

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXIV  
FASCICULO I

ENERO-MARZO  
MCMLXXXI



# 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 Derecho civil

ABOGADO GALLARDO RUBERA

**ARTURO GALLARDO RUED**  
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 LFDESMA  
Letrado de la D. G. de R. y Notariado  
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NÚÑEZ LAGOS  
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

**Secretario:**

ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO

## SUMARIO

<b>Estudios monográficos</b>	
CARLOS VATTIER FUENZALIDA: <i>Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo</i> .....	3
LUIS FIGA FAURA: <i>Colisión intraestatal de ordenamientos. Derecho civil y Derecho mercantil. Normas de conflicto</i> .....	41
ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA: <i>La doctrina del interés nacional y su ámbito espacial de aplicación</i> .....	85

---

<b>Información Legislativa</b>	
A cargo de Pedro de Elizalde Aymerich .....	109
<b>Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado</b>	
A cargo de José María Chico Ortiz .....	129
<b>Resoluciones comentadas</b>	
A cargo de V. José Castillo Tamarit .....	149
<b>Vida Jurídica</b>	
A cargo de César Sampere .....	155
<b>Bibliografía</b>	
Libros .....	161
BONINI, ROBERTO: <i>Disegno storico del diritto privato italiano</i> , por José Bonet Correa.—HIPPEL (EIKEVON): <i>Verbraucheschutz</i> , por Red. LIPARI, NICOLE: <i>Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza</i> , por Red.—RICO PREZ, FRANCISCO: <i>La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho civil</i> , por José Bonet Correa.—ROTONDI, MARIO: <i>Inchieste di Diritto comparato. Le project Franco-Italien du Code des Obligations</i> , por Red.—VALLET DE GOYTISOLO, JUAN: <i>Estudios de Derecho sucesorio</i> , por José Bonet Correa.	
<b>Revista de revistas</b>	
A cargo de José R. Antón Riesco .....	173
<b>Jurisprudencia</b>	
<b>I. Sentencias comentadas</b> .....	189
<b>II. Sentencias</b> .....	196

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

I. S. S. N. 0210 - 301X  
DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1958

## IMPORTANTE

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

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXXIV  
FASCICULO I

ENERO-MARZO  
MCMLXXXI



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1.<sup>o</sup>**

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**N U M E R O 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**

# ESTUDIOS MONOGRAFICOS

## Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

Profesor Adjunto de Derecho civil

SUMARIO: 1. Plantamiento metodológico y encuadre sistemático.—2. Breve esquema de la evolución del concepto de derecho subjetivo. El siglo xix.—3. Las orientaciones negativas y afirmativas del siglo xx. Una fórmula analítica y una fórmula sintética.—4. La tesis de la situación jurídica. Juicio crítico.

1. Es sabido que la noción de derecho subjetivo es, desde su elaboración por la escuela del Derecho natural racionalista, una de las categorías básicas del ordenamiento jurídico, hasta el extremo de ser considerada, incluso de cara al Derecho positivo actual, como una «noción central» que está en la base del sistema (1). Su concepto es, desde otro punto de vista, una especie de banco de pruebas sobre el que han repercutido las distintas concepciones generales del Derecho. Por estar situada en el centro del sistema jurídico, en efecto, se reflejan en ella muchas de las polémicas filosóficas y metodológicas que han agitado a la doctrina en los siglos xix y xx. Así, muy esquemáticamente, cabe advertir que el debate entre la *Begriffsjurisprudenz* y la *Interessenjurisprudenz*, cuyas raíces se hunden en el pandectismo alemán del siglo pasado,

