismo para

determinar cuál sea la ley aplicable a los conflictos internacionales o interregionales en materia de régimen económico de la sociedad conyugal. Esta ley personal del marido será, por tanto, la que determinará dentro de qué límites pueden pactar los contrayentes el régimen económico que ha de regir su matrimonio —y ya se ha visto antes que esta libertad es muy amplia en todos los ordenamientos civiles españoles—, y en defecto de convenio, el matrimonio quedará sujeto al régimen que imponga la ley personal del marido (5), que a partir de la conclusión del matrimonio, es también la de la mujer, ya que ésta sigue la vecindad civil del marido según los artículos 15 y 21 C. c. En el caso de la sentencia objeto de este comentario tanto el marido como la mujer estaban sujetos al Código civil, y como que nada habían convenido acerca de la determinación de su régimen económico conyugal, era evidente que su matrimonio había de quedar sujeto al régimen de la sociedad de gananciales a tenor de lo dispuesto en los artículos 9 y 1.315 del citado Código.

Con el fin de precisar un poco más sobre esta importante cuestión, conviene dilucidar todavía qué ha de entenderse por ley personal del marido, pues por tal cabría entender la que tuviera antes, en el momento o después de contraer matrimonio. Como que en la sociedad actual, la familia tiene su razón en el matrimonio, ha de concluirse que al decir el artículo 9 C. c. que los derechos de familia se rigen por la ley personal del marido, que el citado precepto se refiere a la ley del marido al tiempo de crearse la familia, o sea, a la ley personal del mismo al tiempo de contratarse el matrimonio. Por tanto con respecto al caso de la sentencia que nos ocupa cabe afirmar que el matrimonio hubiera quedado sujeto al régimen de la sociedad de gananciales tanto en el supuesto de que el marido hubiese estado sujeto al Código civil desde su nacimiento, como si posteriormente —pero con anterioridad al matrimonio—, hubiera ganado vecindad civil en lugar donde rige el Código; cfr. sentencia de 10 de diciembre de 1952.

IV. EL REGIMEN MATRIMONIAL DE BIENES Y LOS CAMBIOS DE VECINDAD CIVIL

En el apartado anterior se ha visto cómo según el Derecho español la ley que regula los efectos patrimoniales del matrimonio es la personal del marido al tiempo de contraerlo; ahora bien, el matrimonio supone un vínculo permanente entre los cónyuges, ya que de ordinario sólo se resuelve por la muerte de uno ellos, de manera que puede darse con relativa facilidad un cambio de estatuto personal en el cabeza de familia, que supone también el correspondiente cambio de vecindad civil de la esposa y casi siempre el de los hijos sujetos a la patria potestad (cfr. art. 15 C. c.). Interesa, por tanto, dilucidar si este cambio de re-

(5) Y ello aun en el supuesto de que el matrimonio se contrajera en país extranjero, pues lo dispuesto en el artículo 1.325 C. c. rige únicamente para quienes están sujetos a dicho cuerpo legal. Cfr. LASALA SAMPER, op. cit., pág. 163.

gionalidad lleva consigo el del primitivo régimen económico por el que se gobernaban los cónyuges, problema este de gran interés en nuestros días por las considerables corrientes migratorias que se dan entre las diversas provincias españolas con un ordenamiento civil distinto.

Partiendo de la tesis de que el régimen económico conyugal se origina a través de un contrato expreso o tácito concluido entre los cónyuges, no hay duda de que habría de darse una respuesta negativa, ya que como pone de relieve Castán (6) "sólo las partes contratantes pueden, por mutuo disenso, y siempre que no perjudiquen a tercero, modificar o revocar el contrato celebrado por ellas (caso de mutuo disenso)". Si de acuerdo con esta tesis del contrato expreso o tácito se admitiera que el cambio de vecindad civil de los cónyuges impuesto por el marido producía la modificación del régimen económico matrimonial estaríamos ante un caso de que el cumplimiento de lo pactado dependería exclusivamente de la voluntad del marido —cabeza de la sociedad conyugal— y esto es precisamente lo que en términos absolutos prohíbe el art. 1.256 C. c. al decir que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

Pero rechazada la teoría del contrato expreso o tácito para explicar la naturaleza jurídica del régimen económico conyugal, hay que examinar ahora la solución que cabe dar a este problema partiendo de la tesis antes expuesta de que dicho régimen económico conyugal es una consecuencia o efecto que la ley deriva de la conclusión del matrimonio. Desde este punto de vista procede decir con De Vos (7) que la ley que rige las relaciones mutuas entre los cónyuges no es un estatuto unilateral, sino bilateral, establecido por el propio legislador en el momento del matrimonio, que por consiguiente no puede ser modificado por un acto unilateral del marido, pues aun reconociendo el predominio de éste en la gestión de la sociedad conyugal, es evidente que no podrá modificar por su sola voluntad los efectos legales del matrimonio, ya que éstos efectos se establecen precisamente en interés de la familia, y no en interés exclusivo de uno de sus miembros.

Sabido es que en las escasas y deficientes normas que contiene el Código civil referente a los conflictos legislativos no se establece previsión alguna a este respecto, pero no obstante este vacío entienden unánimemente los autores (8) que el Derecho español acoge la tesis de la inmutabilidad del régimen matrimonial no obstante los cambios de vecindad civil, aduciéndose en pro de la misma la Partida 7.^a, título 9, ley 24, el artículo 13 del Dahir para la ex Zona española de protectorado en Ma-

(6) Vide *Derecho civil español, común y foral*. Madrid, 1954. Instituto Editorial Reus, tomo III, pág. 417.

(7) Vide *Le problème des conflits de lois*. Bruxelles, 1947. Etablissements Emile Bruylant, tomo I, pág. 132.

(8) Cfr., entre otros, TRIAS DE BES, *Derecho Internacional Privado*. Barcelona, 1932, pág. 82; LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*. Madrid, 1933. Editorial Revista de Derecho Privado, página 310; LASALA SAMPER, op. cit., pág. 169, y MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*. Madrid, 1962-63. Ediciones Atlas, tomo II, pág. 293.

rruecos de 1 junio 1914, los arts. 1.090 y 1.320 C. c. y el principio de protección a los derechos adquiridos. La misma dirección ha seguido la jurisprudencia, siendo de destacar aquí la sentencia 29 octubre 1955 la cual establece categóricamente que "... dicho testador y causante de la herencia, no cambió su condición civil ni modificó su estatuto personal de origen, regido por la legislación común, al adquirir la vecindad en territorio foral, en aquellos actos constituidos con anterioridad de los cuales se derivan derechos para otras partes ya reconocidos, que tienen y deben ser respetados y por ello no puede influir en el régimen económico familiar, dado que por el vínculo matrimonial, los cónyuges de modo respectivo obtienen derechos y contraen obligaciones sin serles permitido que uno de ellos varíe el que exista concertado, pues de no ser así, la rectificación originaría, además de un perjuicio, un posible acto de despojo para el otro contrayente" (9), y hoy día puede decirse que la tesis de la inmutabilidad está definitivamente aceptada en Derecho español, como lo acredita el art. 41 de la Compilación de Vizcaya al establecer que "el régimen de bienes en el matrimonio, una vez contraído éste, es inmutable aun en el caso de pérdida o adquisición voluntaria o involuntariamente por parte del marido de la cualidad de vizcaíno infanzón.

V. LA INMUTABILIDAD DEL REGIMEN ECONOMICO CONYUGAL Y LOS CAPITULOS POSTNUPCIALES

En el apartado anterior se ha visto que tanto el legislador español como la jurisprudencia y la doctrina científica admitían resueltamente el principio de la inmutabilidad del régimen económico conyugal a pesar de los cambios de vecindad civil, postura que sin duda alguna ha de estimarse correcta, de suerte que juzgo innecesario insistir más sobre esta cuestión. En el caso de la sentencia 18 noviembre 1964 —objeto de este comentario— las razones antes expuestas que justifican la inmutabi-

(9) En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala 1.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona en sentencia 11 noviembre 1963, según la cual, "no habiendo ambos consortes, don F. L. F. y doña M. C. M., al contraer matrimonio en Barcelona el día 1 de marzo de 1919, adquirido la vecindad en territorio de derecho foral catalán, su régimen matrimonial de bienes estaba sometido a las prescripciones del Código Civil, siendo, por ende, el de la sociedad legal de gananciales, y que habiendo con posterioridad adquirido tal vecindad, que tenía el marido, señor López, a su fallecimiento, ostentaba la condición de catalán con respecto a su régimen sucesorio, sin que sea susceptible de variarse en cuanto al estatuto personal de los interesados en orden a los derechos dimanantes del régimen patrimonial por la adquisición de la vecindad catalana, conforme así lo reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1955, y que por ello y por los propios fundamentos de la sentencia recurrida se estiman procedentes las pretensiones formuladas por la parte demandante, al estimarse probados los presupuestos de hechos indispensables para el reconocimiento de los derechos básicos de las referidas pretensiones, concretamente la del derecho a la mitad del piso de que se trata, como bien ganancial, y a la cuarta marital, en atención a su situación económica, así como proceden las declaraciones solicitadas con respecto a la disolución de la sociedad de gananciales, y que, en su consecuencia, ha de confirmarse la sentencia apelada". (Vide Revista Jurídica de Cataluña, 1964, pág. 522).

alidad carecen de relevancia porque si bien el cambio de vecindad civil se operó también por voluntad del marido que trasladó su residencia a Cataluña, y declaró que tanto él como su esposa adquirirían la vecindad civil catalana, las consecuencias del cambio de vecindad civil no se produjeron sin o contra la voluntad de la esposa, sino con el beneplácito de la misma, que consintió expresamente en modificar el régimen económico conyugal anterior por medio de las capitulaciones matrimoniales otorgadas el día 6 septiembre 1949. A pesar de esta diversidad de supuestos, la sentencia 18 noviembre 1964 sienta también el principio de la inmutabilidad, como ya lo había hecho antes la de 29 octubre 1955, de suerte que conviene examinar ahora las razones esgrimidas por el Tribunal Supremo en el caso que resolvió la sentencia 18 noviembre 1964.

Pero antes de seguir adelante, conviene decir algunas palabras con respecto a la posibilidad de poder otorgar capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio. Sabido es que respecto a este particular el Derecho civil español presenta dos posiciones antagónicas; según los arts. 7 y 9 de la Compilación catalana y art. 58 del Apéndice aragonés cuando el régimen matrimonial de los cónyuges venga determinado por estos ordenamientos jurídicos —o sea, cuando el marido sea catalán o aragonés al contrarse el vínculo según establece el art. 9 C. c.— pueden aquéllos otorgar capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio, lo cual supone evidentemente la posibilidad de poder modificar el régimen convenido en anteriores capitulaciones o el legal supletorio por el que se regía el matrimonio con anterioridad a los capítulos postnupciales. En cambio, según el art. 1.320 C. c. y art. 41 de la Compilación de Vizcaya el régimen de bienes en el matrimonio, una vez contraído éste, no puede modificarse otorgando nuevas capitulaciones, tesis esta que aparece también en el proyecto de Fuero recopilado de Navarra.

Volviendo al caso de la sentencia objeto de este comentario resulta que los cónyuges, sometidos al Código civil al tiempo de contraer matrimonio, no podían modificar posteriormente el régimen de bienes del mismo, y esta prohibición era indiscutible si siempre hubieran estado sujetos al Código en méritos de lo dispuesto en su art. 1.320 —o si hubieran adquirido la vecindad civil posteriormente en territorio donde rige la legislación vizcaína o navarra—. Pero como que adquirieron posteriormente la vecindad civil en lugar donde se admiten los capítulos postnupciales —cfr. arts. 7 y 9 de la Compilación de Cataluña— entendieron que la anterior prohibición había quedado sin efecto por las disposiciones permisivas que contenían su nueva ley personal. El conflicto planteado entre la antigua norma prohibitiva y la nueva permisiva lo resolvió el Tribunal Supremo en favor de la primera, alegando:

1. Que se trataba de proteger un derecho adquirido. Se lee en la sentencia del Tribunal Supremo que si el principio de protección a los derechos adquiridos “es reconocido por la disposición transitoria 1.^a respecto a los conflictos de leyes intertemporales, con mayor razón ha de entenderse aplicable a los interregionales...”. Ciertamente que el principio de protección de los derechos adquiridos es —o habría de ser— uno de

los pilares fundamentales del Derecho interregional español, y el espíritu de la citada disposición transitoria 1.^a cabría invocarlo en el supuesto de que el marido sin o contra la voluntad de la mujer pretendiera modificar el régimen económico conyugal basándose en un cambio de vecindad civil —caso de la repetida sentencia/ 29 octubre 1955—, pero en el supuesto de que tanto el marido como la mujer estén de acuerdo en modificar el antiguo régimen de bienes al amparo de la nueva ley, este principio de protección a los derechos adquiridos queda neutralizado por el apartado 2.^o, art. 4 C. c. al establecer que “los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser ésta renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de tercero”. Claro que de inmediato ocurre preguntar: ¿Es qué la posibilidad de poder hacer nuevas capitulaciones conforme a la ley personal actual es un acto que va contra el orden público o en perjuicio de tercero?

En este apartado voy a tratar únicamente de esta última excepción, o sea, la de si la posibilidad de poder otorgar capitulaciones matrimoniales constante matrimonio conforme a las disposiciones de la ley personal actual puede suponer un acto realizado en perjuicio de terceros. Hablando en términos abstractos no cabe duda de que es posible responder afirmativamente esta pregunta; así, por ejemplo, el marido, como administrador de la sociedad de gananciales, responde a los acreedores tanto con los bienes privativos suyos como con los comunes (cfr. arts. 1.408 y concordantes del C. c.), y la solvencia del marido podría disminuir a su arbitrio mediante pactar constante matrimonio el régimen de separación de bienes, por virtud del cual la mitad de los bienes comunes pasaran a convertirse en propios de la mujer, cuyos bienes privativos no responden de las deudas del marido. O también en el supuesto contrario de unos cónyuges que han vivido en régimen de separación de bienes y que pactan posteriormente un régimen de comunidad absoluta o limitada, pretextando que los bienes comunes no han de responder de las deudas particulares de cada uno de ellos contraídas con anterioridad al sistema de gananciales (arg. art. 1.410 C. c.).

Esto plantea el problema de los efectos que producen estos capítulos otorgados durante el matrimonio en sustitución del régimen legal o convencional por el que hasta entonces se regía. Caben a este respecto dos posiciones, la de estimar que las capitulaciones así otorgadas rigen la vida patrimonial de los cónyuges desde la fecha de su otorgamiento o que surten efectos retroactivos al tiempo de la celebración del matrimonio. Y aquí sí que el principio de protección de los derechos adquiridos impone considerar que las modificaciones del régimen económico conyugal no pueden tener efectos retroactivos en perjuicio de tercero, solución que acoge expresamente el Apéndice de Derecho civil de Aragón —que como se ha visto antes admite expresamente los capítulos postnupciales— al establecer en el ap. 4.^o de su art. 58, que “en todo caso, los derechos adquiridos al amparo de las capitulaciones con anterioridad a un nuevo otorgamiento, quedarán íntegramente a salvo, si los interesados no hacen de ello renuncia expresa, siendo los nuevos pactos ineficaces en cuanto vul-

neren o modifiquen aquellos derechos". Falta una disposición análoga en la Compilación para el supuesto que aquí se examina de que los cónyuges hubieran adquirido la vecindad civil catalana, pero esto no supone una omisión de los compiladores, pues un precepto semejante era innecesario; basta tener en cuenta el art. 77 de la Ley del Registro Civil —cuerpo legal de aplicación general— en el que se establece que las modificaciones del régimen económico de la sociedad conyugal sólo perjudicarán a tercero a partir de la fecha en que al margen de la inscripción de matrimonio se haga constar la modificación, de suerte que siempre quedan a salvo los derechos de quienes contrataron con cualquiera de los cónyuges basándose en un determinado régimen económico matrimonial por no surtir en ningún caso efectos retroactivos la modificación.

En consecuencia, creo puede sentarse como primera conclusión la de que la renuncia hecha por la esposa al sistema de inmutabilidad de su primitivo régimen matrimonial era válida porque la misma no suponía la renuncia de ningún derecho en perjuicio de terceros. Veamos ahora si esta renuncia incidía en la otra excepción que aparece en el apartado 2.º, art. 4 C. c., o sea

2. La excepción de orden público. Para el Tribunal Supremo el hecho de que la modificación del primitivo régimen económico conyugal se hubiera operado por la voluntad concorde de marido y mujer no constituye ningún obstáculo para declarar la ineficacia de las nuevas capitulaciones, "pues ello iría contra la limitación que establece el artículo 1.255 del Código civil, como contraria al orden público..". En este sentido cabría, pues, argumentar que la renuncia hecha por ambos cónyuges al principio de inmutabilidad del régimen económico conyugal es ineficaz, porque a esta renuncia se opone el orden público (cfr. art. 4 C. c.).

En el ámbito de los conflictos legislativos internacionales, la ley extranjera declarada competente queda sin aplicación cuando la misma resulta incompatible con las concepciones morales imperantes en España; pero en el terreno de los conflictos legislativos interregionales esta excepción del orden público carece de toda relevancia, pues de admitirse lo contrario se daría el absurdo de que el Derecho civil español fuera incompatible con los principios morales, sociales o humanos que presiden el ordenamiento civil español. Que la diversidad legislativa imperante en España no puede llevar en ningún caso a que haya de aplicarse la excepción de orden público lo acredita, sobre otros muchos argumentos que podrían citarse, la sentencia 16 octubre 1906 al establecer que el concepto de hijo natural en las leyes romanas vigentes en Navarra no puede considerarse subsistente por ser abiertamente contrario al sentido y espíritu del Derecho canónico, de la legislación común y a las ideas reinantes en las costumbres sociales.

A veces se ha pretendido distinguir entre el llamado orden público interno y el orden público internacional, aduciendo que el primero es el que se desenvuelve en el ámbito del Derecho privado de cada país, y sólo es obligatorio para los ciudadanos del mismo, de suerte que no puede ser derogado por medio de convenciones particulares; pero no impide

que puedan disciplinarse con criterio distinto las relaciones entre extranjeros (10); así se dice que de acuerdo con lo dispuesto en el número 1 del artículo 1.263 C. c. sólo tienen capacidad para contratar quienes, de acuerdo con la legislación española, sean mayores de edad—tener veintiún años cumplidos según el art. 320 C. c.—o hallarse emancipado; pero esta disposición de orden público interno que no puede derogarse por medio de convenciones particulares, no impide que pueda contratar en España o con un español quien tenga, por ejemplo, dieciséis años de edad, si de acuerdo con las disposiciones de la ley personal del contratante a los dieciséis años ya se es mayor de edad (cfr. art. 9 C. c.). Pero de todo cuanto se ha dicho se deduce que este pretendido orden público interno sólo tiene vigencia cuando no existe ningún conflicto legislativo, sino que tan sólo está interesada en la cuestión una sola ley—la que establece imperativamente una determinada prohibición o mandato—, y, por tanto, no cabe invocar el orden público interno en materia de conflictos legislativos interregionales. En rigor, sería más acertado decir que existen unas disposiciones de Derecho interno rigurosamente obligatorias—como la citada del art. 1.263 C. c. que impide puedan prestar válidamente el consentimiento los menores de edad no emancipados—, y que por ser rigurosamente obligatorias siguen a los españoles, aunque pasen a residir en el extranjero (cfr. art. 9 C. c.), todo ello sin perjuicio de que tales disposiciones dejen de ser obligatorias para quien ha perdido la condición de español al haber adquirido una nacionalidad extranjera, pues entonces su capacidad para contratar se regirá por las prescripciones de su nueva ley personal.

Lo dispuesto en el artículo 1.320 C. c.—y también en el art. 41 de la Compilación de Vizcaya—sobre inmutabilidad del régimen económico conyugal después de contraído el matrimonio es una disposición de derecho puramente interno que obliga necesariamente a quienes están sujetos al Código civil o al Derecho civil de Vizcaya dondequiera que se encuentren, y, por tanto, aunque residan en lugar cuya legislación autorice los capítulos *postnupciales*. Pero en el supuesto de que los cónyuges hayan cambiado de regionalidad y su ley personal actual autorice la modificación del régimen económico conyugal, parece evidente que podrán hacer uso de tal derecho, no obstante la prohibición que antes les afectaba, pues a ello no se opone ni el orden público internacional—que en los conflictos legislativos interregionales no tiene relevancia alguna—ni este pretendido orden público interno, que sólo actúa dentro de la órbita de una legislación, pero sin oponerse a las otras.

3. *El fraude a la ley*.—Otra de las razones aducidas por el Tribunal Supremo en pro de la inmutabilidad del régimen económico conyugal fue la de que la prohibición de modificarlo “no puede ser desconocida sin incurrir en fraude legal por virtud de acto alguno que tienda a liberar a los cónyuges de mentada restricción legal, cual el que aquí se pretende por variar su ley personal...”. En resumen, estimaba la sentencia

(10) Cfr. TRIAS DE BES, op. cit., pág. 30, y YANGUAS MESSIA, *Derecho Internacional Privado*. Madrid, 1944. Instituto Editorial Reus, tomo I, pág. 276.

que el hecho de adquirir los cónyuges la vecindad civil catalana y pactar constante matrimonio el régimen de separación de bienes constituye un acto realizado en fraude a la ley, y como tal ineficaz, porque mediante el mismo se ha dejado sin efecto la prohibición establecida en el artículo 1.320 C. c.

El concepto de fraude a la ley ha sido elaborado también por la ciencia del Derecho internacional privado tomando como base la disposición que aparece en el Digesto 1, 2, 29 *in fraudem legis facit, qui, salvis verbis legis, sententiam eius circumvent*. Lo define Niboyet (11) como "el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción en los casos que deja de ser aplicable a una relación jurídica, por haberse acogido los interesados fraudulentamente a otra ley", o sea, que presupone normalmente la mutación de circunstancias personales o territoriales para poder realizar un acto o dejar sin efecto una prohibición establecida por la antigua ley personal. Para los modernos autores la noción de fraude a la ley en Derecho internacional privado ha dejado de ser una excepción autónoma, pues como apunta Miaja de la Muela (12), "en realidad, el fraude a la ley no es otra cosa que un supuesto particular del orden público. Ambos tienen por finalidad el conservar la absoluta imperatividad de ciertas leyes materiales del foro cuando falta, según frase del mismo Niboyet, el mínimo de equivalencia entre las instituciones de diversos países, y ofrecen el peligro común de una aplicación exorbitante por parte de los tribunales". En el apartado anterior se ha demostrado cómo la excepción de orden público internacional no puede invocarse en los conflictos legislativos interregionales, y, por tanto carece también aquí de toda relevancia la excepción de fraude de la ley porque la misma no es sino una faceta del orden público internacional.

Pero junto a la teoría del fraude a la ley en Derecho internacional privado, existe la del fraude a la ley en el Derecho interno, que define De Castro (13) como "el acto cuyo resultado está prohibido por una ley, pero que se ampara en otra dictada con distinta finalidad". En el supuesto que aquí se examina de cambio de vecindad civil para dejar sin efecto la prohibición establecida en el artículo 1.320 C. c. sobre inmutabilidad del régimen económico conyugal no creo que exista fraude a la ley interna, sino que se está ante un supuesto de conflicto o concurrencia de leyes; los cónyuges realizaron un acto permitido por el legislador español, cambiar de vecindad civil, y una vez obtenida la nueva regionalidad, pactaron un nuevo sistema económico conyugal al amparo de las disposiciones de su nueva ley personal. Esta concurrencia de leyes, prohibitiva una y permisiva la otra, debía de haber llevado a declarar la prevalencia de la ley personal actual de los cónyuges—o sea, la que autoriza los capítulos *postnupciales*—, pues la misma no contra-

(11) Citado por TRIAS DE BES, op. cit., pág. 34.

(12) Op. cit., tomo I, pág. 378.

(13) Vide *Derecho civil de España*. Madrid, 1949. Instituto de Estudios Políticos, tomo I, pág. 544.

viene ninguna disposición prohibitiva del Derecho civil español, sino del Derecho civil castellano o también vasco o navarro, y después del cambio de vecindad civil operado por los cónyuges, es evidente que no podían violar las disposiciones de una norma de la cual ya no eran destinatarios (14).

Con todo lo expuesto hasta aquí creo puede sentarse la conclusión de que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo para justificar el principio de la inmutabilidad —protección de los derechos adquiridos, orden público y fraude a la ley— puede ser admitido como definitivo. Pero resta por ver si la solución contraria, o sea, la validez de las capitulaciones otorgadas con arreglo a la Compilación, es o no conforme con la naturaleza jurídica del régimen económico conyugal.

Partiendo de la tesis del contrato expreso o tácito, no cabe duda de que se impone la respuesta afirmativa, ya que es un principio comúnmente admitido que las partes contratantes pueden, por mutuo acuerdo, modificar o revocar el contrato celebrado por ellas, pues la excepción que a este principio se señala de que con ello no pueden perjudicar a tercero, queda a salvo en el ordenamiento jurídico español al declarar el artículo 77 de la Ley del Registro civil que la modificación del régimen económico conyugal no surte efectos retroactivos en perjuicio de terceros. Y si se estima que en Derecho civil español el régimen económico conyugal —ya sea el pactado por los contrayentes o el subsidiario impuesto por la ley— es un efecto legal del matrimonio, la respuesta es también la misma: aunque constante matrimonio se modifique el régimen de bienes, en ningún momento habrá existido matrimonio sin régimen conyugal, pues aunque los cónyuges en el supuesto de la sentencia objeto de este comentario hubieran pactado en las capitulaciones matrimoniales que a partir de su otorgamiento había de entenderse disuelta la sociedad de gananciales sin establecer para lo sucesivo otro régimen económico conyugal, hubiera entrado inexorablemente en funciones el sistema supletorio legal, que en este caso entiendo hubiera sido el de separación de bienes que establece el artículo 7 de la Compilación por ser el marido catalán al tiempo del otorgamiento. Por otra parte, abona esta solución el hecho que este régimen de bienes sería el más conforme con la presunta voluntad de los cónyuges, quienes al derogar el anterior sistema sin reemplazarlo expresamente por otro, debían tener presente el régimen matrimonial imperante en el lugar de su nuevo domicilio.

Al hablar antes —*supra* apartado IV— del régimen matrimonial de bienes y los cambios de vecindad civil, ya se ha hecho notar que la mayoría de las legislaciones sientan el principio de la inmutabilidad del régimen económico conyugal, no obstante el cambio de estatuto personal; pero esta regla está pensada para el caso de que el matrimonio adquiera una nueva nacionalidad —o regionalidad— por la sola voluntad del ma-

(14) Otra cosa es que se pretendiera que el cambio de vecindad civil no fue efectivo, sino simulado. Pero éste es un problema completamente distinto que, en su caso, habrá de ser tratado de acuerdo con las reglas de la simulación, pero que en nada afecta a las conclusiones desarrolladas en el texto.

rido, quien comunica la nueva vecindad o nacionalidad a la esposa, sin o contra la voluntad de la misma. Para los supuestos en que, como consecuencia del cambio de estatuto personal, ambos cónyuges quieran pactar un nuevo sistema matrimonial de acuerdo con las prescripciones de su nueva ley ya no rige el principio de inmutabilidad establecido por la antigua ley personal de los cónyuges, como lo acredita, entre otros, el artículo 20 de la ley federal suiza de 1891 al establecer que los cónyuges, en caso de cambio de domicilio, pueden someterse, en esta materia, al derecho del nuevo domicilio, aun por lo que respecta a las relaciones jurídicas recíprocas, mediante manifestación conjunta ante la oficina competente y aprobación judicial; el artículo 15 de la Ley de introducción al Código civil alemán, según el cual en Alemania los cónyuges extranjeros pueden celebrar, durante su matrimonio, capitulaciones, aun cuando ello está prohibido por la ley nacional del marido en la fecha del casamiento; el artículo 14, apartado 2.º de la Ley polaca de 2 agosto 1926 al sancionar que la ley del Estado del que dependieren los esposos en el momento dado es la que decide si pueden, en el curso del matrimonio, bien hacer capitulaciones, bien revocar o modificar las hechas anteriormente; y finalmente, el artículo 4.º de la Convención de La Haya de 17 julio 1905 —no ratificada por España— según el cual “la Ley nacional de los cónyuges decidirán si pueden o no hacer capitulaciones durante el curso del matrimonio o anularlas o modificarlas. Tal cambio en el régimen de bienes si llega a hacerse, no tendrá efectos retroactivos en perjuicio de terceros”, aclarando el artículo 9.º de la misma que “si los cónyuges han adquirido durante el matrimonio una nueva nacionalidad común, su nueva ley nacional será la aplicable en los casos contemplados por los artículos 1, 4, y 5”. Y con referencia al Derecho español no estará de más aludir al proyecto de reforma del Título preliminar del Código civil elaborado en el año 1962, cuyo artículo 9 establece que el cambio de nacionalidad no altera el régimen económico matrimonial, *sin perjuicio del que puedan convenir los cónyuges conforme a la nueva ley nacional común*. Creo que con este precedente ya no hay base alguna para sostener que los cónyuges castellanos, vizcaínos o navarros que hayan ganado vecindad civil en lugar donde se permitan las capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio no pueden modificar el régimen matrimonial anterior porque ello constituye, nada menos, que un atentado al orden público y un acto de fraude a la ley, a menos que se admita que el legislador y los organismos jurisdiccionales tienen un concepto distinto tanto del orden público como del fraude a la ley. Porque si fuera verdad la aseveración que se contiene en la sentencia 18 noviembre 1964, ¿hubiera llegado a figurar la posibilidad de modificar las capitulaciones matrimoniales conforme a la nueva ley personal común en un proyecto de ley?

Y para terminar, creo puede resultar interesante presentar un caso inverso al contemplado en la sentencia objeto de este comentario. Unos catalanes contraen matrimonio sin haber otorgado capitulaciones matrimoniales, y por tanto el régimen económico conyugal de los mismos es el de separación de bienes según el art. 7.º de la Compilación. Si después el

referido matrimonio adquiere la vecindad civil en lugar donde rige el Código o la Compilación de Vizcaya el régimen de separación de bienes continuará vigente en el matrimonio, pero creo que los cónyuges continuarán ostentando el derecho adquirido al amparo del Derecho civil de Cataluña de poder modificar constante matrimonio su primitivo régimen económico conyugal, a pesar de que con arreglo a la nueva ley personal común esto se halle prohibido, pues así lo impone el principio de protección a los derechos adquiridos que sanciona la disposición transitoria 1.^a del Código. Pero también me parece evidente que estos cónyuges ahora castellanos o vizcaínos podrán renunciar válidamente al derecho que antes tenían de modificar el régimen de separación de bienes, pues se trata de un derecho adquirido perfectamente renunciabile—y en tal caso sin posible perjuicio para terceros—, ya que esta renuncia ni va contra el orden público español ni constituye ningún fraude a la ley española, la cual tan válidos estima los sistemas que permiten los capítulos postnupciales como los que los autorizan.

II. SENTENCIAS

A cargo de Alberto BERCOVITZ, José T. BERNAL-QUIROS, Juan J. BERNAL-QUIROS, Gabriel GARCIA CANTERO, Julio GARRIDO, Antonio IPIENS, Rafael IZQUIERDO, Fernando MARTIN PEREZ, José M. PEÑA, José PERE RALUY y Ricardo RUIZ SERRA-MALERA, con la dirección de Manuel PEÑA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. NEGOCIO FIDUCIARIO: *El desenvolvimiento y expansión incontenible de las actividades humanas ha traído consigo, en el campo del Derecho, la creación de nuevas figuras jurídicas, por insuficiencia de la casuística legal, las cuales, en cuanto se dirijan a la consecución de un fin no previsto por los ordenamientos legales, son válidas si no se realizan en fraude de la ley, y se hallan encuadradas genéricamente en los amplios esquemas de ésta, siendo una de ellas el negocio fiduciario, relación compleja constituida por dos fases perfectamente diferenciadas, una, de transmisión plena, y la otra, de relación obligacional, que limita los efectos de la anterior “y de cuya total relación es causa la garantía—en que conciertan su voluntad quienes pactan—del débito del fiduciante”.*

PRESUNCIONES: *Las reglas a que se refiere el artículo 1.253 C. c. son las de la lógica, dirigidas a buscar la verdad en el entendimiento mediante un proceso subjetivo que, por estar encomendado al juzgador de instancia, no puede ser modificado por mera disparidad de criterio, sino sólo cuando la conclusión inducida de hechos demostrados sea absurda, inverosímil o ilógica.*

ACTO DE CONCILIACIÓN: VALOR VINCULANTE DE LO SOLICITADO: *No es posible conceder virtualidad de acto propio renunciante de acciones, a lo que sólo tiene una finalidad procesal susceptible de rectificación o modificación basada en una concepción diferente o en un conocimiento posterior de lo realmente acontecido, y por ello, no vincula al que intenta la conciliación, a cuyo acto no asistieron los demandados, lo que en ella solicita, en el sentido de impedirle ejercitar otras acciones nacidas de los hechos cuya realidad no altera. [S. 20 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

2. NEGOCIO FIDUCIARIO: PACTO DE “FIDUCIA CUM CREDITORE”: CONCEPTO: *Este punto es un contrato por virtud del cual una persona llamada “fiduciante” transmite la plena propiedad de una cosa a otra, denominada “fiduciario”, en garantía del pago de una deuda, y con la diligencia, por parte del último, de devolverla a su antiguo dueño, una vez que se haya cumplido la obligación asegurada (“pactum fiduciae”).*

PACTO DE "FIDUCIA CUM CREDITORE": NATURALEZA JURÍDICA: *La jurisprudencia lo configura como un negocio válido, real y existente, que no constituye, por tanto, simulación, sino una convención compleja, integrada por dos negocios o contratos complementarios, interdependientes o yuxtapuestos, que con unidad intencional aspiran a la consecución de un fin jurídico de aseguramiento o garantía.* [S. 14 de marzo de 1964; no ha lugar.]

3. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: SIMULACIÓN ABSOLUTA: *Se declara la simulación absoluta de un contrato de enajenación, para poner ciertos bienes del vendedor fuera del campo de acción de sus acreedores, de modo que ni aun las partes contratantes lo tuvieron por efectivo en ningún momento, sin operarse la tradición real de las fincas vendidas, suscribiéndose contradecларaciones por los interesados, por lo que procede declarar su nulidad absoluta, sin que obste la intervención notarial, pues ello significaría que todo contrato simulado era inatacable sin más que otorgarle por escritura pública, lo cual es absurdo.*

RECURSO DE CASACIÓN: FINES: REQUISITOS: *El recurso de casación por infracción de ley, persigue una triple finalidad, pues en el orden social es garantía suprema de la recta y uniforme aplicación de la ley, en el aspecto privado un remedio último que se concede a las partes cuyos derechos sean lesionados, y en el terreno procesal, la posibilidad de dejar sin efecto una sentencia a cuyo pronunciamiento se ha llegado a través de infracciones de la ley, cuya entidad imponga la necesidad de dictar un nuevo fallo. La finalidad procesal es de tal importancia que es doctrina reiterada la necesidad de una acertada formalización del recurso que se dirija contra los pronunciamientos del fallo o contra los considerandos que sean premisa directa o indirecta de aquél, con prohibición de cuestiones nuevas, o que por su carácter inocuo sean intrascendentes, así como la falta de estimación en el evento de que una vez casada la sentencia hubiera de llegarse a idéntica resolución por razones distintas.* [S. 30 de junio de 1965; no ha lugar.]

En el primer considerando se dice por un lapsus que el recurso de casación permite en el aspecto procesal "eliminar y dejar sin efecto una sentencia firme".

4. CARGA DE LA PRUEBA: CAUSA: *Quien contrae libre y voluntariamente una obligación, tiene que cumplirla, a menos que pruebe plenamente que la causa de la misma no existe o es contraria a Derecho.* [S. 25 de mayo de 1965; ha lugar.]

5. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA: SENTENCIA DE MAGISTRATURA DE TRABAJO: *No es eficaz en casación como documento auténtico el mismo que por el Tribunal de instancia ha sido objeto de examen, ponderación y valoración, como ocurre en este caso con la certificación de una sentencia de la Magistratura de Trabajo, absolutoria del patrono por entender que en la ocasión de autos el conductor del camión obraba por su propia*

cuenta y en su exclusivo beneficio, sin relación alguna de dependencia con aquél, habiendo llegado el Tribunal a quo en el pleito civil seguido a instancias de la víctima a conclusiones diferentes, al contrastar tal elemento probatorio con otros.

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *No lo hay por el hecho de que el Tribunal a quo, al fijar cuantitativamente los daños que debe indemnizar el demandado, no haya detraído la suma que el demandante percibió de su compañía aseguradora, porque cuando se acciona en juicio ejercitando un derecho para obtener el resarcimiento de los daños causados y se obtiene sentencia reconociendo tal derecho y concretando su cuantía, no cabe en términos generales que se produzca un enriquecimiento torticero. [S. 27 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

6. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA TERRITORIAL: RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY O POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *Son las cuestiones por razón de la materia, cuantía o grado jurisdiccional las que son susceptibles del recurso de casación por infracción de ley (1.692, 6.º, L. E. C.), mientras que los supuestos de incompetencia territorial constituyen quebrantamiento de forma, atacable al amparo del mismo ordinal del 1.693. En el primer caso se trata de un problema de jurisdicción, en el segundo, de competencia.*

RECURSO DE CASACIÓN AL AMPARO DEL 1.962, 6.º, L. E. C.: *Procederá el recurso de casación por infracción de ley, cuando el Juez o Tribunal que ostente jurisdicción por razón de la materia, de la cuantía o de la jerarquía que le está asignada, deja de conocer un asunto o, sin tal facultad, avoque a sí el conocimiento del que no le corresponda.*

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS: *La "condictio sine causa" prescinde en absoluto del elemento "culpa", para atender solamente al hecho de enriquecerse "sin causa", o sea, al desplazamiento de un patrimonio a otro, normalmente por consecuencia de un hecho jurídico lícito, lo que revela que la acción de restitución por enriquecimiento torticero tiene sustantividad propia frente a la indemnización de daños y perjuicios.*

DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y LA ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS: *La primera puede surgir por el solo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con jerarquía o de buena fe, y supone siempre en el autor del hecho un incremento de patrimonio que no es indispensable en el supuesto de la acción Aquiliana. [S. 9 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

7. COSA JUZGADA: *Hay cosa juzgada material cuando las partes son las mismas, aunque sustentado posiciones antagónicas, y las excepciones que entonces se opusieron son ahora fundamento de la acción ejercitada.*

ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA: *La facultad concedida por el artículo 1.279 Código civil descansa en el supuesto de que el contrato reúna los requisitos*

que para su existencia y validez exige el artículo 1.261, toda vez que la elevación a escritura pública tiene por finalidad la ejecución de un contrato válido y eficaz. [S. 25 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

8. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: *La interpretación del contenido clausular de los contratos es privativa del Tribunal de instancia, y debe respetarse mientras resulte lógico el texto interpretado, según doctrina reiterada de esta Sala.* [S. 18 de abril de 1965; no ha lugar.]

9. INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: *La interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es, en principio, facultad privativa de los tribunales de instancia, y su criterio ha de aceptarse en casación, aunque cupiere alguna duda sobre su absoluta exactitud, mientras no se evidencie que tal interpretación no es racional.*

RECURSO DE CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA (HECHOS): ALUSIONES: *La casación contrae su alcance a inquirir si el tribunal a quo aplicó bien la ley a lo cuestionado, por lo que no es posible en ella tener en cuenta problemas o cuestiones que no se plantearon en el pleito, y como la posición de las partes en el proceso civil se fija y centra en los periodos de alegación y discusión del pleito, deben reputarse cuestiones nuevas las que en dicho periodo no se plantearon con la debida claridad, no confundible con simples alusiones.*

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No cabe aislar unos elementos fácticos y de prueba para darles un valor distinto del que les atribuye el tribunal a quo teniendo en cuenta otros hechos obrantes en el pleito y el conjunto de la prueba practicada.* [S. 24 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

NOTA: La cuestión nueva a que alude esta sentencia consiste en que en las instancias se había discutido sobre la resolución o no de un convenio por incumplimiento de la condición resolutoria pactada. Una vez resuelto que tal condición se había cumplido, en casación se pretende demostrar que dicha condición se había pactado *con eficacia limitada a un plazo de tiempo*, y que su cumplimiento había tenido lugar después de haber transcurrido ya dicho plazo.

10. EXISTENCIA DE CONTRATO: CUESTIÓN NUEVA: *Al haberse solicitado en el pleito la nulidad del contrato discutido por vicios del consentimiento, el fundar en el recurso de casación esa petición en inexistencia de objeto o de causa constituye cuestión nueva, inadmisibile en esta fase del procedimiento por imperativo del artículo 1.729, número 5.º, L. E. C.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No cabe apreciar error de hecho en base a documento que, o no gozan de autenticidad a los efectos de casación (como son la certificación del acto de conciliación y una resolución de la Jefatura de Minas, ya que esta última se limita a patentizar una decisión meramente administrativa sin trascendencia en el orden civil), o no acreditan por sí mismos, y sin necesidad de acudir a deducciones o indagaciones, un*

antagonismo evidente entre lo expresado en ellos y lo afirmado por la sentencia que se impugna.

PRUEBA: ERROR DE DERECHO: CONFESIÓN: *No cabe apreciar error de derecho en la apreciación de la prueba, pues ni el artículo 1.231, p.º 2.º, C. c. contiene regla alguna de valoración de prueba, ni el resultado de la confesión y demás medios de prueba a que se refiere el recurrente, pueden independizarse de las restantes pruebas practicadas, valoradas en su conjunto por el tribunal a quo.*

PRESUNCIONES: *El carácter supletorio de las presunciones en nuestro Derecho impide fundamentar el recurso de casación en la falta de aplicación del artículo 1.253 C. c. cuando el juzgador no apoyó su fallo en dicha prueba, sino en otras directas de las comprendidas en el artículo 1.215 C. c.*

No puede censurarse en casación la infracción del artículo 1.253 C. c. por el alcance del número 7.º del artículo 1.692 L. E. C.