---

(1) Ha puesto de relieve la posición básica del derecho subjetivo en el sistema jurídico de la época actual, recientemente, MICHAËLIDÈS-NOUAROS, *L'évolution récente de la notion de droit subjectif*, en «RTDPC», 1966, página 216. Para el significado de la escuela del Derecho natural en la historia de la ciencia del Derecho privado, *vid.* WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. esp., Madrid, 1957, págs. 197 y ss., y, entre nosotros, DE LOS MOZOS, *El Derecho natural en la formación del Derecho civil*, en «Estudios Castáns», VI, Pamplona, 1968, págs. 583 y ss., ahora en *Metodología y Ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977, páginas 249 y ss.; el mismo autor ha vuelto sobre el tema con matizaciones nuevas en su obra general *Derecho civil español*, I-1, Salamanca, 1977, páginas 75 y ss.; con observaciones de gran interés, RODRÍGUEZ MOLINERO, *Derecho natural e historia*, Madrid, 1973.

es el que está en la base de las teorías que conciben el derecho subjetivo como voluntad, o poder de la voluntad, y como interés jurídicamente protegido, de la misma manera que, superadas las tendencias extremas del sociologismo y del normativismo puros, que en la época de entre guerras llegaron a negar su existencia, es el positivismo sistemático, axiológicamente relativista, el que inspira la larga serie de definiciones mixtas del derecho subjetivo, o la jurisprudencia de valores, enriquecida por una importante dosis de historicismo, la que parece estar tras el actual fenómeno de revalorización de la teoría de la situación jurídica subjetiva, cuando menos, en su versión italiana reciente (2). Es más, el realismo que ha resultado de la confluencia de estas dos últimas tendencias es el que ha puesto de relieve acertadamente, a nuestro juicio, que la categoría que nos ocupa, antes que obedecer a una realidad institucional fija, significa ante todo un medio técnico de tipo analítico, una categoría descriptiva que permite exponer en términos científicos adecuados la relación que, con arreglo a los datos normativos, corresponde a los sujetos respecto a los bienes, y a su utilización, en el cuadro del Derecho históricamente existente en cada momento y lugar, y los presupuestos que éste exige *in concreto* para que dicha relación merezca tutela jurídica (3). Sintomático de todo esto es que las teorías de la voluntad y del interés se remonten a Savigny y a Ihering, que las teorías negativas arranquen de Duguit y de Kelsen y que las teorías mixtas hayan sido acogidas tan favorablemente por los grandes sistemáticos de mediados de siglo; asimismo, que se haya ocupado del tema una literatura importante ajena al Derecho civil, que algunos romanistas le hayan dedicado estudios significativos y que autores de orientación historicista o realista hayan hecho resurgir, hoy en día, la tesis de la situación jurídica, bien que sin solución de continuidad con la versión original propuesta por Larenz, en 1935, quien la ha abandonado, por lo demás, posteriormente (4). No sólo hay, pues,

(2) Nos referimos a la línea teórica que va desde PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935 (reimpresión inalterada, Camerino, 1978) e *Il transferimento delle situazione soggettive*, I, Milano, 1964, a COMPORTI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, en «*Studi Santoro-Passarelli*», I, Napoli, 1972, págs. 475 y ss., la que se aparta en cierto modo de las tendencias que se aprecian en el Derecho comparado con la notable excepción de ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, París, 1963. Para una visión de conjunto de las grandes orientaciones metodológicas mencionadas en el texto, *vid.* LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp., por GIMBERNAT, Barcelona, 1966, págs. 25 y ss.

(3) Como bien lo ha observado COING, *Signification de la notion de droit subjectif*, en «*Archives de Philosophie du Droit*», IX, París, 1964, págs. 1 y ss., especialmente, 15 y ss.

(4) Para una panorámica amplia de las teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho subjetivo, sigue siendo útil y actual CASTÁN TOBEÑAS, *El concepto de Derecho subjetivo*, en «*RDP*», 1940, págs. 121 y ss., trabajo resumido en su voz *Derechos subjetivos*, en «*NEJ*», VII, Barcelona, 1974, páginas 102 y ss.; también, DABIN, *Le Droit Subjectif*, París, 1952; los estudios reunidos en «*Archives*», IX, cit.; FROSINI, *Diritto soggettivo*, en «*Noviss.*

«historicidad del derecho subjetivo», según se ha escrito, sino que la actitud metodológica idónea para aproximarse al mismo ha de contemplar, como bien ha hecho notar un sector importante de la doctrina, la evolución del dogma y la transformación de los datos del Derecho positivo (5). Conviene señalar que, en cuanto al concepto de derecho subjetivo, el estado actual de la cuestión ha desdibujado en parte los rasgos esenciales de la concepción tradicional, pues la figura ha pasado de gravitar sobre la voluntad, interés o poder del individuo a gravitar sobre las condiciones precisas para que el Derecho objetivo le proteja, esto es, de una orientación individualista se ha pasado a una orientación que podemos calificar, cuando menos, de comunitaria. Por lo que a los datos normativos se refiere, la evolución reciente de la figura nos muestra que el peso específico del Derecho común tiende a ser desplazado, como ocurre con tantos otros institutos, por la nueva fisonomía que resulta de la legislación especial. Esta nueva configuración dogmática es la que se quiere subrayar por los autores que propenden la sustitución de la categoría tradicional por la situación jurídica subjetiva (6), cri-

---

Dig. It», V, Torino, 1960, págs. 1048 y ss., y CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, en «Enc. Dir», XII, Milano, 1964, págs. 659 y ss., muy informativos acerca del estado actual de la cuestión. Referencias a los autores y a la literatura mencionados, las haremos más adelante; con todo, entre las obras sistemáticas aludidas destacan DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I-1, primera edición, Valladolid, 1942, págs. 475 y ss., y el propio CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, I-2, 12.<sup>a</sup> ed. revisada y ampliada por DE LOS MOZOS, Madrid, 1978, págs. 23 y ss. Aludimos a la obra de LARENZ, *Rechtsperson und subjektives Recht*, Berlin, 1935, acerca de la cual, en nuestra doctrina, vid. LEGAZ LACAMBRA, *Sobre el concepto de situación jurídica y sus aplicaciones*, en «RDP», 1943, págs. 716 y ss., y MARTÍN BLANCO, *El concepto de situación jurídica en Karl Larenz*, en «RGLJ», 1950, págs. 670 y ss., ambos sustancialmente conformes; esto no obstante, abandona expresamente esta postura, que considera un intento desacertado, el propio LARENZ, *Derecho civil. Parte general*, trad. esp., Madrid, 1979, pág. 257, nota 13.

(5) Así se expresa, con acierto, PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Camerino, 1975, pág. 139. Importa señalar que la perspectiva historicista ha sido muy significativa en tema de derecho subjetivo; por ejemplo, ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, en «Jus», 1960, páginas 149 y ss.; RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice civile*, en «Giur. it.», 1968, págs. 209 y ss.; FASSÒ, *Riflessioni logico-storiche su dirito soggettivo e diritto oggettivo*, en «RTDPC», 1972, págs. 373 y ss.; en cierto modo, RAISER, *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht*, en «JZ», 1961, págs. 468 y ss.; en nuestra literatura, DÍAZ CRUZ, *La doctrina del Derecho subjetivo. (En pro de la independencia de la ciencia jurídica y del mantenimiento de sus conceptos fundamentales)*, en «RGLJ», 1947, págs. 1 y ss. de la ed. sep., y FOLGADO, *Evolución Histórica del Concepto de Derecho subjetivo. (Estudio especial de los teólogos juristas españoles en el siglo XVI)*, El Escorial, 1960. Sin embargo, se aparta de esta orientación la obra dogmática fundamental de BÜCHER, *Das subjektives Recht als Normsetzungsbezugnis*, Tübingen, 1965, pág. 15, quien se declara partidario de buscar un concepto de derecho subjetivo «ahistorisch».