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Son vicios que privan de eficacia a los motivos del recurso que en ellos inciden: no citar con claridad y precisión cuál sea el p.º del artículo 1.281 C. c. que se estima vulnerado; no expresar con la separación debida, sino de forma global, los actos coetáneos y posteriores de los contratantes que se dicen opuestos a la apreciación del tribunal a quo; y pretender, en definitiva, combatir por el cauce del número 1.º del artículo 1.392 L. E. C. la valoración de la prueba realizada por el juzgador. [S. 25 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

11. **CONFESIÓN JUDICIAL:** *“Según la jurisprudencia que interpreta los artículos 1.232 C. c. y 578 LEC, la fuerza probatoria de la confesión judicial no es superior a la de los demás elementos de prueba, y debe apreciarse por el Tribunal en combinación con las otras pruebas, y no con independencia”. [S. 30 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

12. **TESTIGOS:** *Es doctrina reiterada de esta Sala que, dado el carácter admonitivo del artículo 1.248 del C. c., nunca puede servir de fundamento en el recurso, pues no teniendo carácter imperativo, sino facultativo, el uso que se haga de tal facultad no puede constituir infracción legal. [S. 17 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

13. **PRESUNCIONES:** *El artículo 1.253 del C. c. sólo permite impugnar la presunción establecida por la Sala de instancia cuando falte el enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el deducido. [S. 22 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

14. **APODERAMIENTO: NATURALEZA JURÍDICA:** *No es necesaria una expresa aceptación formal del apoderamiento, pues si bien es evidente que por el apoderado ha de ser conocida y recibida la representación que le ha sido conferida,*

necesaria proyección para que la declaración de voluntad produzca el efecto a que se dirige, ese conocimiento y recepción lo demuestra la propia actuación del representante. [S. 6 de abril de 1964; ha lugar.]

15. PODER: NATURALEZA JURÍDICA DE LA REVOCACIÓN: *La revocación del poder es una declaración de voluntad unilateral recepticia que no produce efecto si no se comunica al apoderado.*

VICIOS DEL APODERAMIENTO EN RELACIÓN CON TERCEROS DE BUENA FE: *Los vicios del negocio jurídico de apoderamiento no pueden afectar a la persona que contrató con el apoderado, si no los conocía.* [S. 14 de julio de 1965; no ha lugar.]

16. PLAZO DE CADUCIDAD: ACTO DE CONCILIACIÓN: *El acto de conciliación se ha estimado por la jurisprudencia como iniciación del litigio.*

SOCIEDAD ANÓNIMA: RESPONSABILIDAD CIVIL ADMINISTRADORES: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: *El cómputo del plazo de caducidad establecido por el párrafo 3.º del artículo 80 de la L. S. A. (tres meses contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad) no debe hacerse conforme a las normas genéricas del artículo 7.º, párrafo 1.º del Código Civil, sino conforme a las específicas del artículo 60 del C. Co., es decir, los meses, según están designados en el calendario gregoriano.* [S. 26 de mayo de 1965; no ha lugar.]

El acuerdo contrario a qué fuese la misma sociedad la que ejercitarse la acción de responsabilidad contra los administradores se adoptó en Junta General Extraordinaria celebrada el 27 de octubre y la demanda se presentó el 26 de enero siguiente. Computado el plazo conforme al artículo 7.º, párrafo 1.º, del C. C., los noventa días hubieran vencido el día anterior que era hábil y, por tanto, la acción hubiese caducado. No obstante, el T. S. en el Considerando extractado agrega con correcta doctrina: "...la acción ejercitada en el proceso de que dimana este recurso no había caducado al entablarse la demanda, lo que, unido a que el acto de conciliación se ha estimado por la Jurisprudencia de esta Sala, en supuestos análogos al ahora examinado, como verdadera iniciación del litigio (Sentencias de 30 de abril de 1940 y 5 de julio de 1957), y a que el escrito a que alude el artículo 465 de la Ley Procesal, necesariamente tuvo que ser anterior al de demanda, hace parecer el motivo en su totalidad."

II. Derechos reales.

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA: TÍTULO DE DOMINIO: *Si bien para el éxito de la acción es preciso demostrar la propiedad del bien reclamado, ésta puede fundarse tanto en un título justificativo del dominio como en la posesión continuada durante el plazo señalado por la Ley para la prescripción adquisitiva, pues al no fijar normas para justificarla el artículo 348 C. C., ha de*

estarse en general a las reglas del Derecho, sin que sea necesaria la presentación de un título escrito, porque el término técnico "título de dominio" no equivale a documento preconstituido, sino a justificación domínical.

ACCIÓN REIVINDICATORIA: TÍTULO DE DOMINIO: RECURSO DE CASACIÓN: *Es reiterada doctrina jurisprudencial, que corresponde a los Tribunales de instancia, determinar si es o no suficiente el título presentado para probar el dominio, y que al tratarse de una cuestión de hecho sólo puede impugnarse por la vía del número 7.º del artículo 1.692 L. E. C.*

RECURSO DE CASACIÓN: *Es reiterada doctrina jurisprudencial que la falta de reclamación previa en la vía gubernativa constituye una omisión de carácter procesal, y aunque la excepción sea indebidamente desestimada, tal cuestión queda al margen de un recurso de casación por infracción de Ley, en el que en principio y salvo casos de denuncia de vicios in procedendo específicamente previstos en el artículo 1.692, sólo cabe plantear problemas de Derecho material. [S. 7 de marzo de 1964; no ha lugar.]*

Según se indica en el Considerando 3.º, "lo que el Tribunal de instancia estima plenamente probado es el dominio ganado por prescripción extraordinaria de más de treinta años, conforme a lo establecido en el artículo 1.959 del Código Civil, por los vecinos con casa o terrenos labrantíos de la Parroquia de T., que formaban una comunidad de tipo germánico, como dueños exclusivos y en común del aludido monte".

2. **PROPIEDAD HORIZONTAL: PERSONALIDAD DE LOS COPROPIETARIOS EN INTERDICTO DE OBRA NUEVA:** *Tienen personalidad por sí para ejercitar el interdicto los copropietarios cuyas propiedades individuales, además de las partes comunes del edificio, se ven afectadas por las obras que realiza otro copropietario, ya que ejercitan un derecho que les es propio, y lo verifican también en nombre propio en cuanto a sus pisos o apartamentos, sin que pueda entenderse que en tal caso debía de ser la comunidad representada por su presidente la que actuase, lo cual sólo ocurriría de resultar afectados exclusivamente los elementos comunes. [S. 27 de septiembre de 1965; no ha lugar.]*

3. **USUFRUCTO: INVENTARIO:** *La sentencia que condena al usufructuario demandado a la práctica del inventario de los bienes que integran el caudal relicto de la fallecida madre de la actora y cónyuge que fue del demandado se limita a condenar al cumplimiento de una obligación legalmente establecida en el artículo 491 C. c.*

INCONGRUENCIA: *No se da por la mera adición de alguna modalidad que tiende a la más fácil efectividad de la sentencia, y si tal modalidad está establecida por la Ley, no habrá incongruencia, sino respeto a una previsión establecida con carácter forzoso.*

SENTENCIA QUE OTORGA MÁS DE LO PEDIDO: GASTOS DEL INVENTARIO: *Si la sentencia condena a que el inventario se haga a costa del demandado, sin haber sido solicitado en la demanda y sin fundamentarlo en los considerandos, de existir vicio de incongruencia, éste consistiría en haber otorgado el fallo más de lo pedido y su denuncia sería procedente por el cauce del artículo 1.692, número 3.º, L. E. C. [S. 29 de mayo de 1965; no ha lugar.]*

Aunque la demanda se había presentado por uno solo de los coherederos, la sentencia condenó al usufructuario a formar inventario con citación de todos los coherederos, incluso de aquellos que no habían sido parte en el pleito. Denunciada la incongruencia, el T. S. declara que el artículo 491-1.º C. C. "impone cuando la propiedad se integre en una herencia indivisa, que sean citadas para su práctica todos los coherederos, aun cuando uno solo haya sido el que instó en el juicio el cumplimiento de aquella obligación".

4. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: *Dicho principio, consagrado entre otros en los artículos 38, párrafo 1.º, y 97 L. H., establece una presunción de exactitud a favor de la existencia, titularidad y extensión de los derechos reales inscritos que, por admitir prueba en contrario según indican los artículos 1.º, párrafo 3.º de dicha Ley, y 1.251 C. C., permiten la demostración ante los Tribunales de que el contenido de los asientos del Registro no se ajusta a la realidad jurídica. [S. 4 de junio de 1965; no ha lugar.]*

5. ACCIÓN CONTRADICTORIA DEL DOMINIO: ARTÍCULO 38, LEY HIPOTECARIA: *No es aplicable el párrafo 2.º de dicho artículo si lo que se ejercita no es una acción contradictoria del dominio y si meramente una acción de naturaleza personal tendente a que se reconozca que un piso adquirido por el demandado e inscrito a su nombre forma parte del acervo patrimonial de la comunidad societaria constituida por ambos litigantes. [S. 22 de septiembre de 1965; no ha lugar.]*

6. PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL: DOBLE INMATRICULACIÓN: *Declarada en la sentencia la falta de identidad o realidad física del terreno que integra la descripción de la finca inscrita a nombre del recurrente, no puede proteger a éste el artículo 34 L. H., y además, ostentando el reivindicante recurrido idéntica situación por haber adquirido la finca que reivindica de quien la tenía inscrita, habiendo a su vez inscrito, se trataría en todo caso de la existencia de dos inscripciones contradictorias e incompatibles entre sí, correspondiendo a los Tribunales decidir cuál es la que debe prevalecer con arreglo a los principios de Derecho Común.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA: IDENTIDAD DE LA FINCA: *La facultad de apreciar la identidad de los bienes que se reivindican corresponde al Tribunal de instancia como cuestión de hecho.*

NULIDAD: ARTÍCULO 33, L. H.: *Un acto o contrato viciado de nulidad radical por inexistencia no puede convalidarse ni ser generador de derechos por él.*

mero hecho de su acceso al Registro de la Propiedad, ya que conforme al artículo 33 L. H. la inscripción no convalida los actos o contratos nulos con arreglo a las leyes y, por tanto, no nace de él justo título para prescribir.

RECURSO DE CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *La interpretación de los contratos compete a la soberanía del Tribunal de instancia y debe ser respetada en casación mientras no resulte desorbitada o manifiestamente ilógica, aun cuando ofrezca alguna duda su absoluta exactitud.*

RECURSO DE CASACIÓN: INCONGRUENCIA: *Es inadmisibile y admitido desestimable el motivo de casación que al amparo del número 3.º del artículo 1.692 L. E. C. denuncia incongruencia de la sentencia, omitiendo la cita del precepto infringido que es el artículo 359 L. E. C. [S. 31 de marzo de 1964; no ha lugar.]*

III. Obligaciones.

1. RESOLUCIÓN: ARTÍCULO 1.124 C. C.: SUBSISTENCIA DEL CONTRATO: *El artículo 1.124 está inspirado en el principio de la subsistencia del vínculo contractual, como lo demuestra el párrafo tercero al disponer que el Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo, en armonía con la facultad que tienen los Tribunales de moderar las responsabilidades dimanentes de una obligación (artículos 1.103 y 1.154 C. C.).*

RESOLUCIÓN POR VOLUNTAD DEL ACREEDOR: NO NECESIDAD DE PEDIRLA JUDICIALMENTE: *El C. C. español, separándose del francés e italiano, en los que se dice que la resolución ha de ser pedida judicialmente, permite que la facultad del acreedor de resolver en caso de incumplimiento se ejercite en la vía judicial o fuera de ella, si bien en este caso, al ser impugnada por la otra parte, quedará la resolución sometida al examen y sanción de los Tribunales, quienes habrán de declarar en definitiva si la resolución estuvo bien hecha o, por el contrario, no se ajustó a Derecho.*

RESOLUCIÓN: CUANDO PROCEDE: *La resolución sólo debe acordarse cuando se demuestre una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido o cuando exista un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento. [S. 25 de marzo de 1964; no ha lugar.]*

2. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: *Habiéndose acreditado que ni el vendedor entregó al comprador alguna de las parcelas enajenadas ni éste satisfizo a aquél la mayor parte del precio convenido, es evidente la improcedencia de la acción resolutoria ejercitada por los herederos del primero al amparo del artículo 1.124 C. C., al carecer de legitimación activa conforme a jurisprudencia reiterada el contratante que dejó de hacer frente a sus compromisos, quedando al arbitrio del juzgador la apreciación de tales vulneraciones contractuales.*

No puede apreciarse voluntad deliberadamente rebelde de incumplimiento por parte del comprador respecto al cual no consta se le hiciera el requerimiento prevenido en el artículo 1.504 C. C.

COMPRAVENTA: MENOR CABIDA: *La prescripción establecida en el artículo 1.472 C. C. es perfectamente compatible con el artículo 1.124, aun cuando prive al comprador de reclamar la disminución proporcional en el precio o la anulación del convenio conforme al párrafo 2.º del artículo 1.471, pero sin que la misma purifique la conducta del otro litigante respecto a las transgresiones que haya cometido ni provoque el renacimiento a su favor del derecho de ejercitar la acción resolutoria del artículo 1.124. [S. 1 de julio de 1964; no ha lugar.]*

3. OBLIGACIÓN SOLIDARIA: PRESUNCIÓN DE MANCOMUNIDAD: *Siendo totalmente diferentes y hasta antagónicos los conceptos de solidaridad y mancomunidad en la responsabilidad del pago de una obligación y teniendo en cuenta que la primera no se presume y precisa expresa declaración de su concurrencia, que no contiene la resolución impugnada, es evidente que al establecer ésta la obligación mancomunada o solidaria de los recurrentes en el pago de la deuda infringe por violación de los artículos 1.137 y 1.138 C. C., ya que aun que así lo solicitó la demanda usando la conjunción disyuntiva "o", ello es una petición alternativa, y la sentencia sólo podía conceder lo que en Derecho procedía, o sea, la mancomunidad. [S. 25 de noviembre de 1965; ha lugar.]*

4. NOVACIÓN EXTINTIVA: NO SE PRESUME: *La novación no se presume nunca y debe constar en forma expresa. [S. 3 de enero de 1964; ha lugar.]*

5. COMPRAVENTA: LESIÓN "ULTRA DIMIDIUM" EN CATALUÑA: *Basta con que se dé la lesión en más de la mitad del justo precio, sin que se refiriera la concurrencia de otras circunstancias o elementos subjetivos para que haya lugar a la rescisión.*

LESIÓN "ULTRA DIMIDIUM": TRANSACCIÓN: *Las transacciones no pueden rescindirse por lesión, puesto que son objeto de cosa dudosa entre las partes. [S. 23 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

§. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: COMPRAVENTA ORDINARIA Y NO ACCESO A LA PROPIEDAD: *Afirmado por la Sala que el contrato celebrado es una simple compraventa sin que en el mismo se cumpliesen los requisitos establecidos por la Ley para el ejercicio del derecho de acceso a la propiedad por parte de los arrendatarios, debe mantenerse tal interpretación al no demostrarse la equivocación manifiesta del juzgador de instancia.*

MOTIVO: *Debe distinguirse entre la naturaleza jurídica de lo estipulado y el móvil que dio origen a la celebración del contrato, y que fue una transacción entre las contrapuestas pretensiones de los litigantes, pues mientras*

los arrendatarios pretendían ejercitar el derecho de acceso, el vendedor se propuso llegar a la venta por procedimiento amistoso, fijando un precio superior, estipulando el pago en forma aplazada y facultando para extender el contrato a nombre de los hijos del arrendatario.

ERROR EN EL CONSENTIMIENTO: CUALIDAD DE CULTIVADOR DIRECTO: *Constituye el error una cuestión de hecho, cuya declaración incumbe al Tribunal a quo, sólo combatible por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 L. E. C., y al basarse en la falta del carácter de cultivador directo de los compradores, circunstancia que no se declara en la sentencia, no es posible sostenerlo con apoyo en el número 1.º del referido artículo. [S. 29 de mayo de 1965; no ha lugar.]*

Se trataba de la venta de fincas rústicas otorgada por el arrendador a los arrendatarios, cuyo cumplimiento exigen éstos, oponiéndose el vendedor por entender que se trataba del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad y cuyos requisitos no se habían cumplido; también se invocaba la nulidad por error, ya que los compradores no tenían la cualidad de cultivadores directos. Teóricamente se concibe que el obligado al ejercicio de un derecho de adquisición haga una oferta de venta al titular del mismo; el supuesto puede tener utilidad práctica en el caso del derecho de retracto legal que no va precedido del tanteo. Pero la coincidencia de sujetos no significa que en todo supuesto de enajenación se está en presencia de un derecho de adquisición ejercitado. En el presente caso se resuelve acertadamente que la venta intervenida sólo tuvo su móvil en el derecho de acceso, pero que no constituyó su realización. El análisis de los hechos nos parece acertado (G. G. C.).

7. COMPRAVENTA: RIESGOS: *El ordenamiento jurídico español no sigue en la compraventa, y como regla general, la teoría germánica de los riesgos—res perit venditori—, sino la romana—res perit emptori—, según se deduce del artículo 1.452, párrafo 2.º, C. C., cuando se trata de cosas compradas sin consideración a su peso, número o medida, y del propio artículo 1.095, que atribuye al acreedor—aquí el comprador—los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, es decir, desde la perfección del contrato consensual, ya que es lógico que las utilidades se compensen con los riesgos.*

FORMA ESCRITA: *El C. C. adopta en los artículos 1.254, 1.258, 1.261 y 1.278 el principio espiritualista de libertad de forma en la contratación que introdujo la Ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá, de conformidad con las tradiciones nacionales, exigiendo sólo forma especial para ciertos contratos, sin afectar a la validez, según preceptúa el artículo 1.279, no modificado, sino completado por el 1.280. [S. 6 de octubre de 1965; no ha lugar.]*

Incidentalmente, el Considerando 4.º dice que la modalidad de compraventa de naranja más corriente en la región valenciana —“compraventa a ojo

en la que el precio se fija en una cantidad global alzada y se paga al domingo siguiente a la perfección del contrato, corriendo los riesgos que pueda sufrir la cosa comprada a cargo del comprador"—, mejor que costumbre, calificativo que utilizan la demanda y las sentencias del Juzgado y de la A. T., se debería denominar circunstancia. Es de señalar que ambas sentencias estimaron la demanda, obligando al comprador a pagar el precio, aunque un pedrisco arrasó el huerto, fundándose en el convenio meramente verbal llevado a cabo en la forma dicha y estableciendo que el mismo era obligatorio no sólo por lo preceptuado en el artículo 6.º C. C., "sino como una de las condiciones naturales del negocio jurídico, y reconocida por el artículo 1.258 de aquel Código". Interpuesto recurso de casación por el comprador demandado, denunciando la interpretación errónea de los artículos 6.º, párrafo 2.º, 5.º y 1.280, último párrafo, del C. C., el T. S. lo desestima sentando la doctrina que ha quedado extractada (R. J.).

8. COMPRAVENTA; ART. 1.502 C. C.: *El 1.502 exige para poder suspender el pago del precio, que la perturbación posesoria o dominical sea real y cierta, ocasionada por una de las dos acciones que taxativamente se mencionan, o que medie un temor fundado y no puramente hipotético de que ello llegue a suceder, siendo imposible su aplicación cuando las causas perturbadoras en acto o en potencia eran conocidas por el comprador en el momento de la venta.*

CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA: *Una cláusula resolutoria de este tenor: por falta de pago del precio aplazado tendrá el vendedor derecho a resolver el contrato, no significa sino repetir la facultad que concede el 1.124 C. c., debiendo acudir, por tanto, a la interpretación que de este artículo hace la jurisprudencia, para discutir si es o no procedente la resolución.*

ARTÍCULO 1.124 C. C.: *El que pide la resolución tiene que haber cumplido sus obligaciones referentes al objeto principal del contrato, sin que sea obstáculo a la resolución pretendida el que no cumpliera alguna obligación accesoria o complementaria no elevada por voluntad de las partes a presupuesto esencial (en el supuesto de la sentencia: cancelación de una hipoteca). [S. 8 de mayo de 1965; ha lugar.]*

9. COMPRAVENTA DE INMUEBLES; RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO; OFRECIMIENTO EXTEMPORÁNEO DE PAGO: *Son ineficaces, tanto el ofrecimiento de pago del primer plazo del precio hecho por los compradores después de ser requeridos notarialmente de resolución y una vez ya iniciado el procedimiento judicial, como el requerimiento que se hace en tiempo oportuno, pero sin ir acompañado de la entrega del dinero.*

LEGITIMACIÓN PARA INSTAR LA RESOLUCIÓN: *Está legitimado para instar la resolución por incumplimiento el vendedor al que pertenecía la propiedad del inmueble vendido por justo título constante en documento privado, que puso a los compradores en posesión de la cosa desde el momento del contrato, sin que éstos hayan sido inquietados en ella, y que confirmó tal dominio ele-*

vando a escritura pública el contrato privado e inscribiendo la finca en el Registro.