(6) En este sentido, COMPORTI, *Op. cit.*, págs. 740 y ss., por todos. Para el problema de la legislación especial, y algunas consecuencias, IRTI, *Leggi speciali. (Dal mono-sistema al poli-sistema)*, en «RDC», 1979, págs. 141 y ss., ampliamente, en su ensayo *L'età della decodificazione*, Milano, 1980, pá-

terio que no podemos compartir, entre otras razones, precisamente porque creemos que no se trata de una mera cuestión terminológica; antes bien, sin desconocer los resultados positivos que se derivan de esta nueva configuración del derecho subjetivo, pensamos que se puede conservar el *nomen iuris* habitual al par que renovar su contenido (7). Notemos, en fin, que la *sedes materiae* del derecho subjetivo está en el límite entre la filosofía y el Derecho civil, tal como se puede entrever en la literatura alemana que, en el decenio de los años sesenta, ha vuelto una vez más sobre el tema (8). En pocas palabras, el *status quaestionis* sitúa nuestra categoría a caballo del dogma y la realidad, en los términos que más adelante veremos.

De aquí, pues, la importancia singular que reviste la colocación sistemática del derecho subjetivo. Acierta De Castro —el autor que se ha ocupado del mismo de forma más extensa y constructiva, quizás, entre nosotros— al estudiar la figura en cuanto manifestación típica del efecto constitutivo de las normas jurídicas, situándola, por tanto, en una posición subordinada al Derecho objetivo; pero examinemos con alguna detención la línea fundamental de su pensamiento, pues ella nos revela, además de tan importante subordinación, que el problema que está en la base del derecho subjetivo es el problema de la «relación entre persona y ordenamiento» (9), o, lo que es igual, la posición que corresponde a la persona de cara al Derecho objetivo y las posibilidades de actuación que éste, respecto de ciertos bienes, le garantiza y tutela. Comienza el autor con una observación de tipo histórico de conformidad con la que nos dice, con toda razón, que «en las distintas épocas, los juristas han empleado con preferencia a ciertos conceptos; los institutistas a los de persona, cosa y acción; los pandectistas aportan el de negocio jurídico; el positivismo a los

ginas 15 y ss. y 43 y ss., con observaciones de mucho interés, aunque no podamos suscribir todas las conclusiones, tema en el que no es oportuno que entremos aquí.

(7) Hay que agregar que opina en sentido semejante ya MARTÍN BLANCO, *Op. cit.*, pág. 703.

(8) Muy significativo en el sentido del texto es la reimpresión en 1963 del clásico libro de SCHUPPE, *Begriff der subjektives Recht*, Breslau, 1887; entre las obras aludidas destacan OERTELT, *Der Begriff des subjektiven Rechts und seiner Negierung*, Tübingen, 1965; KASPERS, *Das subjektive Recht*, 1967; HOFFMANN, *Subjektives Recht und Wirtschaftsordnung*, Stuttgart, 1968; HÖHNER, *Subjektive Rechte*, Bielfeld, 1969; últimamente, SCHAPP, *Das subjektive Recht im Prozess der Rechtsgewinnung*, Berlín, 1977; también, en el marco de la teoría general, WIETHÖLTER, *Privatrecht als Gesellschaftstheorie*, y KÜBLER, *Privatrecht und Demokratie*, ambos en «Festschrift für Raiser», Tübingen, 1974, págs. 645 y ss., y 697 y ss.

(9) Según el expresivo título del estudio de BARCELLONA, *Il problema del rapporto fra soggetto e ordinamento*, en «Scritti Pugliatti», I-1, Milán, 1978, págs. 45 y ss., al que más adelante nos referimos. Asimismo, en la sistemática de DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 458 y ss., resplandece esta misma preocupación, pues el derecho subjetivo viene colocado inmediatamente después de la «situación jurídica de la persona», págs. 473 y ss.

hechos jurídicos; la escuela histórica a la relación jurídica; el individualismo al derecho subjetivo. Cada uno de ellos —nos explica— sirve para destacar un aspecto parcial de la realidad jurídica, pero —seguramente— no puede lograrse una visión total mientras no se les reduce a su verdadero significado instrumental —técnico— y se observa su mutua interdependencia. Y en este sentido, añade, que con tales medios técnicos «la ciencia jurídica muestra los distintos efectos de la fuerza constructiva del Derecho, que invisite al hombre con el valor de persona, le atribuye cosas en concepto de bienes, determina el significado de las distintas relaciones sociales, desde la familia al simple vínculo crediticio, y marca las situaciones de poder concedidas sobre personas o sobre bienes». He aquí, pues, la función técnica que corresponde a estas categorías, y entre ellas al concepto de derecho subjetivo, y su respectiva interdependencia recíproca, la que el propio autor nos explicita, algo más adelante, cuando dice que «la conexión entre los conceptos de persona, relación jurídica y derecho subjetivo es evidente. La posición de la persona —efectivamente— está determinada por la posibilidad de ser sujeto de derechos subjetivos y de poder, en su consecuencia, ejercitarlos y hacer negocios jurídicos» (10). Observemos que, de acuerdo con esta construcción, el derecho subjetivo no sólo ocupa un puesto central en el sistema científico sino que sirve de punto de referencia objetivo y uniforme para aludir al área de actuación reconocida por el ordenamiento a la persona y a los efectos y consecuencias que el propio ordenamiento une a su actividad; diríamos que se trata de la propia persona en cuanto sujeto activo de relaciones jurídicas; *rectius*, en cuanto titular del contenido que corresponde a la posición activa en las mismas. Por eso, está bien encaminada la doctrina que, al

---

(10) *Vid.* DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 458, 459 y 473. Para el concepto de persona en sentido jurídico, y su estatuto, son de interés FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; DE CUPIS, *La persona humana en el Derecho privado*, en «RDP», 1957, págs. 863 y ss.; FROSINI, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, en «RDC», 1969, págs. 277 y ss.; PERLINGIERI, *La personalità umana nell' ordinamento giuridico*, Camerino, 1972; GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974; IRTI, *Sul concetto di titolarità (Persona fisica e obbligo giuridico)*, en «RDC», 1970, págs. 501 y ss., y en *Due saggi sul dovere giurídico (Obbligo-onere)*, Napoli, 1973; entre nosotros, COSSIO, *Evolución del concepto de personalidad y sus repercusiones en el Derecho privado*, en «RDP», 1942, páginas 749 y ss., y *El moderno concepto de personalidad y la teoría de los «estados» en el Derecho civil*, en «Ibidem», 1943, págs. 1 y ss.: ALVAREZ VIGARAY, *El domicilio*, en «ADC», 1972, págs. 549 y ss.: RICO PÉREZ, *La individualización de la persona humana en el Derecho civil*, en «RGLJ», 1975, págs. 9 y ss., y, en general, BERCOVITZ, *Derecho de la Persona*, Madrid, 1976. Cabe observar en los últimos años una marcada tendencia a profundizar en el tema sobre todo en orden a perfeccionar las técnicas encaminadas a la protección de la persona; así, DE CASTRO, *Op. cit.*, II-1, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1955, *passim*, y BÜCHER, en *Berner Kommentar zum Schw. Privatrecht*, I-2-1, Bern, 1976; muy importante es la revisión llevada a cabo por STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino, 1975.

examinar el problema del derecho subjetivo y su relación con el concepto de obligación, reconduce tal problema, en última instancia, al juego de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar (11).

Dejando a un lado la noción de subjetividad, resaltemos, en cambio, la naturaleza del nexo que existe, con arreglo a este mismo cuadro sistemático, entre derecho subjetivo y relación jurídica, categorías que, desde su origen, aparecen enlazadas sobre todo por la actitud polémica de la escuela histórica contra el Derecho natural racionalista cuya organización interna se lleva a cabo, como veremos, sobre la base del derecho subjetivo. Frente a esta categoría, Savigny plantea la relación jurídica como principio básico de ordenación y de exposición del *System*, paralelismo que, sin embargo, el autor olvida, pues, al concebir la relación jurídica, según dice literalmente, como el «dominio de la libre voluntad», la confunde con el concepto de derecho subjetivo que —tendremos ocasión de ver más adelante— él mismo nos ofrece; antagonismo de la escuela histórica ante los excesos dogmáticos y políticos del iusracionallismo que, como ocurre, por ejemplo, con la técnica formalista de construcción del sistema, su propio fundador acabó por abandonar (12). Esto no obstante, la intención de Savigny, tendente a enmarcar el derecho subjetivo en la relación jurídica, ha perdurado hasta nuestros días a través de una larga *dogmengeschichte* en la que no podemos entrar aquí (13). Así se infiere, en efecto, de