ARRENDAMIENTO OTORGADO POR EL COMPRADOR: RESOLUCIÓN: *Si el contrato de arrendamiento otorgado por el comprador que incumple el pago se supedita en su validez y eficacia al resultado de la posible petición de resolución de la venta, ello demuestra el conocimiento de tal reclamación por el arrendatario y su sumisión al resultado de la misma, por lo que la resolución fue bien demandada por el vendedor y es acertada la sentencia que condena a ella.* [S. 18 de junio de 1965; no ha lugar.]

Ofrece interés la doctrina relativa a la extinción del arrendamiento otorgado por el comprador cuando la venta se resuelve por falta de pago. El vendedor acumula acciones, la de resolución de la venta y la de resolución del arrendamiento otorgado por el comprador, y que tenía por objeto un local de negocio. Se trata de una causa de resolución que no figura en el artículo 11 LAU, si bien ofrece alguna analogía con la contemplada por el número 12 de dicho precepto en el caso de arrendamiento otorgado por el usufructuario. El T. S. parece basar la confirmación de la sentencia en este punto en el hecho de que arrendador y arrendatario previnieron la eventualidad del ejercicio de la acción resolutoria por el vendedor, y condicionaron la validez del contrato a tal evento: pero, ¿no implica ello una renuncia al derecho de prórroga, inválida según el artículo 6.º, 3, de la LAU?

(G. G. .C.)

10. COMPRAVENTA: CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO: ACCIÓN DE SANEAMIENTO POR DEFECTOS OCULTOS: *Resultan inaplicables los artículos 1.484, 1.485 y 1.490 C. c., reguladores de las acciones redhibitoria y quanti minoris, cuando la demanda no se dirige a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos, sino las derivadas del cumplimiento defectuoso de la obligación relativa a la instalación o montaje de la cosa vendida, cuestión distinta y compatible con la contemplada en aquellas normas.*

CONGRUENCIA: *El artículo 359 L. E. C. no obliga al Tribunal a recoger íntegramente los fundamentos de derecho aducidos por el demandado en el caso de que se le condene de acuerdo con la demanda.* [S. 23 de junio de 1965; no ha lugar.]

Se trata del contrato de suministro e instalación de dos generadores para un salto de agua, cuyos cigüeñales se rompen al cabo de funcionar 75 y 88 días, respectivamente, teniendo su causa en el defecto de montaje, según dictamen pericial.

11. RETRACTO DE COMUNEROS: CONDICIÓN DE EXTRAÑO: *La tiene la persona que dice haber comprado tres cuartas partes indivisas de una finca, pero no realizó el otorgamiento de escritura pública de compra ni subsiguiente ins-*

cripción en el Registro de Propiedad, siguiendo, por tanto, inscrita la finca totalmente a nombre del vendedor.

LEGITIMACIÓN PARA SU EJERCICIO: *Cabe el retracto ejercitado por el comprador de la cuarta parte indivisa restante que inscribió su dominio en el Registro de la Propiedad, frente al "anterior" comprador de las otras tres cuartas partes que formalizó la escritura de compra e inscripción en el Registro con posterioridad a la verificada por el comprador de la cuarta parte antes reseñada.*

PRECIO FALSO: *Es reiterada la jurisprudencia que declara que el precio que sirve de base al ejercicio del retracto es el que figura en el contrato en que la acción ejercitada se sustenta por ser el conocido por el retrayente, y si bien es cierto que no repugna al artículo 1.521 del Código Civil la posibilidad de que se pacte otro superior en documento separado que prevalezca sobre el consignado en la escritura, tal criterio sólo debe mantenerse cuando exista una prueba cumplida y completa, y no se justifique que se realizó para burlar o hacer gravoso el derecho del posible subrogado. [S. 21 de abril de 1965; ha lugar.]*

12. RETRACTO TRONCAL EN VIZCAYA: REQUISITOS: CONDICIÓN DE AFORADO: *Los derechos y obligaciones que impone el Fuero de Vizcaya son peculiares de los vizcainos aforados, sin que quienes no gocen de él, por estar sometidos a la legislación común, puedan conseguir el reconocimiento de derechos fundándose en una institución foral.*

El Fuero de Vizcaya concede el derecho de "seca" sólo a los vizcainos aforados. A la misma interpretación se llega a través de la redacción del artículo 10 del C. c., que al "dejar sometidos" sólo se refiere a obligaciones a cumplir, pero no a derechos a ejercitar.

No cabe que ejercite el retracto quien se encuentra sometido a la legislación común, y por propia voluntad se ha despegado del tronco familiar que las leyes del Fuero tienden a conservar.

PRUEBA DE LA CONDICIÓN DE AFORADO: *No tiene eficacia probatoria los documentos o certificaciones presentados en trámite de conclusiones en los que se hace constar la residencia en Tierra Llana. [S. 6 de marzo de 1965; no ha lugar.]*

13. CONTRATO DE OBRA: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: *La Sala calificó el contrato como arrendamiento de obra, porque al tener por objeto la implantación, en las oficinas administrativas de la entidad actora, de un sistema moderno de racionalización del trabajo, se entendió por los contratantes, no al trabajo como tal, sino a su resultado, contrato que declara resuelto por haberle incumplido la parte arrendadora.*

PRESUNCIONES: *Dado el carácter supletorio que en el orden de las pruebas está asignado a las presunciones, no debe acudir a ellas cuando el hecho*

debatido tiene demostración eficaz por los demás medios de prueba. [S. 23. de noviembre de 1965; no ha lugar.]

14. CONTRATO DE MEDIACIÓN: NOTA DISTINTIVA: *Lo característico del contrato de mediación, es que el mediador se limite a poner en relación a los futuros contratantes, sin participar en él personalmente, ni como representante de una de las partes, ni como simple mandatario o comisionista suyo.*

RETRIBUCIÓN DEL MEDIADOR: CUÁNDO PUEDE EXIGIRSE: *La actividad del mediador, que es lo que se trata de retribuir, culmina en la mera perfección de los contratos, y ello determina su potencial derecho a la comisión, aunque ésta no pueda exigirse sino desde la consumación de aquéllos.*

INTERESES MORATORIOS: MOMENTO DESDE QUE SE DEBEN: *La condena al pago de intereses no pactados, en caso de mora, requiere el carácter líquido de la deuda, circunstancia que no concurre cuando se reclaman cantidades por comisiones, pues se hace previo la fijación de lo debido analizando el por menor de las operaciones. [S. 21 de octubre de 1964; ha lugar en parte.]*

15. CONTRATO DE RESERVA DE HOSPEDAJE: PRECIO SUPERIOR AL TASADO: *El contrato de reserva de hospedaje concertado entre dos industriales para que uno de ellos aloje huéspedes en el establecimiento de otro, no se contempla por el Decreto de 25 de junio de 1957 del Ministerio de Información y Turismo, que regula las reclamaciones en caso de precios abusivos.*

NULIDAD DEL ARTÍCULO 4.º C. C.: *El apartado 1.º del artículo 4.º se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser interpretado con criterio rígido, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales, que pueden ser meramente accidentales, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad, sobre todo en aquellos casos en que existe una legislación especial o se trata de materia compleja que no puede quedar resuelta por la nula y aislada aplicación de este artículo. Por regla general, sólo puede accederse a la nulidad en alguno de estos casos: 1.º) que exista precepto específico que imponga la nulidad per se del acto o contrato, 2.º) que se trate de un acto constitutivo de un estado o condición para cuya eficacia exija la ley determinados requisitos y falte alguno esencial, y 3.º) cuando implique un fraude a la ley, atente a la moral o supongan daño o peligro para el orden público.*

RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: *La facultad de resolver las obligaciones contraídas solamente puede ejercitarla el perjudicado, pero no quien dejó de cumplir lo estipulado. [S. 2 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

Parece frecuente el contrato que la sentencia denomina de "reserva de hospedaje" por virtud del cual una empresa turística adquiere el derecho de disponer de la totalidad o parte de las plazas de un hotel dentro de un pe-

riodo determinado de tiempo; la Agencia de Viajes se asegura así un número fijo de plazas, mientras que el hotel tiene la garantía de su plena o parcial ocupación: si de hecho las plazas no se ocupan suele estipularse que sólo se abone una cantidad en concepto de reserva; cabe la anulación de las reservas con cierta anticipación. En el caso resuelto, procedente de la Audiencia de Las Palmas, pareció que había fracasado la campaña de invierno de la Agencia, sin que se anulara a tiempo la reserva de habitaciones. La entidad demandada pretendió la nulidad del contrato por haberse estipulado un precio superior a los autorizados por el Ministerio. La sentencia declara inaplicable al caso el Decreto de 25 de junio de 1957 y rechaza la petición de nulidad del contrato por la mera aplicación del artículo 4.º C. c., sentando la recta interpretación de este precepto, que no debe constituir un medio cómodo de resolver cualquier anomalía de que adolezca el negocio. Por otra parte, el referido Decreto parece inspirado en el deseo de proteger al cliente individual que suele contratar en condiciones de inferioridad con las empresas hoteleras, mientras que tal situación de desequilibrio no parece darse cuando se relacionan entre sí una Agencia de Viajes y un Hotel (G. G. C.).

16. COMPROMISO: ACEPTACIÓN DIFERIDA Y CONDICIONADA DE LOS ÁRBITROS: INEFICACIA: *Si los árbitros manifiestan su propósito de dilatar la resolución de la controversia hasta que se falle el proceso instado para la validez o nulidad del compromiso, ello no puede considerarse como aceptación, pues los árbitros no pueden alterar el plazo ni condicionar su actuación a otra cosa que a la voluntad de los que les obligaran, quedando por ello ineficaz el compromiso y faltando el presupuesto para la viabilidad de la excepción dilatoria.*

ERROR DE HECHO: COTEJO CON DOCUMENTO QUE NO FIGURA EN EL APUNTAMIENTO: *Para que el cotejo con el documento citado como auténtico, del que deriva el error de hecho, pueda hacerse es preciso que obre en los autos, lo que no es posible si no figura en el apuntamiento, omisión imputable a negligencia de las partes. [S. 27 de octubre de 1965; ha lugar.]*

17. ARBITRAJE DE EQUIDAD: INTERPRETACIÓN: *Si lo sometido a los árbitros era la liquidación de cuentas entre las entidades discordantes, fijando el saldo existente y estableciendo adjudicaciones hasta dar por terminadas sus relaciones comerciales, no incurre en el motivo de casación segundo del número 3.º del artículo 1.691 L. E. C. (resolver puntos no sometidos a la decisión), el laudo que adjudica créditos y cantidades a percibir y no sólo inmuebles, como entiende el recurrente, dispone que quede en depósito determinada cantidad y ordena que otra sólo sea entregada para ulterior destino a los árbitros que resuelven, ya que lo primero, conforme a la S. de 26 de mayo de 1922 es secuela obligada de toda liquidación de sociedad; lo segundo, una medida para su efectividad y pago del saldo, y lo tercero se limita a puntualizar y reforzar la misión de los árbitros.*

ARBITRAJE DE EQUIDAD: CASACIÓN: *No incurre en el motivo apuntado, el laudo que deja de resolver una de las cuestiones que le fueron propuestas, lo cual es precisamente lo contrario de lo que dicho motivo sanciona.* [S. 26 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

18. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO: PRESCRIPCIÓN: *Teniendo esta responsabilidad indudable origen y carácter legal, a tenor de lo dispuesto en el apartado quinto del artículo 1.903 C. c., le será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior, y, consiguientemente, el plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 1.968, 2.º C. c.* [S. 3 de julio de 1965; ha lugar.]

NOTA: Es interesante esta Sentencia, pues decide el debatido problema de si la responsabilidad del Notario autorizante tiene carácter contractual o extracontractual, problema de indudable trascendencia a efectos de prescripción. Si se estima que estamos ante responsabilidad contractual, el plazo de prescripción sería de 15 años (1.964 C. c.). El T. S. entiende que la responsabilidad del Notario tiene origen y carácter legal y es exigible en virtud del 1.902, con el plazo de prescripción especial que fija el número 2.º del 1.968.

Para llegar a esa conclusión parte del carácter de funcionario público que tiene el Notario (artículo 1.º Ley Orgánica del Notariado). Al ser funcionario público le es aplicable el párrafo V del 1.903 C. c., en relación con el 1.902. O sea, que la responsabilidad es extracontractual.

(J. M. P.)

19. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: SENTENCIA PENAL ANTERIOR: *El hecho de haber existido fallo penal absolutorio no obstaculiza el que por el cauce civil se determine la posibilidad de una culpabilidad de este género a la que corresponde la consiguiente indemnización reparadora del daño causado, sin que en modo alguno la apreciación que de los mismos hechos hiciese el Tribunal de lo Criminal pueda vincular al de lo Civil, no teniendo las sentencias de aquél valor de cosa juzgada a los efectos civiles.*

INCONGRUENCIA: *No incurrió en ella la sentencia que condena a la compañía aseguradora del causante del daño sólo de manera subsidiaria, en tanto que en la demanda se pedía fuese condenada en forma solidaria con aquél, ya que esta variación en nada altera la petición del demandante dirigida a obtener la indemnización del importe total de los daños causados, ni afecta a su efectividad para el caso de que el primero no estuviese en condiciones de realizar el pago.* [S. 20 de marzo de 1965; no ha lugar.]

IV. Arrendamiento de cosas.

1. LOCAL DE NEGOCIO: VIVIENDA ACCESORIA QUE DEJA DE USARSE: *El motivo para intentar la aplicación de la causa 6.ª del artículo 114 L. A. U. (transformación de la vivienda en local de negocio) en base a que en el local, que antes de este contrato era de negocio, vivía el arrendatario, y ahora no lo hace el recurrente, es inoperante, pues hecho el arrendamiento como de local de nego-*

cio, si, según el artículo 5.º, párrafo 1.º L. A. U., el que viva el arrendatario no le priva de tal carácter, pues la vivienda es accesoria, el que esa vivienda deje de usarse no entraña cambio de destino, si se dedica al negocio, se puede decir que el contrato es más pleno, está más atemperado a lo convenido, no requiere la aclaración del artículo 5.º

OBRAS DE ADAPTACIÓN: APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA: *Declarado probado por la Sala que las obras que se confiesan realizadas lo son de adaptación del local al uso pactado, por su realización al comienzo del contrato, y por su índole, necesarias para el desenvolvimiento del negocio, la calificación de las mismas hecha por la Sala no puede atacarse por una interpretación parcial de la prueba que no debe prosperar sobre el más ponderado criterio del Tribunal.* [S. 22 de septiembre de 1965.]

2. **VENTA POR EL INQUILINO RETRAYENTE DEL PISO ANTES DE LOS DOS AÑOS DE LA ADQUISICIÓN:** *El propietario (antiguo inquilino que adquirió el piso por ejercicio del derecho de retracto), que lo vende en documento privado y percibe parte del precio, transfiere el dominio que sobre el mismo ostentaba, aunque haya aplazado su entrega para después de dos años de la fecha de la adquisición, e incide en la sanción de resolución que establece el artículo 51 de la LAU.* [S. 29 de marzo de 1965; no ha lugar.]

3. **TANTEO: NOTIFICACIÓN AL ARRENDATARIO MEDIANTE CARTA CERTIFICADA: CARENANCIA DE FE ADMINISTRATIVA:** *No se tiene por bien hecha ni, por tanto, cumplida la diligencia exigida en el artículo 47 de la LAU, cuando el notario, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 202 del Reglamento Notarial, remite por correo certificado la carta que le fue entregada por el vendedor a los efectos de que el inquilino tuviese conocimiento de la venta, sin acreditar seguidamente el recibo de ella por aquél o, en su defecto, por alguna de las personas a quienes la Ley señala, especificándolas con su nombre y circunstancias, ya que no queda cubierto el auto de recepción en la fe administrativa.* [S. 20 de octubre de 1965; ha lugar.]

OBSERVACIÓN: *El notario había hecho constar en el acta correspondiente: "Recibido en esta Notaría el acuse de recibo a que se refiere la presente diligencia". El T. S. da lugar al recurso y, en consecuencia, al ejercicio del retracto por el inquilino.*

4. **TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: PERFECCIÓN DEL CONTRATO EN CASO DE TANTEO:** *El arrendatario, al notificar al propietario su propósito de traspasar y el precio convenido, lleva en sí una proposición u oferta, y por su parte el arrendador, al ejercitar el derecho de tanteo y participarlo al arrendatario, acepta aquella proposición. Por eso no es una contraoferta, sino una fase ejecutiva del negocio, el requerimiento hecho por el arrendador señalando el momento de entrega del local. Igualmente, no hay ningún contrato preliminar —cuando el arrendador ejercite su derecho—, sino el definitivo de traspaso de local de negocio.* [S. 30 de enero de 1965; ha lugar.]

5. **RETRACTO ARRENDATICIO: CALIFICACIÓN FINCA:** *El calificar una finca como rústica o urbana no es una cuestión de hecho, sino jurídica, cuyo planteamiento ha de hacerse por la vía de la causa tercera.*

FINCA RÚSTICA: CASERÍO VASCO: *Para determinar la finalidad primordial del arriendo, al objeto de calificarlo como rústico o urbano, hay que acudir a la interpretación del contrato. Hay que concluir que se trataba de un arrendamiento rústico en cuanto por su destino el caserío vasco está formado por tierras labrantías, dedicadas a cultivos hortícolas, prados y árboles frutales, con un edificio con establo-pajar, henil y gallinero, alejado de la ciudad, típico signo de explotación agrícola. [S. 27 de marzo de 1965; no ha lugar.]*

6. **RETRACTO ARRENDATICIO URBANO: COMPRA DE UN PISO POR LA MUJER SIN LICENCIA MARITAL Y ACCIÓN DE ANULACIÓN POSTERIOR POR EL MARIDO:** *Cabe el derecho de retracto ejercitado por el inquilino, aunque con posterioridad se declare por el Tribunal la nulidad de la compra.*

DERECHO A RETRAER: MOMENTO DE NACER: *Se toma como base la situación existente al tiempo en que el derecho fue ejercitado. Y en ese momento el negocio jurídico era eficaz, ya que la falta de licencia marital no es un defecto que determine la inexistencia o nulidad radical del contrato, sino sólo causa de posible anulación por el marido o sus herederos.*

PISOS AGRUPADOS: *El retracto procede también cuando se vende un piso-agrupado a otro. [S. 27 de enero de 1965; ha lugar.]*

7. **RETRACTO: VENTA NO TRASLATIVA DEL DOMINIO:** *La notificación hecha al arrendatario del negocio jurídico realizado, muestra la ineficacia formal del mismo declarada por las propias partes contratantes. En efecto: a) es propietario del piso una comunidad hereditaria y no se presta el consentimiento por todos los comuneros; b) aparece como vendedor un extraño a la comunidad, que sólo representa a uno de los condueños; c) todos los comparecientes aceptan y ratifican la declaración del notario autorizante de que queda subordinada la eficacia de la escritura a la ratificación de los interesados. En consecuencia, no cabe el ejercicio del retracto por el arrendatario. [S. 1 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

8. **RETRACTO: INTERRUPCIÓN PLAZO DE CADUCIDAD:** *La interposición del acto de conciliación con consignación del precio implica el ejercicio del derecho de retracto y si se ha efectuado en tiempo hábil interrumpe el plazo de prescripción de la acción, sin perjuicio de que estos efectos queden subordinados a lo establecido en el artículo 479 de la L. E. C., o sea, promover el juicio dentro del plazo de dos meses.*

CADUCIDAD: *Actúa con independencia de los sujetos afectados por ella, a diferencia de la prescripción que depende de su invocación por parte del*

sujeto de derecho a quien le corresponde. [S. 30 de octubre de 1965; ha lugar.]

9. EL PAGO DE LA RENTA NO IMPLICA RECONOCIMIENTO DEL QUE PAGA COMO SUCESOR EN EL ARRENDAMIENTO: *El pago de los recibos de renta a nombre del titular por el continuador en la ocupación del local a la muerte del arrendatario no implica en si reconocimiento por parte del arrendador de la sustitución subjetiva en la relación arrendaticia y por ende renovación del vinculo.* [S. 29 de septiembre de 1965; no ha lugar.]

10. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: LEGADO: *Los derechos y obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento de local de negocio son intransmisibles, por lo que no forman parte de la herencia del arrendatario, constituyendo la facultad de continuar el arrendamiento un derecho propio del heredero según el artículo 60 LAU, de tal forma que si se legan estaremos ante un legado de derecho ajeno con respecto al testador y propio de sus herederos gravados con el legado, los cuales herederos, para hacer entrega del mismo al legatario con eficacia frente al arrendador habian de contar con el consentimiento de éste o, en su defecto, cumplir los requisitos del traspaso.*

SUCESIÓN EN EL ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: CARÁCTER EXCEPCIONAL DEL ARTÍCULO 60 L. A. U.: *El artículo 60 L. A. U., por su carácter excepcional, ha de interpretarse restrictivamente, a fin de no extender su aplicación a personas ni circunstancias distintas de las que están clara e inequívocamente comprendidas en sus términos.* [S. 2 de junio de 1965; no ha lugar.]

NOTA: Queremos llamar la atención sobre la doctrina de esta Sentencia, si bien aclaramos que no constituye la razón de desestimar el recurso, pues para ello parte de que no hay legado, sino institución modal, siendo indispensable para el cumplimiento del modo el traspaso, que al no haberse verificado con los requisitos legales es causa de resolución.

Interesa destacar las siguientes afirmaciones:

1.^a Que el derecho de arrendamiento de un local de negocio no forma parte de la herencia.

2.^a Que, por tanto, no puede legarse, y si se lega hay un legado de cosa ajena, cuyo cumplimiento exige cumplir los requisitos del traspaso.

No estamos de acuerdo con esta doctrina. Creemos que el derecho de arrendamiento de un local si forma parte de la herencia y el testador puede disponer "mortis causa" del mismo a favor de quien quiera por vía de sustitución o de legado.

El régimen de transmisión "mortis causa" del derecho del arrendatario es totalmente diferente en viviendas y locales de negocio. En las primeras si puede decirse que el derecho de arrendamiento no forma parte de la herencia; hay una atribución directa del derecho a subrogarse en el arrendamiento a determinadas personas; nada puede hacer el testador para alterar ese orden.

Tratándose de locales de negocio, el régimen es diferente. Es evidente que puede el testador nombrar heredero a quien quiera, y el nombrado le sustituirá en el arrendamiento. La Sentencia dice que no puede legarse el derecho de arrendamiento. Pero ¿por qué?

El legislador, al regular la transmisión "inter vivos" o "mortis causa" del

derecho de arrendamiento está ponderando exclusivamente los intereses del arrendador, por una parte, y del arrendatario, por otra. En nada afecta a esa ponderación el que la atribución al llamado del derecho de arrendamiento se haga por vía de institución o por vía de legado. Al arrendador le es indiferente que el llamado a ocupar el lugar del arrendatario sea heredero o legatario. No es lógico, por tanto, concluir, como hace la Sentencia, que no puede ser objeto de legado el derecho de arrendamiento.

El derecho de arrendamiento de locales plantea otros muchos problemas en el momento de la muerte del titular, cuando, como sucede frecuentemente, el contrato se hizo constante matrimonio. Quizá el más interesante sea el de la naturaleza privativa o ganancial y, consiguientemente, si antes de la partición hay que proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, considerando como ganancial el derecho de arrendamiento. O si, siguiendo la tesis de la Sentencia que nos ocupa, hay que considerar el derecho de arrendamiento como no formando parte de la herencia (ni de la masa ganancial, por tanto) y atribuido directamente por la Ley a los herederos. Aquí no podemos hacer más que apuntar los problemas. Creemos, sin embargo, que, tratándose de locales, el derecho de arrendamiento debe seguir idéntico tratamiento que los demás derechos. Por tanto, si es ganancial, quedará pendiente de la liquidación de la sociedad de gananciales. (J. M. P.)

11. CIERRE DEL LOCAL: *Su utilización eventual o para el ejercicio de actividades puramente accesorias o residuarias que no constituyan actividad industrial, comercial o de enseñanza con fin lucrativo propiamente dicha no obsta a la existencia del cierre en sentido legal, y, por el contrario, el cierre no se da cuando el uso para negociar continúa, aunque sólo sea en parte del local arrendado y en proporciones mínimas.* [S. 11 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

12. CIERRE DEL LOCAL: CAUSAS JUSTAS: *La Ley defa al arbitrio del Tribunal la estimación de las circunstancias justificativas que demuestran, según la doctrina reiterada del T. S., que el desempleo del local no es revelador de una falta voluntaria de dedicación o de necesidad del mismo, sino que, por el contrario, pueden ser una causa ajena a la voluntad del arrendatario, a quien, por tanto, no le es imputable.* [S. 10 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

13. CIERRE DEL LOCAL: PRUEBA: *No se puede invertir la carga de la prueba pretendiendo que los hechos impeditivos en que el arrendatario funda su excepción o defensa, relativa a la justa causa del cierre, fueran demostrados por la parte adversa, con evidente infracción de lo dispuesto en el artículo 1.214 del C. c.* [S. 10 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

14. CIERRE DEL LOCAL: PRUEBA: OCUPACIÓN Y APERTURA: *La existencia de varios documentos que acrediten el pago de arbitrios, impuestos, patentes, agua, electricidad, teléfono, etc., ni aisladamente, ni en conjunto, dicen por sí y sin necesidad de razonamientos, ni deducciones, que está abierto al público un local, al efecto para el que fue arrendado, además de que hay que tener en cuenta que la ocupación no implica la apertura.* [S. 10 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

15. CIERRE DE LOCAL: *El negocio de compraventa de ropas usadas no es de tal naturaleza que las operaciones mercantiles a que se contrae no puedan llevarse a cabo, en la sede establecida al efecto, de una manera normal y en constante comunicación con el público, como en todas las demás tiendas.* [S. 9 de diciembre de 1965; no ha lugar.]

16. CIERRE DE LOCAL: *El espíritu y la letra del párrafo 3.º del artículo 62 de la L. A. U. comprende tanto el cierre del negocio abierto como el del local de negocio que al no llegar a abrirse permanece cerrado.*

OBRAS DE INSTALACIÓN: *La realización de las obras precisas para la instalación en un local de la industria para cuyo establecimiento fue arrendado, no requiere autorización especial del arrendador, pues ella va implícita en el contrato.* [S. 4 de diciembre de 1965; ha lugar.]

17. CORPORACIONES ECLESIASTICAS: PRIVILEGIOS DE LA IGLESIA: JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DE OCUPACIÓN: *La excepción del principio general que impone la obligación de justificar la necesidad, que el artículo 76 contiene, debe ser interpretada restrictivamente a fin de que el privilegio que establece sólo alcance a la Iglesia Católica en sentido estricto, no a las entidades o corporaciones de Derecho eclesiástico que tienen personalidad jurídica propia y patrimonio autónomo.* [S. 7 de diciembre de 1965; no ha lugar.]

18. EXPRESIÓN DE LA CAUSA DE NECESIDAD EN EL REQUERIMIENTO: *Teniendo en cuenta que en el caso presente se expresaba como causa de la denegación del contrato el de atender a los servicios propios de la congregación y en especial para la instalación de la Capilla de la Comunidad, el que se consignase en el escrito de demanda, como base de su necesidad, la ampliación de aulas escolares, no lleva en sí falta de concordancia entre ambas expresiones, pues tanto la una como la otra se hallan comprendidas en el vocablo utilizado en la primera diligencia; ya la doctrina de la Sala ha sentado que la expresión de la causa puede hacerse someramente.* [S. 12 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

19. APRECIACIÓN DE LA CAUSA DE NECESIDAD: *El artículo 63, al fijar en concepto de hecho de la necesidad, atendidas las circunstancias que en cada caso concurren, lejos de dictar una norma imperativa deja al criterio del juez la fijación de la necesidad, y es inatacable este juicio mientras no se demuestre que tal facultad se ha ejercitado de manera ilógica o arbitraria.* [S. 26 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

20. CARÁCTER DE LA RESOLUCIÓN DE LA JUNTA DE ESTIMACIÓN: *"Señalado por la ley como forma de fijación de la indemnización en caso de falta de acuerdo por las partes, la que determine la Junta de Estimación y atribuido carácter definitivo y ejecutorio sin ulterior recurso a las resoluciones que adopte en su cometido, queda fuera de duda, que obliga y vincula a las partes desde el momento en que se someten a su decisión por falta de avenencia, esto es, que sea cual fuese la cantidad que en su día fije, ha sido aceptada de antemano por las partes".*

INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE DESALOJO: *“Es claro que al indicar el último párrafo del artículo 73 de la Ley que el cómputo del plazo para el desalojo del local ha de contar desde la fecha que fue notificada la resolución de la Junta de Estimación, a su literalidad ha de estarse y, por consecuencia, en nada influye si altera los demás requisitos legales encaminados a la efectividad de los respectivos derechos de los interesados.”* [S. 8 de octubre de 1965; no ha lugar.]

21. RESOLUCIÓN; NUMERUS CLAUSUS DE CAUSAS: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: *Las causas de resolución del arrendamiento urbano han de interpretarse restrictivamente y no puede ampliarse el catálogo de las establecidas en la L. A. U., por analogía, ni por ninguna otra razón.*

SUBARRIENDO DE SEGUNDO GRADO COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN: *El negocio jurídico de subarriendo de segundo grado no es por sí mismo causa de resolución mientras no concurran todos los requisitos exigidos por el precepto correspondiente de la L. A. U., siendo preciso que, previamente, el arrendador requiera al arrendatario subarrendador para que éste ponga fin a la situación creada por el tercer contrato.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *No procede impugnar una interpretación de contrato al amparo de la causa 4.^a —error en la apreciación de la prueba—. [S. 24 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

22. LEGITIMACIÓN DE COHEREDEROS PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES RESOLUTORIAS DE ARRIENDO: *Siendo el heredero copropietario de la integridad de los bienes del causante mientras no se hayan llevado a cabo las adjudicaciones individuales, cada uno de ellos está legitimado para accionar en favor de los demás. Reconocida por el demandado la cualidad de heredero del actor, en un previo acto de conciliación y acreditada tal condición con el correspondiente testamento, no cabe impugnar la legitimación del primero para el ejercicio de una acción resolutoria arrendaticia referente a inmueble de la herencia.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CONVERSIÓN DE LOCAL ABIERTO EN ALMACÉN: *Aun admitiendo la alegación del arrendatario de haberse transformado el local de negocio abierto al público en almacén o depósito de efectos correspondientes al negocio que se desarrolla en otro local, el solo hecho de cerrarse al público el local durante tiempo superior al de seis meses en un año es causa de resolución del contrato. [S. 12 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

23. OBRAS INCONSENTIDAS: PRUEBA DE PRESUNCIONES: *Aunque la Sala se hubiese valido de la prueba subsidiaria de presunciones, no probado que las conclusiones de la Sala eran absurdas o faltas de lógica, no podrían atacarse fundándose en la causa 3.^a del artículo 136 L. A. U.*

OBRAS INCONSENTIDAS: SUCESIÓN DE DERECHOS: *El adquirente sucede al vendedor en su derecho a reclamar contra las obras inconsentidas, si tal acción*

está vigente, según reiterada doctrina de esta sala. [S. 30 de septiembre de 1965.]

24. TRASPASO ILEGAL: PRESUNCIONES: CAMBIO DE TITULARIDAD A EFECTOS ADMINISTRATIVOS Y FISCALES: *La Sala de instancia que realiza una deducción ilógica, no sólo viola la norma básica del Código civil sobre presunciones, sino que incide en manifiesto error en la apreciación de la prueba. Una certificación municipal acreditativa de la expedición de licencia para un comercio a nombre de un yerno del arrendatario, sobre la base de la liquidación por éste, en virtud de traspaso, de la industria situada en el local del arriendo contradice la conclusión de la Sala de instancia que negó la realidad del traspaso.*

CONGRUENCIA: *No se incide en vicio de incongruencia por el hecho de que en la sentencia recurrida se haya empleado un razonamiento que, además de tener el carácter de conjetura, no es base del fallo. [S. 1 de diciembre de 1965; ha lugar.]*

25. CESIÓN O SUBARRIENDO: PRUEBAS: IMPUGNACIÓN: *Deducida por la Sala de instancia una situación de subarriendo o cesión del hecho del disfrute por un tercero del local arrendado, contra tal deducción no cabe oponer con éxito ni la invocación como infringida de la norma del Código civil sobre la necesidad de que exista un enlace directo entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir, ni la alegación, también como infringida, de la norma de la L. A. U. que sanciona con la resolución al arrendatario que cede o subarrienda ilegalmente. [S. 26 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

26. SUBARRIENDO: INEXISTENCIA DEL MISMO: *Si la sentencia de instancia declara que las personas que temporalmente convivieron en las habitaciones anejas al establo objeto del arriendo eran próximos parientes del vaquero que a su servicio tenía el arrendatario, personas que desalojaron las habitaciones cuando cesó el indicado dependiente en su servicio y que fueron sustituidas por otro empleado a quien se autorizó a residir en la vivienda aneja con sus familiares para facilitar la prestación de sus servicios, y si tales declaraciones no han sido impugnadas en forma idónea, procede desestimar el recurso interpuesto contra la sentencia que desestimó la acción resolutoria por subarriendo. [S. 11 de octubre de 1965; no ha lugar.]*

27. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PRESUNCIONES: COMODATO DE USO: *No es absurda o inverosímil, sino perfectamente lógica, la deducción de la Sala de instancia al estimar que si un tercero extraño al arriendo contrata directamente con los interesados los banquetes de bodas que después sirve por su cuenta en el local arrendado, utilizando dicho local en su beneficio, ello entraña una utilización del local a título de subarriendo y no el comodato de uso por parte del arrendatario de los utensilios para bodas propiedad del tercero (que alega dicho arrendatario). No es preciso para la existencia del subarriendo el uso continuado del local por un tercero, ya que el subarriendo puede existir,*

aunque la ocupación se realice de manera circunstancial y transitoria, y, desde luego, existe cuando esta forma de ocupación es la propia de la clase de actividades ejercidas en el local por el tercero.

ABUSO DE DERECHO: EJERCICIO DE ACCIÓN RESOLUTORIA: *El arrendador que pretende la resolución con base en la conducta ilícita del arrendatario que incidió en causa resolutoria no incurre en abuso de derecho. [S. 17 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

28. CONVERSIÓN DE TIENDA EN ALMACÉN: *Es causa de resolución. [S. 24 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

29. CONCEPTO DE CONFIGURACIÓN: *El concepto de configuración, aunque presupuesto de hecho, no es un puro concepto material, sino material y jurídico expresivo de la relación de una parte con el todo, que incumbe fijar a los Tribunales en cada caso y de fijación flexible y variable, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. [S. 26 de junio de 1965; no ha lugar.]*

30. OBRAS QUE CAMBIAN LA CONFIGURACIÓN DE UNA VIVIENDA: *El derribo de un tabique que independizaba dos habitaciones, sustituyéndolo por una puerta de comunicación, cambia, evidentemente, la configuración de la vivienda arrendada.*

POSIBILIDAD DE UTILIZAR LA PRUEBA PERICIAL (ARTÍCULO 1242 C. C.): *La conveniencia o necesidad del auxilio de los peritos para apreciar los hechos debatidos es el juez o Tribunal "a quo" quien tiene que decidirla.*

LIBRE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL: *El juez o Tribunal "a quo" no están obligados a sujetarse al parecer de los peritos, quedando esta prueba sometida a la discrecional apreciación del juzgador de instancia, por lo que no puede combatirse en casación, conforme a reiterada doctrina. [S. 9 de octubre de 1965.]*

31. OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: *Las obras realizadas a los lados de la pantalla (del cine) consistentes en construir de albañilería unos pequeños departamentos destinados a guardarropa o a depósito de materiales, así como el desplazamiento hacia los laterales de las dos columnas de hierro existentes en el local, son obras que han producido un cambio esencial en la configuración del mismo.*

OBRAS DE ADAPTACIÓN: *Sólo merecen la calificación de obras de adaptación las llevadas a cabo para la puesta en marcha del negocio.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: *La cuestión referente a la interpretación del contrato de arrendamiento, por no ser cuestión de hecho, sino jurídica, sólo puede denunciarse por la vía de la causa 3.^a del artículo 136 L. A. U. [S. 3 de julio de 1965; no ha lugar.]*

32. OBRAS: CONSENTIMIENTO: PRUEBA: *El hecho acreditado testificalmente de que el arrendador autorizó verbalmente al demandado para la realización de las obras ejecutadas en el local, robustecido por la presencia aquiescente de dicho arrendador durante el curso de aquéllas, y el haber recibido una comunicación de la Autoridad Sanitaria, dirigida a su nombre, que él trasladó al arrendatario para que le diese cumplimiento, hace que no prospere el recurso, pues la existencia del consentimiento del arrendador para la realización de las obras elimina uno de los supuestos imprescindibles para configurar la causa 7.ª de resolución del arrendamiento del artículo 114 de la L. A. U., 13 de abril de 1956. [S. 23 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

33. OBRAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *La existencia del consentimiento tácito de la realización de las obras, a cuya realidad llega la Sala sentenciadora por la vía de presunciones, impide el éxito de la acción resolutoria ejercitada, ya que tanto el artículo 114, causa 7.ª, de la L. A. U. como su concordante el artículo 149, causa 5.ª, de la Ley de 1946, no exigen que el consentimiento del arrendador sea expreso. [S. 10 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

34. OBRAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *Para que las obras realizadas por el arrendatario determinen la resolución del contrato de arrendamiento es preciso que, en todo caso, las haya llevado a cabo sin el consentimiento del arrendador, que puede ser prestado de un modo expreso y también tácitamente.*

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: *Es doctrina reiterada de esta Sala que en materia de interpretación de los contratos el criterio del juzgador ha de prevalecer, a menos que incida en equivocación evidente. [S. 29 de septiembre de 1965; no ha lugar.]*

35. OBRAS: TRANSACCIÓN QUE IMPLICA CONSENTIMIENTO: *El propio actor tuvo conocimiento de la realización de la más importante de las obras que ahora denuncia, y a pesar de ello, lejos de solicitar entonces la resolución del contrato de arrendamiento, celebró la transacción en virtud de la cual dicho contrato continuó en vigor, la cual supone la aceptación fáctica del inmueble en la fecha de la referida convención. [S. 23 de junio de 1965; no ha lugar.]*

36. ACTIVIDADES INMORALES: TRÁFICO DESHONESTO: *La L. A. U. sanciona con la resolución aquellos casos en que el desenvolvimiento de actividades en la cosa arrendada ponga en riesgo la higiene, seguridad personal o resulte incómodo para los convecinos, o cuando tengan lugar escenas contrarias a las buenas costumbres, por intentar al pudor social, sin que la resolución implique sanción por motivos de orden público (que incumbe a la autoridad gubernativa), ya que la misma afecta al régimen normal de convivencia y del contrato de arrendamiento. Es causa de resolución el que el local arrendado con destino a bar esté servido por camareras dedicadas al trato carnal ilícito concertando en el mismo tráfico deshonestos, todo ello con trascendencia al exterior, en forma notoria, hasta el extremo de haber sido en varias oca-*

siones sancionado el dueño y cerrado el establecimiento por la autoridad gubernativa. [S. 23 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

V. Derecho de familia.

1. LITIS EXPENSAS DE MUJER CASADA: FUNDAMENTO: *La obligación de abonar litis expensas a cargo del marido se deriva del artículo 1.408 C. c. como carga primera de la sociedad de gananciales, ya que conforme a la Ley de enjuiciamiento civil la mujer casada no puede defenderse como pobre, aunque carezca de bienes, si los tiene su marido.*

NECESIDAD Y CUANTÍA: *Según reiterada jurisprudencia, el derecho a litis expensas está sometido a lo que en cada caso resuelvan los Tribunales de instancia, quienes deben apreciar la necesidad, naturaleza y extensión del gasto para autorizarlo y graduarlo.* [S. 16 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

La obligación de abonar litis expensas en los casos de nulidad y separación encuentra ahora un expreso fundamento positivo en el nuevo artículo 68, regla 6.^a, C. c. Ultimamente sobre el tema, aunque con sumaria, CASSO, *Las litis expensas* (Barcelona, 1964), p. 97 (G. G. C.).

2. PATRIA POTESTAD: DEFENSOR JUDICIAL: RECONOCIMIENTO DE DEUDA: *Es nulo, por ir contra lo dispuesto en la Ley, el convenio por el cual la madre de unos menores que sostiene pleito con ellos, por lo cual se les ha nombrado defensor judicial, presta su conformidad como representante legal de los mencionados hijos, a los honorarios de los letrados que han defendido profesionalmente a aquéllos, estipulando la forma de pago y reconociendo que, a todos los efectos, incluso el de la prescripción, tales devengos profesionales quedan convertidos en un crédito personal ordinario, habiendo sido tales letrados designados por el defensor judicial, ya que quien representaba legalmente a los hijos en juicio y fuera de él no era la madre, ajena al contrato de arrendamiento de servicios, sino, conforme al artículo 165 C. C., el defensor judicial, sin que la esfera de actuación de éste haya de restringirse a lo meramente judicial, por lo cual era necesaria su intervención y aprobación, y sin que la madre pudiese contratar en nombre de los hijos, por no estar para ello autorizada (artículo 1.259 C. C.) ni quepa configurar su actuación como una gestión de negocios ajenos al no tratarse de intereses abandonados.* [S. 28 de octubre de 1965; ha lugar.]

VI. Sucesiones.

1. PARTICIÓN HEREDITARIA EN DOCUMENTO PRIVADO: CARENCIA DE LA FIRMA DE UN HEREDERO: *Si de toda la prueba practicada, apreciada en conjunto, resulta que la partición no sólo se realizó, sino que se consumó entrando cada partícipe en la posesión y dominio de su cuota hereditaria, es válida, aunque no*

esté firmado el correspondiente documento privado por uno de los coherederos. [S. 4 de diciembre de 1965; no ha lugar.]

2. INSTITUCIÓN MODAL: NO EXIGIBILIDAD POR EL BENEFICIARIO: *La institución modal es aquella en que el testador impone al heredero o legatario la obligación de hacer u omitir algo para una obligación determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado.*

CARGAS REALES, CARGAS PERSONALES: *Aunque en nuestro ordenamiento jurídico no aparece claramente definido el concepto de "carga real", esta figura está admitida en el artículo 788, mientras que el 797 se refiere a las cargas personales.* [S. 4 de junio de 1965; no ha lugar.]

NOTA: Es interesante la nota distintiva del modo frente al legado. El beneficiado por el modo no puede exigir el cumplimiento. (J. M. P.)

DERECHO MERCANTIL

1. PRUEBA: LIBROS DE COMERCIO: *No cabe estimar violada la regla 3.^a del artículo 48 C. de C., porque el juzgador de instancia asentó sus afirmaciones fácticas sobre un conjunto de elementos probatorios que no es posible dislocar para dar preponderancia a uno de los que lo integran, como lo son los libros de contabilidad del recurrente.*

INCONGRUENCIA: *No hay incongruencia en la sentencia dictada acogiendo la súplica y fundamentos de Derecho de los escritos de oposición a la demanda, y tampoco cuando no se lleva al fallo una cuestión previamente desvirtuada en los considerandos, sobre todo si esa cuestión va implícitamente denegada en el fallo.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: 1) *Los motivos del recurso que alegan respectivamente, "aplicación indebida e interpretación errónea" de un precepto, "violación o interpretación errónea" de otro precepto, y "violación, interpretación errónea y aplicación indebida" de un Principio General de Derecho, contienen tal pluralidad de conceptos de infracción que, por contravenir lo dispuesto en el artículo 1.720 L. E. C., inciden en el vicio de inadmisión señalado en el artículo 1.729, número 4, L. E. C.* 2) *Los artículos 53, 74, 481-483, 1.693 y 1.696 L. E. C. y 144, 147 y 211 del Reglamento Nacional, por su naturaleza estrictamente procesal, administrativa o reglamentaria, son ineficaces para servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de Ley.* 3) *Debe desestimarse el motivo que acusa violación del artículo 4.º C. C., porque no se menciona el párrafo del mismo que se estima violado ni se trata de un precepto que por sí sólo y sin la cita concreta de los que se estimen violados pueda originar la nulidad.* 4) *Un precepto que no menciona para nada la sentencia recurrida no pudo dicha sentencia violarlo en el sentido positivo que la doctrina legal asigna a este concepto.* [S. 24 de marzo de 1965; no ha lugar.]

2. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: CLÁUSULAS CONTRADICTORIAS: CARÁCTER GENERAL Y ESPECIAL: *El carácter "general" o "especial" de una cláusula no depende de la denominación que se le dé, sino de su contenido; si la pretendida cláusula especial tiene la misma materia y alcance de la que fue rotulada como general por sus partes, y los términos de la misma no implican una derogación parcial de ésta, se estará en presencia de dos cláusulas de la misma naturaleza y valor, pero, contradictorias, dirimiéndose el conflicto a favor de la que mejor defina la posición jurídica de las partes y el alcance del contrato conforme a la naturaleza y finalidad de éste, teniendo por inoperante lo estipulado en contradicción con ella. Debe repudiarse el subterfugio de emplear, para destruir lo pactado en una cláusula, otra subsiguiente que la derogue.*

SEGURO DE VENTA DE AUTOMÓVILES A PLAZOS: *Si la compañía aseguradora se compromete a indemnizar al asegurado la pérdida neta definitiva ocasionada por la insolvencia del comprador del vehículo, y en la cláusula novena de las pretendidas "especiales" se consigna un derecho de opción a favor de aquélla, una de cuyas alternativas es dar por canceladas todas sus obligaciones con la entrega al asegurado del vehículo recuperado en el estado en que se halle, previo reintegro de los anticipos realizados sobre el siniestro, hay una contradicción palmaria que ha de resolverse a favor de la primera estipulación. [S. 19 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

La injusticia de la cláusula que concede tal derecho de opción a la entidad aseguradora se echa de ver, como pone de relieve el último considerando, teniendo en cuenta que el valor del vehículo rescatado—piénsese en el caso de haber sufrido un accidente y haber quedado casi totalmente destruido—no puede operar como elemento único resarcidor de la pérdida neta definitiva que en el contrato se contempla al definir la posición jurídica del asegurador. La doctrina jurisprudencial sobre las cláusulas generales y especiales parece puede aplicarse a todos los contratos de adhesión, tal como se les alude de pasada en el segundo considerando. (G. G. C.)

3. CONFLICTO DE JURISDICCIÓN: CARACTERES DE LA JURISDICCIÓN LABORAL: *La especialidad de una jurisdicción viene determinada por tres factores: la calidad de las personas intervinientes en el proceso, la materia propia del asunto y la naturaleza de la acción que se ejercita. En materia laboral el elemento personal ha de referirse a quienes ostenten determinadas cualidades de trabajador, asegurado o beneficiario conforme a la legislación social, o la de empresario o entidad aseguradora, administradora o colaboradora de seguros o sistemas de previsión social; la materia de versar sobre los conflictos que se produzcan entre empresarios y trabajadores o entre trabajadores del mismo o distintos empresarios, y como consecuencia del contrato laboral o bien sobre pleitos de accidentes de trabajo, seguros sociales o prestaciones del mutualismo laboral.*

SEGURO DE ACCIDENTES DE TRABAJO: ACCIÓN DE REEMBOLSO: *La acción de reembolso ejercitada por la empresa aseguradora en una cuestión suscitada por quienes sólo están sujetos por un contrato mercantil, siquiera lo hayan sido*

para cubrir exigencias de la legislación laboral, siendo inconcuso que corresponde su conocimiento a la jurisdicción civil.

BUENA FE: FUNCIÓN INTEGRADORA DE LA VOLUNTAD NEGOCIAL: *Si un contrato no sólo se encuentra perfeccionado, sino consumado por una de las partes en cuanto a las obligaciones que a ella competen con carácter principal, no le es posible a la otra resistirse al cumplimiento de las prestaciones que le incumben a cambio de las que recibió, si ello no aparece concorde con los dictados de la buena fe o amparado por adecuada norma legal. [S. 9 de diciembre de 1965; ha lugar.]*

El problema a decidir era el de si una vez agotadas las actuaciones seguidas ante la jurisdicción laboral, en las que recayó sentencia condenatoria contra la entidad demandada y la compañía de seguros, puede esta última ejercitar con éxito la acción de reembolso alegando que el contrato de seguro era inoperante dado que la empresa no había realizado el reconocimiento médico de los obreros aquejados de silicosis según ordena el artículo 87, párrafo 2.º, Reglamento de 22 de junio de 1956. En primera instancia se dio lugar a la acción de reembolso ejercitada, mientras que en apelación se estimó la incompetencia de jurisdicción alegada por la entidad demandada. El T. S. revoca la sentencia por entender que se trata de una cuestión de naturaleza privada, y entrando en el fondo desestima la acción de reembolso aplicando la función integradora de la voluntad negocial que se atribuye a la buena fe. En los considerandos de la segunda sentencia declara: "El precepto reglamentario en que el Juzgado de primera Instancia apoya su fallo condenatorio, es cierto que impone el reconocimiento previo de los obreros afectados y la necesidad de que sean calificados como útiles para el trabajo, añadiendo que si no se hubiese practicado previamente tal reconocimiento, la entidad aseguradora quedará exenta de responsabilidad, pero esta obligación que se establece, sin señalar de modo concreto y terminante quién ha de ser el encargado de cumplirla, no puede autorizar, sin mengua de la buena fe que ha de presidir la ejecución de lo pactado dentro del campo civil, a la entidad aseguradora que tuvo medios de constatar la omisión y de suplirla, a adoptar la ventajosa posición de ir percibiendo las primas pactadas, razón legal y equitativa suficiente para asumir la contraprestación a que se comprometió al suscribir la póliza, con la finalidad de cubrir el riesgo previsto en ella, y cuando el siniestro o accidente se produce, negarse a la efectividad de lo convenido, transformando a su provecho en unilateral y gratuito, un contrato de naturaleza jurídica bien distinta".

Sobre el tema cfr. últimamente DE LOS MOZOS.

El principio de la buena fe (Barcelona, 1965), p. 124 y ss. (G. G. C.)

DERECHO PROCESAL

1. **TRANSACCIÓN EN ACTO DE CONCILIACIÓN: MATERIA ARRENDATICIA RÚSTICA:** *No se incurre en abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción por conocer en juicio ordinario de cuestiones de arrendamientos rústicos, cuya norma-*

tividad procesal se regula en el artículo 51 del Decreto de 29 de abril de 1959, si el pronunciamiento impugnado se limita a declarar que una determinada y concreta transacción efectuada en acto de conciliación es eficaz por haberse verificado por mandato y consentimiento de la recurrente, aunque en la misma se contengan ciertos pactos relacionados con un contrato de arrendamiento de fincas rústicas, ya que los escuetos y precisos términos del fallo proclaman que el Tribunal a quo no ha conocido ni resuelto materia arrendaticia rústica. [S. 20 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

2. COMPETENCIA: RECLAMACIÓN DE HONORARIOS POR DIRECCIÓN DE OBRAS: *Corresponde al Juzgado del lugar donde los servicios, cuyo importe se reclama, han sido prestados. [S. 26 de noviembre de 1965.]*

3. COMPETENCIA: CONTRATO DE OBRA CON SUMINISTRO DE MATERIALES: *Si el contrato que liga a los contendientes no es el de compra y venta de materiales de construcción, sino que la entidad actora se comprometió a montar tales materiales por medio de sus propios empleados especializados, es lugar de cumplimiento el en que se llevaron a cabo las obras. [S. 12 de noviembre de 1965.]*

4. COMPETENCIA: ACCIÓN PERSONAL POR LETRA DE CAMBIO: *Reclamado el importe de dos letras de cambio, libradas y aceptadas en Sevilla para su pago en dicha ciudad, aunque el actor no ejercite la acción cambiaria normal, sino la personal, corresponde su conocimiento al Juez del domicilio del aceptante como lugar de cumplimiento de la obligación. [S. 9 de noviembre de 1965.]*

5. LEGITIMACIÓN PASIVA: LITIS CONSORCIO NECESARIO: *La relación litis consorcial puede venir impuesta por la indole 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, al producirse el efecto más trascendental del litis consorcio necesario en materia de cosa juzgada, y por ello, si el actor ejercitó una acción declarativa de dominio sobre un patio, obras en él efectuadas y afección de servidumbre, debió de demandar a todos los propietarios afectados, y al no hacerlo falta la legitimación pasiva que puede ser apreciada de oficio por el juzgador. [S. 19 de mayo de 1965; no ha lugar.]*

6. NULIDAD DE ACTUACIONES: PROCEDIMIENTO: *Aunque el artículo 745 L. E. C. y diversas sentencias del T. S. refieran la misma al trámite de los incidentes como más rápido y económico en beneficio de los litigantes, esto no significa que no pueda seguirse el juicio de mayor cuantía en el que las partes pueden someter a resolución cuantas cuestiones y problemas tengan planteados con gran amplitud de alegación y defensa.*

NULIDAD DE ACTUACIONES: RECURSO DE CASACIÓN: *Contra las resoluciones dictadas sobre nulidad de actuaciones no cabe dicho recurso, aun cuando al incidente de nulidad se le dé la tramitación de los juicios declarativos. [S. 12 de mayo de 1965; no ha lugar.]*

7. PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN: Este principio obliga a las partes litigantes a plantear en la fase de alegaciones, todas las pretensiones sobre las que se ha de pronunciar el órgano jurisdiccional; y si bien los fundamentos de hecho no pueden ser alterados en las fases posteriores, respecto a los fundamentos de derecho, no existe el mismo rigor, porque normalmente deben ser conocidos por el juzgador y, además, su alteración no repercute en la identidad del objeto del debate, que permanece el mismo.

ESCRITOS DE CONCLUSIÓN: FINALIDAD: La finalidad de los escritos de conclusión es únicamente la de proporcionar al órgano jurisdiccional una última y definitiva elaboración de todo el material instructorio, pero sin que se puedan aportar nuevos datos al proceso.

ESCRITO DE CONCLUSIÓN: CONTENIDO: La jurisprudencia tiene declarado:

— Que el artículo 670 L. E. C. tiene carácter sustantivo, y su infracción puede dar lugar a un recurso de casación en el fondo (SS. 16-I-1890 y 1 y 13 de enero 1930).

— Que en los escritos de conclusión no pueden variarse, adicionarse o ampliarse los términos del debate y, consiguientemente, la Sentencia no puede hacerse cargo de las extemporáneas alegaciones (SS. 17 marzo 1934 y 25 noviembre 1935).

— Que el cambio de posición defensiva de los demandados, alegado extemporáneamente en trámite de conclusiones, no puede tener virtualidad alguna (S. 12-IV-55).

CONGRUENCIA: La congruencia ha de referirse no sólo a la pretensión del actor, sino también a la oposición del demandado, ya que las actividades de ambos delimitan el objeto del proceso.

CONGRUENCIA: SENTENCIA ABSOLUTORIA: Si bien, por regla general, la Sentencia cuando es absolutoria hay que reputarla congruente, sin embargo, deja de serlo si para absolver se apoya en fundamentos de hecho que no fueron alegados oportunamente. [S. 22 de noviembre de 1965; ha lugar.]

8. ACTOS PROPIOS DEL PROCESO: Como la Sentencia aceptó la calificación del local propuesta por el hoy recurrente, ahora no puede impugnar tal calificación aceptada, colocándose en contra de su postura procesal de contestación a la demanda y prueba, porque ello va contra sus actos propios y contra la naturaleza del recurso, que se da para remediar un agravio, y no puede haberlo cuando se resuelve en armonía con lo pedido por la parte. [S. 26 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

9. PROCESOS RESOLUTORIOS DE LA LAU: RELACIONES Y CUESTIONES COMPLEJAS: En el proceso especial sobre resolución de arrendamiento sólo pueden ventilarse las cuestiones sobre recuperación de posesión por el arrendador o atributos del arrendatario para retener la misma, saliendo de su ámbito cuando en el título creador del vínculo arrendaticio se entrelazan derechos de índole

distinta, pues no sería correcto desdoblarse en el orden procesal lo que en el sustantivo está ligado formando una unidad contractual. Si la acción ejercitada es la de resolución de subarriendo por expiración de plazo y en el contrato se pactó que al rescindirse el contrato se devolverían al subarrendatario las 120.000 pesetas que entregó en el acto de constitución, el litigio debe sustanciarse conforme a las leyes procesales comunes, pues dicha cláusula implica ambigüedad y hace inidóneo el procedimiento sumario de la LAU. [S 15 de diciembre de 1965; ha lugar.]

10. PROCESOS ARRENDATICIOS: ACCIONES REFERENTES A DERECHOS NO REGULADOS EN LA LAU: PROCEDIMIENTO INADECUADO: APRECIACIÓN DE OFICIO: *Si en la demanda se pide una declaración relativa a la determinación del objeto material del arriendo y subsiguientemente la resolución de tal contrato, no es aplicable el proceso especial de la LAU, ya que la acción, por referirse a la determinación de la existencia del contrato de arriendo y de lo que fue objeto del mismo, cae fuera del ámbito de la LAU. Seguido el juicio por los trámites previstos en la LAU y aunque no se haya acusado tal defecto procesal y dado que las disposiciones sobre procedimiento aplicable son de derecho necesario, sin que la voluntad de las partes pueda modificarlo, procede declarar la inadecuación del procedimiento seguido y la nulidad de lo actuado, debiendo imponerse las costas de primera instancia al actor recurrido, que puso en actividad la acción por cauce inadecuado. [S. 2 de diciembre de 1965; ha lugar.]*

NOTA: Dado lo dispuesto en el artículo 151 de la LAU era indudable la inadecuación del procedimiento seguido, inadecuación que es extraño no advirtieran los órganos de instancia, el primero de los cuales desestimó la demanda, y el segundo la estimó en parte, por lo cual no se hizo imposición de costas en ninguna de las dos instancias. La sentencia resolutoria del recurso de injusticia notoria, irrefutable en cuanto a la afirmación sobre la inadecuación del procedimiento, en su pronunciamiento sobre costas se aparta del principio que proscribe la reformatio *in peius* al gravar con las correspondientes a la primera instancia al recurrido—actor en el juicio—, al que no se impusieron las costas en la sentencia de segunda instancia, y que no recurrió contra la misma ni compareció siquiera en el recurso: es decir, la sentencia de injusticia notoria agravó la posición de la parte recurrida, lo que supone una clara desviación respecto a un principio que, aun no hallándose explícitamente consagrado en la Ley, se deduce de las reglas generales sobre congruencia, y que ha sido reiteradamente afirmado por la jurisprudencia. Hay que notar, sin embargo, que, salvo el anterior reparo, ciertamente de poca monta, el criterio de imponer las costas al actor en los supuestos de desestimación de la demanda por haber planteado su acción el actor en procedimiento inadecuado, es acertado, y viene a robustecer la doctrina jurisprudencial, cada día más arraigada, que equipara el vencimiento procesal al vencimiento sobre el fondo en materia de costas. Finalmente, las cuestiones suscitadas por la anterior sentencia, y las que constantemente se plantean en supuestos de mucho mayor incertidumbre respecto al procedimiento utilizable, confirman la absoluta necesidad de acelerar la reforma de nuestro proceso civil para alcanzar una simplificación de cauces procesales que reduzca al mínimo las actuales dificultades para elegir el procedimiento legalmente aplicable al ejercicio de cada derecho, evitando los enormes gastos y dilaciones que son consecuencia casi inevitable del sistema actual, en el que no es raro, por otra parte, el círculo vicioso que se plantea cuando se producen en las resoluciones judiciales sucesivos reenvíos de un procedimiento a otro.

11. INJUSTICIA NOTORIA: CLARIDAD Y PRECISIÓN: DEFECTOS DE FORMALIZACIÓN: *Supone falta de precisión y claridad, y es causa de inadmisión del recurso, el no señalar la causa en que se basa el recurso ni el concepto en que se estima cometida la infracción.* [S. 19 noviembre de 1965; no ha lugar.]

12. INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS FORMALES DE PLANTEAMIENTO: *No cabe plantear cuestiones de calificación del contrato por la vía del error en la apreciación de la prueba. No cabe plantear con éxito cuestiones de interpretación con referencia a supuestos de hecho distintos de los afirmados en la sentencia recurrida.* [S. 25 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

13. RESOLUCIÓN POR TRASPASO: CESIONARIO O MANDATARIO: PRESUNCIONES FORMALISMO DEL RECURSO: *Si la sala de instancia aprecia la existencia de traspaso reputando simulado el mandato otorgado por el arrendatario en favor del tercero ocupante del local, y el recurrente, en ninguno de los tres motivos del recurso aborda el tema de la interpretación, no cabe en el recurso de injusticia notoria, dado el rigor formal del mismo, revisar la labor interpretativa en que descansa el fallo impugnado.* [S. 23 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

NOTA: En el supuesto contrato de mandato, el arrendatario confería al titulado mandatario amplísimas atribuciones facultándole para disponer del negocio como propio, relevándole de la obligación de rendición de cuentas y autorizándole a hacer suyos todos los ingresos; en el recurso se invocó la infracción del artículo de la LAU que establece la causa resolutoria basada en traspaso ilegal, el error en la apreciación de la prueba y las normas del C. C. sobre presunciones. Claro es que a la vista del contrato, resultaba tan evidente la simulación que no era precisa para la desestimación del recurso la invocación del rigor formal en el planteamiento del mismo. (J. P. R.)

14. INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS DESGLOSADOS DE LOS AUTOS: *No cabe impugnar las declaraciones de hecho de la sentencia recurrida, con base en documentos que, tras haber sido incorporados al proceso en la primera instancia, fueron ulteriormente desglosados a instancia del propio recurrente, y que no volvieron a los autos ni en la segunda instancia ni en el recurso.* [S. 17 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

15. RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES: 1) *Incorre en la causa de inadmisión 4.ª del artículo 1.729 L. E. C. el motivo en que se denuncia violación de los artículos 1.281 a 1.289 C. c., sin especificar respecto de cada uno de dichos preceptos la infracción cometida.*

2) *No puede prosperar el motivo que alega conceder el fallo más de lo pedido, sustentándose en el artículo 1.692, número 3.º, L. E. C., pero sin invocar el artículo 359 L. E. C., precepto sustantivo para determinar si ha habido extralimitación en lo concedido con relación a los pedimentos.* [S. 19 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

16. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: PRUEBA DE PRESUNCIONES: *El motivo está mal formulado, pues se involucra el artículo 1.249 del Código Civil con-*

el 1.253 del mismo cuerpo legal, a pesar de referirse el primero al hecho básico de la presunción, y el segundo, a la necesidad de enlace preciso y directo entre el hecho base y aquel que del mismo se deduce, siendo su naturaleza completamente distinta, no debiendo, por ello, invocarse en el mismo motivo. [S. 15 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

17. DEFECTUOSA EXPRESIÓN DEL MOTIVO DEL RECURSO: *En el apartado B) del escrito de formalización, amparado en el manifiesto error de la apreciación de la prueba, se entremezclan cuestiones que afectan tanto al error de hecho como de derecho, ya que analiza la prueba tanto desde el punto de vista de su apreciación como en el de la interpretación hecha por la sala de instancia, y todo ello pretendiendo calificar la naturaleza del local arrendado por la causa cuarta, sin darse cuenta que, constituyendo ello una cuestión jurídica, su estudio e impugnación debe llevarse por la vía de la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.* [S. 12 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

18. CASACIÓN: ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS: *"El error de derecho es una violación, en cualquiera de sus manifestaciones, de una norma de pruebas, normas en que la técnica de la casación son aquellos preceptos legales que valoran un determinado medio de prueba sustrayéndolo a la libre apreciación judicial, lo que integra la llamada prueba legal, al estar valorada por la ley, y como al estimarlas puede el juzgador de instancia desconocer la eficacia legal asignada al medio probatorio de que se trate, infringiendo así la ley, para remediarlo interviene el Tribunal Supremo, a fin de velar por la aplicación de la norma de modo positivo, íntegro y preciso, para imponer, en su caso, el deber de acatar dicho valor, siendo para estos efectos la norma probatoria un precepto de derecho sustantivo, y como consecuencia surge el requisito formal de citar, concreta y singularmente, de modo directo, la norma o precepto valorativo de prueba infringido, requisito constantemente exigido por la jurisprudencia, y cuando se omite el recurso no es viable, pues si no se expresa el precepto que vincula al Juez no puede aplicarse al hecho probado la eficacia prescrita por la ley."* [S. 14 de diciembre de 1965; no ha lugar.]

19. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE EMPLAZAMIENTO: *El recurso de casación por quebrantamiento de forma amparado en el número 1.º del artículo 1.693 L. E. C. sólo puede prosperar cuando alguno de los litigantes se encuentre en estado de indefensión por su falta de emplazamiento en el proceso, pero no se extiende a aquellos supuestos como el presente, en los que uno de los demandados compareció debidamente representado en el juicio y posteriormente fue declarado en rebeldía al no designar en el plazo señalado Procurador que sustituyese al primitivo, una vez que éste renunció, al ser taxativas las causas que señala el artículo citado, y no haber su ampliación por analogía a hipótesis diferentes.*

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DENEGACIÓN DE PRUEBA: *Versando la demanda*

sobre declaración de validez de un contrato de permuta de determinadas fincas que el demandado califica de compraventa, solicitando en su reconvencción la rescisión por lesión ultra dimidium, para lo cual propuso prueba pericial a fin de valorar los inmuebles, es incuestionable que tal prueba debió de admitirse (artículos 565 y 610 L. E. C.), y al denegarse en ambas instancias se produjo la indefensión, y procede la casación conforme al número 5.º del artículo 1.693 L. E. C. [S. 12 de diciembre de 1965; ha lugar.]

No era de aplicación en el presente litigio, por razones de Derecho Transitorio, la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, de 21 de julio de 1960, cuyo artículo 323 admite la rescisión por lesión en la permuta. Antes de la Compilación era un extremo que se discutía, manteniendo criterio negativo; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (Estudios de Derecho Privado, I, página 262), por no mediar precio. (R. J.)

III SENTENCIAS DE SUPPLICACION

1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ
Doctor en Derecho

I. Derecho civil

1. ABUSO DE DERECHO: EXISTENCIA: *Si después del requerimiento de denegación de prórroga por propia necesidad, quedó en el inmueble un piso vacío, que fue ofrecido al demandado a cambio de que éste entregara el suyo para la hija de la actora, y así lo aceptó aquél, incluso ofreciendo la renta que venía satisfaciendo por el mejor suyo, y si la actora, haciendo caso omiso de dicho ofrecimiento y aceptación por el demandado, realiza en él varias obras necesarias y dispone del mismo, arrendando parte a un tercero y se queda ella con parte, dedicándole a depósito de muebles y enseres suyos, es evidente que en el ejercicio de su derecho no se ha acomodado la actora a las reglas de la buena fe, como se dice en la nueva redacción del artículo 9.º de la LAU y hay un manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho (Sentencia de 29 de octubre de 1965; ha lugar).*

2. SUBROGACIÓN: *No supone infracción de ley que el arrendador no hiciese el requerimiento a los ocupantes, puesto que la ley previene un requerimiento en forma facultativa para el arrendador, que podrá efectuar si lo estima necesario, sin que tenga, por ello, carácter imperativo (S. de 22 de enero de 1966; no ha lugar).*

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: *Al darse por probado que la demandante se encuentra obligada a desalojar la vivienda en que habita, por quedar la finca en donde se encuentra sometida al Registro Público de Solares de edificación forzosa, no cabe dudar que la necesidad existía en la fecha del requerimiento, lo propio que al cumplirse el año del mismo, por lo que seguía válido tal requerimiento, sin que obste a ello que no tuviese lugar hasta el momento de la presentación de la demanda el acto material del desalojo (S. de 15 de noviembre de 1965; no ha lugar).*

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: *Al utilizar el inquilino el piso, únicamente como estudio u oficina para el ejercicio de su profesión, demostró con sus actos que no lo necesitaba para el destino de vivienda del mismo y su familia, específica y en forma terminante pactado en el contrato de arrendamiento, y por consiguiente esa falta de necesidad justifica la negación de prórroga que autoriza la LAU (S. de 30 de noviembre de 1965; ha lugar).*

5. RENTA: AUMENTO: TIEMPO HÁBIL: *Al decir la LAU que el arrendador puede ejercitar la facultad de la elevación de la renta en cualquier tiempo,*

no significa, ni puede interpretarse que equivale a autorizar la posibilidad de ejercitar ese derecho indefinidamente y aun después de haber caducado la acción anteriormente ejercitada, sino a que puede ejercitarse, existente el derecho a la elevación, mientras éste no se extinga por prescripción, pero una vez reclamado ese derecho por el oportuno requerimiento al arrendatario y ejercida la acción, y declarada ésta caducada, no cabe reiterar la reclamación e insistir en el ejercicio de la misma, pues caducada la acción, lo que hay que tener por firme y definitiva es la negativa del arrendatario a la elevación pretendida, y lo que hay que considerar perdido es el derecho a reclamar la elevación y no el de pedir una u otra cantidad por razón de ella.

RENTA: AUMENTO: *El derecho del arrendador a la repercusión contributiva por cese de la exención tributaria se rige y ha de arreglarse a lo establecido para la efectividad de toda elevación de renta de contratos de arrendamiento en la LAU (S. de 11 de noviembre de 1965; no ha lugar).*

II. Derecho procesal

1. **COSA JUZGADA:** *En los casos de necesidad, como ésta es variable con el tiempo, no puede hablarse de cosa juzgada, más que cuando se dan exactamente los mismos supuestos de hecho. (S. de 7 de junio de 1965; no ha lugar).*

2. **COSTAS: TEMERIDAD: APRECIACIÓN DE SU EXISTENCIA:** *La estimación de la concurrencia de temeridad o mala fe es de la libre y prudente apreciación del Juzgador, que según su propio criterio califica su incidencia o no en el caso, según lo que repunte justo, criterio que no puede ser sustituido por el del recurrente en suplicación (S. de 11 de noviembre de 1965; no ha lugar).*

2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERÉ RALUY

1. Derecho civil

1. LOCAL DE NEGOCIO: CARBONERÍA: *Un local destinado a carbonería es un local de negocio.*

SUPPLICACIÓN: COMPETENCIA OBJETIVA: *El examen de la competencia objetiva es materia de suplicación, por ser de orden público y puede ser realizado de oficio* (S. de 5 de octubre de 1965; ha lugar).

2. EJERCICIO EN VIVIENDA DE PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: *El ejercicio de pequeña industria doméstica, por parte de los familiares señalados en la LAU sólo está permitido por ésta cuando se trate de familiares que convivan con el inquilino, sin que sea admisible cuando el familiar que la ejerce vive en otro inmueble. El requisito de convivencia es esencial, sin que quepan interpretaciones amplias al respecto* (S. de 11 de octubre de 1965; no ha lugar).

3. PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: VENTA DE PRODUCTOS HORTÍCOLAS: *El hecho de que en una vivienda se vendan patatas y hortalizas en mínimas cantidades, sin valerse para ello de dependientes ni tener anuncios ni escaparates, no rebasa los límites de una pequeña industria doméstica* (S. de 14 de diciembre de 1965; no ha lugar).

4. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: REQUISITO DE CONVIVENCIA: *Fallecido el inquilino de una vivienda, su viuda, que en los cinco años anteriores a la muerte de su marido, no convivió con éste, y residió habitualmente en el extranjero, no puede subrogarse, «mortis causa», en los derechos arrendaticios de su esposo, ya que no cabe confundir el domicilio legal de la mujer casada, con su residencia habitual, que es la que cuenta a efectos de la subrogación, por exigir ésta una convivencia real y efectiva.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *Las sentencias de las Audiencias Territoriales no constituyen doctrina legal ni fuente de principios de derecho. La invocación de doctrina legal presupone la cita de las Sentencias del Tribunal Supremo que la proclamen.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: *El recurso de suplicación no puede apoyarse en la infracción de normas procesales* (S. 25 de enero de 1965; no ha lugar).

5. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: DERECHO ANTERIOR A LA LAU: SUCESIÓN CONJUNTA: *Fallecido el arrendatario primitivo bajo la vigencia del Decreto de Alquileres de 1931, que autorizaba la sucesión conjunta de los familiares, y habiendo sucedido a aquél, en el arriendo, de modo conjunto, su viuda y los*

hijos de las primeras nupcias del inquilino, el fallecimiento ulterior de la viuda no provoca la extinción del arriendo, ya que para ello sería preciso que se hubiera demostrado que al fallecer el primitivo inquilino se produjo una sucesión individualizada en la persona de la viuda.

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: IMPUGNACIÓN DE DECLARACIONES DE HECHO: *No cabe revisar en suplicación las declaraciones de hecho del órgano «a quo» ni aun alegando la infracción de la doctrina legal sobre discriminación de la carga de la prueba* (S. 24 de febrero de 1965; no ha lugar).

6. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: *La acción de resolución de arrendamiento por subrogación «mortis causa» irregular en los derechos del inquilino prescribe a los quince años* (S. de 3 de noviembre de 1965; no ha lugar).

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN: *Una vez expirado el plazo de preaviso, la demanda resolutoria por denegación de prórroga puede deducirse en cualquier momento de la fase de prórroga forzosa* (S. de 23 de noviembre de 1965; no ha lugar).

8. NECESIDAD: SUBARRENDATARIO: *El que vive como subarrendatario en vivienda ajena puede invocar la situación de necesidad* (S. de 15 de octubre de 1965; no ha lugar).

9. NECESIDAD: FALTA DE LA MISMA POR POSEER VIVIENDA DE OCUPACIÓN OBLIGADA: *No puede invocar la situación de necesidad para denegar la prórroga arrendaticia, el Jefe de Estación que, por razón de su cargo, tiene obligación de ocupar la vivienda que gratuitamente le facilita la empresa en que presta sus servicios sin que obste a ello el que el cargo que desempeña sea eventual* (S. 22 de octubre de 1965; ha lugar).

10. NECESIDAD: MATRIMONIO COMO CAUSA DE NECESIDAD: *No procede la denegación de prórroga si el matrimonio no se ha contraído al término del plazo anual de preaviso* (S. de 28 de septiembre de 1965; ha lugar) (S. de 19 de noviembre de 1965; ha lugar).

11. NECESIDAD: FALLECIMIENTO DEL BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *No procede la denegación de prórroga por necesidad, si el beneficiario de la misma falleció el día siguiente de serle notificada la sentencia resolutoria objeto del recurso, ya que la acción no se transmite a los herederos* (S. de 20 de noviembre de 1965; ha lugar).

NOTA: Véase sobre el efecto del fallecimiento del arrendador respecto a la suerte de las acciones de denegación de prórroga por necesidad que se hallaren en tal momento en curso, el artículo 94 de la LAU, disposición que puede pasar desapercibida, dado su defectuoso emplazamiento sistemático en la sección destinada a la causa segunda de denegación de prórroga, pese a contener normas que afectan a dicha causa y a la primera —necesidad—. El fallecimiento del beneficiario de la denegación de prórroga —es decir de la

persona para la que se reclama la vivienda— constituye, como se indica en la anterior sentencia, obstáculo insuperable para la estimación de la demanda. El fallecimiento del arrendador que no sea el beneficiario de la denegación no obstará a la resolución si el beneficiario de la denegación es el nuevo titular o persona en la que concurra la condición de ascendiente o descendiente a la vez del antiguo arrendador y del nuevo; así se deduce del artículo 94 de la LAU.

12. NECESIDAD: SELECCIÓN DE VIVIENDA: *A efecto de la selección de vivienda que haya de ser objeto de la denegación de prórroga, no pueden tenerse en cuenta los almacenes sin condiciones para servir de vivienda a los beneficiarios de la denegación de prórroga* (S. de 14 de junio de 1965; no ha lugar).

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: LIMITACIÓN EN ORDEN A LA ENAJENACIÓN DE UN INMUEBLE POR PISOS: *Para que el arrendatario afectado por la denegación de prórroga, por necesidad, del arriendo de su vivienda, pueda alegar con éxito la infracción de las normas sobre selección, es preciso que acredite, caso de tratarse de piso adjudicado por donación, que en la enajenación de los pisos del inmueble no se siguió el orden de selección establecido en la LAU* (S. de 14 de mayo de 1965; ha lugar).

14. NO USO DE VIVIENDA: JUSTA CAUSA: *No constituye justa causa de no ocupación de una vivienda, la conveniencia de residir en otra población, teniendo indefinidamente abandonada la indicada vivienda* (S. de 3 de noviembre de 1965; no ha lugar).

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR: COMPROMISO DE REEDIFICACIÓN: *El compromiso de reedificación ha de preceder, de modo inexcusable, a la notificación denegatoria de prórroga* (S. de 15 de noviembre de 1965; no ha lugar).

16. ACCIONES ARRENDATICIAS: CADUCIDAD: *La acción encaminada a que se imponga al arrendador la obligación de dar a los recibos de renta, el contenido legal, no se halla sometida al plazo de caducidad establecido en la LAU para las acciones sobre incrementos* (S. de 4 de octubre de 1965; no ha lugar).

17. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PRUEBA: *A efectos de la resolución por subarriendo no es precisa una prueba plena de la existencia del subinquilinato, pudiendo deducirse éste de la convivencia con extraños con independencia económica.* (S. de 14 de diciembre de 1965; no ha lugar).

18. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PRESUNCIONES: *No supone subarriendo la introducción, en la vivienda, de un sobrino del inquilino, menor de edad y sin medios propios de subsistencia, realizada de modo transitorio.*

SUBROGACIÓN «INTER VIVOS» EN EL INQUILINATO: *La subrogación «inter vivos» en favor de familiares, autorizada por la LAU, no precisa el otorgamiento de un nuevo contrato* (S. de 8 de noviembre de 1965; no ha lugar).

19. RESOLUCIÓN POR CONVIVENCIA CON EXTRAÑOS: *No infringe la Ley la sentencia que resuelve el contrato de arriendo, por el hecho de que con la inquilina conviven dos huéspedes y otra persona a la que se atribuye la condición de amiga de la inquilina, si no se demostró que la estancia de los terceros extraños obedecía a una amistad íntima, eficaz para destruir la presunción de subarriendo derivada de la convivencia con extraños* (S. de 4 de marzo de 1965; no ha lugar).

20. RESOLUCIÓN POR CESIÓN DE VIVIENDA: «LITIS CONSORCIO» PASIVO: *Debe demandarse al cesionario o, en su caso a sus herederos, bien sea en el concepto de conocido o de inciertos* (S. de 18 de octubre de 1965; ha lugar).

21. CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: AUTORIZACIÓN DEL ARRENDADOR: *Para legitimar la realización, por el arrendatario, de obras de cambio de configuración, basta la autorización verbal del arrendador* (S. de 11 de octubre de 1965; no ha lugar).

II. Derecho procesal

1. SUPPLICACIÓN: PROCESO COMÚN: *No cabe la interposición del recurso de suplicación en el proceso común, aunque se refiera a materia arrendaticia* (S. de 5 de octubre de 1965; no ha lugar).

2. SUPPLICACIÓN: NECESIDAD DE FUNDAR DEBIDAMENTE EL RECURSO: *No procede estimar el recurso si no se cita el precepto o doctrina legal infringida* (S. de 10 de noviembre de 1965; no ha lugar). (S. de 13 de diciembre de 1965; no ha lugar).

3. SUPPLICACIÓN: ÁMBITO DE RECURSO: *No puede basarse el recurso en la infracción de normas adjetivas, ni pretenderse en él, una nueva valoración de la prueba* (S. de 17 de diciembre de 1965; no ha lugar).

4. SUPPLICACIÓN: INFRACCIONES PROCESALES: *El recurso de suplicación no puede fundarse con éxito en la alegación de infracciones procesales* (S. de 9 de noviembre de 1965; no ha lugar).

5. SUPPLICACIÓN: CONFESIÓN EN JUICIO: *No puede basarse un recurso de suplicación en la infracción de las normas sobre confesión en juicio*. (S. de 16 de noviembre de 1965; no ha lugar).

6. PRESUNCIONES: INDICIOS: *La prueba de indicios es inoperante para demostrar el acaecimiento de los hechos en que trate de fundarse la suposición de la existencia de otro hecho*.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *El Juez de apelación no puede ejecutar ninguno de los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia que dicte, mientras ésta no sea firme* (S. 31 de marzo de 1965; ha lugar).

7. DOCTRINA LEGAL: *Constituyen doctrina legal varias sentencias concordadas del Tribunal Supremo* (S. de 28 de septiembre de 1965; no ha lugar).

8. DOCTRINA LEGAL: SENTENCIAS DE AUDIENCIAS: *Las sentencias de las Audiencias Territoriales no constituyen doctrina legal* (S. de 12 de noviembre de 1965; no ha lugar).

3. 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. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO: BUHARDILLA QUE NO REÚNE CONDICIONES DE HABITABILIDAD: *La omisión en el requerimiento de una buhardilla, que no reúne condiciones de habitabilidad, no le priva de valor ni eficacia, ni puede ser tenida en cuenta para estimar la presunción de no necesidad del núm. 3.º del artículo 63 de la LAU (S. de 4 de octubre de 1965; desestimatoria).*

2. RESOLUCIÓN POR OBRAS: CONOCIMIENTO DE SU REALIZACIÓN POR EL ARRENDADOR: *El conocimiento por el arrendador de las obras realizadas por el arrendatario, y que exijan el consentimiento de aquél, no lo presupone. (Sentencia de 24 de noviembre de 1965; desestimatoria).*

3. RESOLUCIÓN POR DAÑOS DOLOSOS: FALTA DE LA INSTALACIÓN ELÉCTRICA, TUBERÍAS E INODORO: *Sentándose como probado que en la vivienda litigiosa faltan la instalación eléctrica, las tuberías y el inodoro, es evidente que la inquilina ha venido utilizando la vivienda con manifiesta infracción de las obligaciones que pesan sobre todo arrendatario, por cuanto que dicha falta no puede atribuirse, en manera alguna, a un acto meramente culposo o negligente, sino a una deliberada y consciente utilización de la vivienda en forma inadecuada a su uso normal, que ha traído como consecuencia la producción de unos daños, manifiestamente encuadrados en los supuestos que generan el dolo civil, y que por su entidad dan nacimiento a la causa 7.ª del artículo 114 de la LAU (S. de 5 de octubre de 1965; estimatoria).*

4. AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA MEJORA DE LAS INSTALACIONES O SERVICIOS DEL LOCAL ARRENDADO: IRRETROACTIVIDAD DE SU REGULACIÓN: *La nueva normativa legal con respecto a la posibilidad de realizar obras el arrendatario, introducida en los párrafos 3.º y siguientes del apartado 7.º del artículo 114 de la LAU, no puede extenderse a regular situaciones de hecho que tuvieron su origen y peculiares consecuencias bajo el imperio de la regulación anterior a la Ley de 11 de junio de 1964, siendo obvio que si el arrendador, en 2 de octubre de 1963 y atendida la legalidad vigente, que no establecía que en supuestos como el de autos pudiera obligársele por los Tribunales a permitir obras, se negó a consentirlas, no puede entenderse que esta negativa se ha de seguir produciendo necesariamente, a la vista de la nueva normativa que hace permisible le sean impuestas (S. de 30 de octubre de 1965; estimatoria).*

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: IMPOSIBILIDAD DE UN NUEVO ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS: *No es dable en este recurso entrar en un nuevo análisis de las pruebas practicadas, a fin de obtener una valoración distinta de su resultancia, y ello máxime cuando aún examinadas las mismas, no existe mérito alguno para admitir que el juzgador de instancia incurrió, al apreciarlas, en evidente equivocación.* (S. de 4 de octubre de 1965; desestimatoria).

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SUSTITUCIÓN DEL CRITERIO VALORATIVO DEL JUZGADOR POR EL DEL RECURRENTE: *La tesis impugnativa, limitada a pretender sustituir por el suyo propio el criterio de valoración probatoria del juzgador, no puede prosperar en el recurso de suplicación* (S. de 24 de noviembre de 1965; desestimatoria).

4. 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. RESOLUCIÓN POR NO USO: ENFERMEDAD; JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: *Si es hecho de que la demandada se encuentra afectada de una enfermedad cardíaca que, por carencia de familiares o por mera exigencia del oportuno tratamiento, le obliga a trasladarse a un establecimiento benéfico, sin dejar de acudir de vez en cuando a la vivienda, por no permitirle su estado una estancia prolongada, constituye justa causa de desocupación; no es dable, con base en la presunción de que ese estado irá agravándose, deducir la no concurrencia de esa justa causa, pues es posible, pese a ello, que dicha señora pudiese necesitar, tanto para su curación, en ninguna forma estimada imposible, como por tener que abandonar el Centro asistencial o por encontrar persona que con mayor eficacia, o por consejo médico atienda a su cuidado, la vivienda* (S. de 6 de octubre de 1965; estimatoria).

2. RESOLUCIÓN POR DAÑOS DOLOSOS: QUÉ SE ENTIENDE POR ÉSTOS: *Si el demandado vino haciendo un uso anormal de la vivienda arrendada, destinándola a fines distintos de lo pactado, y como consecuencia de ello, se produjeron daños, procede la resolución del contrato, pues el dolo en la esfera del cumplimiento de las obligaciones no requiere intención directa de incumplirlas y de causar daños consecuentemente, sino que se caracteriza por el incumplimiento voluntario y consciente de la obligación con un resultado dañoso* (S. de 7 de julio de 1964; desestimatoria).

3. (REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA DECLARADA A EFECTOS FISCALES; MOMENTO QUE DETERMINA LA INVIABILIDAD DE LA PRETENSIÓN: *Como ha establecido la jurisprudencia, las declaraciones de rentas a efectos fiscales llevadas a cabo por el propietario surtirán plena eficacia siempre que el inquilino o arrendatario no hubiere iniciado el ejercicio de la acción de novar la renta con anterioridad a la formulación de la respectiva declaración* (S. de 8 de julio de 1964; desestimatoria).

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NORMAS CUYA INFRACCIÓN PUEDE ALEGARSE: *En el recurso de suplicación no pueden ser motivo de alegación otras normas*

que las de la LAU, en su posible errónea adecuación a los postulados de hecho que se declaren probados. (S. de 6 de octubre de 1964; desestimatoria).

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUÁNDO PUEDE DENUNCIARSE LA EQUIVOCADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *Únicamente puede denunciarse tal apreciación en el supuesto de que se haya aplicado por el juzgador de instancia la doctrina sobre el abuso de derecho, si al mismo tiempo se denuncia también la errónea interpretación de ésta y se señala la prueba o pruebas en en cuya apreciación se haya incurrido en error y la regla o reglas legales conforme a las que debió estimarse y hayan podido ser vulneradas* (S. de 8 de octubre de 1964; desestimatoria).

5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de La Coruña.

A cargo de Julio BONED SOPENA.
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción.

I. Derecho civil.

1. ABUSO DE DERECHO: SU CONCEPTO: *Conforme enseña la jurisprudencia, el abuso de derecho, como institución de equidad, presupone una actitud meramente pasiva del que sufre un daño en su patrimonio, sin culpa por su parte, como consecuencia del ejercicio antisocial de un derecho por parte de un tercero.* (Sentencia de 15 de febrero de 1966; desestimatoria.)

2. CAUSA QUINTA DEL ARTÍCULO 114: SUPUESTOS DE SU APLICACIÓN: *Conforme a reiterada doctrina legal, interpretativa de la causa 5.ª del artículo 114 LAU, lo que motiva la efectividad de este precepto legal, llámase el supuesto de hecho traspaso, cesión, subarriendo o cualquier otra forma, es el hecho del abandono por parte del titular del contrato de arrendamiento y el uso o disfrute por persona ajena de la finca urbana.* (Sentencia de 19 de enero de 1966; desestimatoria.)

3. [RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: COHEREDERA QUE EN PARTICIÓN LEGALMENTE HECHA SE ADJUDICA EN PLENO DOMINIO LA VIVIENDA LITIGIOSA: ABUSO DE DERECHO: *Este solo hecho de hacer la división de la finca de la forma que los coherederos estimaron oportuna, en uso de un derecho que a ellos sólo pertenecía, no pudo estimarse como constitutivo del abuso de derecho, pues al actuar así, no quebrantaron ningún concepto legal, y si consiguió hacer prevalecer su derecho sobre el del arrendatario, ello por sí sólo no constituye abuso, ya que la doctrina del mismo está construida sobre la base del ejercicio de un derecho con intención de dañar o en la utilización del mismo en forma anormal, con el móvil ilegítimo de perjudicar, y de la sola división de la finca no puede derivarse más que el uso de un medio legal para recabar un derecho reconocido por la Ley, aunque en esta colisión de derechos resulte lesionado el del arrendatario.* (S. del T. S. de 27 de enero de 1959; 0, 5 y 26 de noviembre de 1960; 25 de mayo de 1961 y 4 de abril de 1964). (Sentencia de 15 de enero de 1966; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR EL MARIDO DE LA ARRENDADORA TRATÁNDOSE DE FINCA PARAFERNAL: *El sentido lógico y sistemático del precepto contenido en el artículo 1.383 del Código civil, en relación con la norma más amplia de los artículos 59, 60 y 1.412 del propio Cuerpo legal sustantivo, que en aras de la unidad de dirección de la familia concentrada en el marido, otorgan a éste la representación de la mujer y la facultad de*

administrar los bienes de la sociedad conyugal, y, en especial, los de la sociedad de gananciales, lleva a la aplicación de la norma genérica de dirección familiar, con abandono de la limitación impuesta por aquel artículo en todos aquellos supuestos en que el ejercicio de acción por el marido, como representante de su esposa, responde notoriamente a la defensa de los derechos de ésta en los parafernales, sin atisbo de posible fraude. (Sentencia del T. S. de 1-6-50 y 7-12-60). (Sentencia de 18 de enero de 1966; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ABUELA BENEFICIARIA DE LA IMPRÓRROGA ENFERMA QUE NECESITA DE LOS CUIDADOS DE SU NIETA, LA ACTORA: NO ES ÓBICE A LA INDEPENDENCIA DE VIVIENDA: *La precariedad de salud de la abuela de la actora, beneficiaria de la imprórroga, de ningún modo constituye por sí razón que imposibilite o dificulte la buscada autonomía domiciliaria, cuando precisamente la advertida proximidad dentro del mismo inmueble con la nieta demandante favorecerá normalmente una asidua asistencia compatible con la independencia de las respectivas moradas.* (Sentencia de 28 de febrero de 1966; desestimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA: ANALOGÍA DE CARACTERÍSTICAS: *No puede estimarse analogía de características, a los efectos de la resolución pedida al amparo del núm. 5.º del artículo 62 LAU, entre la vivienda litigiosa sita en el centro de la población y la que se dice estar a la libre disposición del arrendatario ubicada en el extrarradio, aparte de que la superficie de ésta sólo representa el 65 por 100 de la de aquélla.* (Sentencia de 15 de febrero de 1966; desestimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR RUINA: CITACIÓN DE ARRENDATARIOS EN EL EXPEDIENTE MUNICIPAL: *Según doctrina legal reiterada* (S. del T. S. de 6-12-65, 5-3-53 y 4-2-63), *deviene innecesario la cita de arrendatarios en expediente de ruina que no afecte a sus derechos de arrendamiento.* (Sentencia de 13 de febrero de 1965; desestimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR SINIESTRO: ALCANCE DE ESTE COCEPTO: *No ha quedado excluido del alcance y sanción de la norma contenida en el artículo 118, apartado 2.º, el supuesto del siniestro que reconozca por causa el paso del tiempo y el abandono negligente del propietario o arrendador de la vivienda, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, que se recoge en la reciente sentencia del T. S. de 24 de enero de 1963, en la que se alude a que la Ley no distingue las causas que motivan la destrucción perdida de la cosa arrendada.* (Sentencia de 16 de febrero de 1966; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: SU ÁMBITO: *No debe prosperar el recurso de suplicación en el que la parte recurrente pretende impugnar sobre una fase jurídica artificiosamente creada, al amparo de una opinión subjetiva e inte-*

resada, con olvido del cauce estrecho y formalista de aquél, las conclusiones fácticas a que ha llegado el Juzgador, transformando este trámite especial en recurso de instancia. (Sentencia de 15 de febrero de 1966; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.720 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: *Este precepto, aplicable como desarrollo de los artículos 132 y 133, núm. 2.º de LAU, exige que se consigne con claridad y precisión la Ley o doctrina legal infringida y el concepto en que la haya sido, expresándose si es por violación, interpretación errónea o aplicación indebida. (Sentencia de 13 de diciembre de 1965; desestimatoria.)*

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NECESIDAD DE CITAR ADEMÁS DE LA NORMA INFRINGIDA EL SENTIDO EN QUE LO HAYA SIDO: *El rigorismo formal imprescindible en un recurso extraordinario y de fisonomía cerradamente jurídica, como el de suplicación, impone la formulación precisa, clara e indiscriminada de sus motivaciones, concretando en cada una de ellas no solamente la norma sustantiva que se entiende vulnerada en la subsunción de los hechos probados a la Ley aplicable, sino el propio sentido de la vulneración. (Sentencia de 15 de febrero de 1966; desestimatoria.)*

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: DOCUMENTACIÓN DE LA DEMANDA: SUS DEFECTOS: *En orden al formalismo de documentación de la demanda han de distinguirse los documentos de fondo en que la parte fundamenta sus derechos, a qué alude el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y cuya omisión se sanciona con la posterior inadmisión, a tenor del artículo 506; de aquellos otros que afectan más bien a la personalidad del actor y se indican en el 503, pues la ausencia de los últimos, en el momento de la interpelación, puede ser subsanada mediante ulterior aportación en el curso del pleito. (Sentencia de 15 de febrero de 1966; desestimatoria.)*

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: PUEDE PLANTEARSE EN ÉL LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMACIÓN CAUSAL: *Puede plantearse en suplicación cualquier antagonismo surgido entre las partes en torno a la creación, génesis y contenido del negocio locativo particular cuestionado, en cuanto premisa básica determinante de la adecuada aplicación al mismo de la legislación singular de que se trata, lo que incluye por necesidad insoslayable de análisis, la consideración de los sujetos de la relación locativa en cuanto titulares ciertos de ella, ya originarios o derivativos, es decir, la postulación de su legitimación causal. (Sentencia de 15 de febrero de 1966; desestimatoria.)*

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: OMISIÓN DE FIRMA DE LETRADO EN EL ESCRITO: SUS CONSECUENCIAS: *De conformidad con lo dispuesto en el núm. 1.º del artículo 133 LAU, el recurso de suplicación se interpondrá y formulará por escrito con firma de Letrado, requisito éste que fue omitido por el recurrente, motivo por el cual no se debió dar curso al mismo, y acusada esta falta, procede declarar nula la providencia que acordó el trámite de la suplicación y todas las diligencias practicadas con posterioridad. (Sentencia de 15 de marzo de 1966; declaratoria de la nulidad de lo actuado y firmeza de la sentencia recurrida.)*

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: NUEVA VALORACIÓN PROBATORIA: *En aspecto de pretendida infracción de Ley, el recurso de suplicación no es una tercera instancia, sino un simple remedio procesal que, en tal materia, viene configurado para establecer unidad de criterio exegética, y, por consiguiente, en la aplicación de las normas sustantivas que regulan la relación arrendaticia urbana.* (Sentencia de 18 de enero de 1966; desestimatoria.)

8. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUÁNDO PUEDE FUNDAMENTARSE EN ABUSO DE DERECHO: *Sólo cabe tratar tal doctria como motivo del recurso de suplicación en la eventualidad de que habiéndose aplicado por el Juzgado positivamente, disintiera el recurrente de su pertinencia o del alcance enjuiciatorio que se le hubiera otorgado en el caso particular.* (Sentencia de 28 de febrero de 1966; desestimatoria.)

8. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos.

A cargo de Roberto HERNANDEZ HERNANDEZ

I. Derecho Civil.

1. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: REQUISITOS PARA SU ESTIMACIÓN: *La necesidad del propietario, articulada como causa denegatoria de la prórroga obligatoria, exige la concreción y determinación de las causas motivadoras de la necesidad, que no basta exponer en forma abstracta, y la modificación de las circunstancias que hasta el momento de la denegación existían, provocadoras de una situación real de necesidad de vivienda, que hasta ese momento no se habían producido.* (Sentencia de 18 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

NOTA: Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1961.

2. ABUSO DE DERECHO: CUESTIÓN NUEVA: *No hecha alusión en la demanda, contestación, ni en las sentencias de primera y segunda instancia, a la doctrina del abuso de derecho, recogida en el artículo 9.º de la L. A. U., no puede fundarse el recurso en la errónea aplicación del mismo, al no haber sido aplicada, positiva ni negativamente referida doctrina, ni a instancia de parte, ni de oficio, siendo ilícito además tratar de cuestión nueva, no suscitada en su momento oportuno.* (Sentencia de 22 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

3. SELECCIÓN PREVIA: FINALIDAD: INTRASCENDENCIA CUANDO SE TRATA DE VIVIENDA ÚNICA DEL EDIFICIO: LEGISLACIÓN ACTUAL: *La finalidad perseguida por el legislador, al exigir como requisito previo a la acción promovida al amparo de la causa denegatoria de prórroga por necesidad, que el arrendador notifique fehacientemente al inquilino afectado la necesidad en que se halla de habitar la vivienda, sus causas y la razón por la que le ha elegido expresamente, manifestando las circunstancias de prelación concurrentes en los restantes inquilinos, no es otra que el arrendatario notificado tenga conocimiento suficiente de la exacta situación jurídica en que se encuentra y pueda oponerse a la pretendida necesidad del arrendador o al orden de prelación expuesto en la notificación, por lo que es intrascendente la falta de selección cuando se trate de vivienda única del edificio, ya que únicamente procede tener en cuenta la prelación entre los inquilinos de diferentes pisos de una misma finca, lo que indudablemente trascendió a la mente del legislador, y así, al redactar el artículo 64 de la L. A. U. de 1956, adicionó su precedente de 1946, con el párrafo 3.º, que en la redacción actual dada por la Ley de 11 de junio de 1964 nuevamente suprime por la redundancia que entrañaba a la vista del*

párrafo 1.º que, expresamente, emplea el vocablo «por pisos» al referirse a las fincas en que es necesario el requisito selectivo. (Sentencia de 22 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

NOTA: Véanse Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1955 y 28 de febrero de 1956.

Otra Sentencia de la Sala de 20 de diciembre de 1965, sin abordar el problema, teniendo en cuenta que en dicho caso el requerimiento previo se había producido antes de la entrada en vigor de la Ley de 11 de junio de 1964 —texto refundido de 24 de diciembre de 1964—, por juego de la Disposición Transitoria 2.ª, aplicó la legislación precedente de 1956, con el mismo resultado práctico.

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO PREVIO: CONTESTACIÓN AMBIGUA: SUS EFECTOS: *La contestación ambigua dada por el inquilino al requerimiento previo, oponiéndose a la pretensión causada por el actor, con la fórmula de «por considerarla sin lugar», no hace más que definir su oposición, desleal y, por tal, recusable, y que no puede quedar enmarcada en el supuesto que prevé el párrafo 3.º del artículo 65 de la Ley locativa de «exposición de causas en que funde su oposición», y al no hacerlo así, se incide en el último inciso o final de referido precepto, que sanciona al inquilino que así actúa, reduciendo el plazo que el actor ha de observar para promover la resolución contractual por denegación de prórroga desde el año normal a los seis meses, a la vez que la indemnización a la mitad de la que pudiera corresponderle.* (Sentencia de 22 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

5. ANALOGÍA: INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 8.º DE LA L. A. U.: *La analogía que prescribe el artículo 8.º de la L. A. U. se refiere exclusivamente a aquellos casos en que el problema discutido no aparezca expresamente regulado por algún precepto de dicha Ley locativa.* (Sentencia de 13 de enero de 1966; desestimatoria.)

6. ABANDONO FORZOSO DE VIVIENDA: APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 68 DE LA L. A. U.: *No puede tacharse de abandono voluntario de vivienda, el desalojo precedido de la denegación de prórroga practicada por la propiedad del modo previsto en el artículo 65 de la L. A. U., circunstancia que priva de espontaneidad e imprime coercibilidad al acto de desocupación que realizó la arrendataria, la que, por tanto, se halla amparada por el artículo 68 del propio cuerpo legal, si el arrendador incurre en el supuesto que dicho precepto prevé.*

7. OCUPAR Y HABITAR: DIFERENCIA ENTRE DICHOS VOCABLOS: *El vocablo ocupar, según su acepción gramatical, es tanto como tomar posesión de una cosa, mientras que habitar significa tanto como fin del uso de una vivienda, por lo que ambos vocablos no pueden reputarse sinónimos.* (Sentencia de 13 de enero de 1966; desestimatoria.)

NOTA: Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1956.

8. ABUSO DE DERECHO: APLICABILIDAD DE OFICIO: REQUISITOS PARA SU CONCU-

RRERENCIA: *Si se entiende el abuso del derecho —como defiende parte de la doctrina científica— como un concepto jurídico aplicable de oficio, para su apreciación es necesario que la anormalidad de la acción se deduzca de las premisas de hecho que establece la sentencia recurrida o de las pruebas que, en este caso, puede analizar la Sala de Suplicación. (Sentencia de 13 de enero de 1936; desestimatoria.)*

9. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: NO ENERVA EL DERECHO ÍNSITO A LA PROPIEDAD, LA CIRCUNSTANCIA DE EXISTIR UNA "OFERTA DE VENTA", QUE ÉSTA "SUB IUDICE" EN PROCEDIMIENTO DECLARATIVO: *La legitimación de la propiedad, eficiente para promover la resolución contractual, no puede quedar enervada por la existencia de una "oferta de venta" —que está "sub iudice" en procedimiento declarativo—, ya que de la oferta o promesa de venta sólo se siguen derechos de carácter personal, sin trascendencia actual sobre la posesión de la finca. (Sentencia de 24 de enero de 1966; desestimatoria.)*

NOTA: Sobre la naturaleza jurídica de la "oferta o promesa de venta" y derechos que de la misma se derivan pueden consultarse las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo y 21 de diciembre de 1946, 17 de mayo de 1948 y 12 de noviembre de 1963.

10. REVISIÓN DE RENTA: DECLARACIÓN A HACIENDA: DIFERENCIA DEL ACTUAL ARTÍCULO 103 DEL 133 DE LA L. A. U. DE 1946: *Así como el artículo 133 de la L. A. U. de 1946 exigía en forma rigurosa que las declaraciones de los arrendadores de las rentas percibidas se hicieran, en caso de elevación, dentro de los plazos establecidos en las leyes fiscales, el 103 de la vigente Ley omite tal exigencia y sólo trata de que la adecuación se cumpla efectiva y realmente en el momento de presentación de la demanda, como se infiere de la expresión de renta declarada inferior a la percibida, sin que por ello la omisión de la declaración en el momento de contratar y el hecho de haber percibido durante algún tiempo renta superior a la efectivamente declarada pueda dar lugar nada más que a las sanciones fiscales correspondientes, sin que la demora en cumplimiento de requisitos fiscales pueda producir efecto civil alguno, que una Ley Civil, como la de Arrendamientos, no puede sancionar. (Sentencia de 31 de enero de 1966; desestimatoria.)*

II. Derecho procesal:

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: CONSIGNACIÓN INSUFICIENTE: *La obligación impuesta por el artículo 148 de la L. A. U., para poder recurrir el inquilino en los procesos que lleven aparejada ejecución, se extiende al pago o consignación legal, no sólo de la renta contractual, sino de la que viniere pagando a la iniciación del litigio, incluidos incrementos legales y demás cantidades asimiladas, por lo que la consignación de la primera, sin hacerlo de las restantes cantidades, deviene en insuficiente, y motiva la firmeza y ejecutoriedad de la sentencia impugnada, y nulas las actuaciones posteriores a la misma. (Sentencia de 27 de noviembre de 1965; decla-*

rando firme la sentencia impugnada y nulas las actuaciones posteriores a la misma.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: TÉCNICA PROCESAL: *Con idéntico contenido que las sentencias de la Sala de 3 de diciembre de 1964 y 19 de junio de 1965, publicadas en Anuario 1965, fascículos 1.º y 3.º, sentencias números 1 y 6, páginas 361 y 819. (Sentencia de 22 de diciembre de 1965; desestimatoria.)*

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALISMO: *El recurso basado en infracción de doctrina legal, como extraordinario que es, necesariamente tiene que perecer al no citar el recurrente cuál sea la doctrina de tal naturaleza que supone vulnerada. (Sentencia de 13 de enero de 1966; desestimatoria.)*

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.
Extranjero, 540,— pesetas.
Número suelto: España, 125,— pesetas.
Extranjero, 150,— pesetas.