(11) Se orienta en este sentido BARCELLONA, *Op. cit.*, págs. 83 y ss., en polémica contra la concepción normativista que han divulgado en Italia FROSINI e IRTI en las obras citadas en la nota anterior, últimamente.

(12) Así, SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano Actual*, I, trad. esp., con prólogo de DURÁN Y BAS, Madrid, s. f., pár. 32, pág. 259. Se ha ocupado del componente racionalista que reaparece, inevitablemente, en la fase constructiva de la escuela histórica WIEACKER, *Storicismo e formalismo alle origini della scienza giuridica moderna*, en «Scritti Pugliatti», V, cit., págs. 891 y ss, sobre todo en conexión con los presupuestos metodológicos de la obra madura de SAVIGNY; precisamente, el *System*.

(13) Para el concepto de relación jurídica, vid. el clásico estudio de OERTMANN, *Der Ringlichkeitsbegriff*, en «IJ» 1892, págs. 413 y ss.; anticipándose al normativismo, CICALA, *Rapporto giuridico, diritto soggettivo e pretesa*, Torino, 1909; intenta superar esta orientación, BAGOLINI, *Note intorno al rapporto giuridico*, en «Arch. giur.», 1944, págs. 193 y ss., cuyo influjo en nuestra doctrina es apreciable por la traducción de su obra en «ADC», 1950, págs. 7 y ss.; entre nosotros destacan DE CASTRO, *La relación jurídica en el Derecho internacional privado*, en «RJC», 1933, págs. 453 y ss., y la contribución de DE BUEN, *La teoría de la relación jurídica*, en «Libro-Homenaje a De Diego», Madrid, 1943, págs. 181 y ss.; han vuelto sobre el tema con observaciones de interés RESCIGNO, *Rapporto giuridico*, en «Enc. fil», Venezia-Milano, 1957, vol. III, págs. 1853 y ss., y LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia (Spunti per una teoria del rapporto giuridico)*, en «RTDPC», 1968, págs. 419 y ss., además de lo relativo al aspecto funcional e instrumental de la relación jurídica a que aludimos más adelante en el texto. De momento, importa señalar que la teoría de la situación jurídica se estimó perfectamente compatible con la relación jurídica por cuanto estaba referida a las posiciones de ventaja y de desventaja dentro de la misma, incluso en el caso extremo de la relación jurídica uniper-

la construcción del propio De Castro, a saber: La relación jurídica se define como la «situación jurídica en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico»; en su estructura, además de los elementos subjetivos, objetivos y finales o causales, hallamos un contenido típico constituido por las consecuencias jurídicas que el ordenamiento determina para las personas que intervienen en ella, de modo que, para la posición activa, estas consecuencias consisten *grosso modo* en la protección otorgada por el Derecho y en la puesta a disposición de la misma de los medios conducentes a su tutela, mientras que, para la posición pasiva, tales consecuencias se traducen, en términos generales, en el hecho de quedar sujeta la persona al cumplimiento de determinados deberes. En pocas palabras, dentro de la relación jurídica corresponde a la posición activa un derecho subjetivo y a la posición pasiva, en cambio, un deber jurídico correlativo (14).

A parte de la necesaria correlación de derecho subjetivo y deber jurídico, queremos llamar la atención sobre dos aspectos de índole diversa. Por una parte, es fácil ver que esta construcción de la relación jurídica, así de abstracta y generalizante, tiene por base la disciplina positiva de las obligaciones por cuanto la posición activa se la configura a imagen del régimen jurídico del acreedor, lo mismo que la posición pasiva con respecto a la del deudor, hasta el extremo de que algún autor incluye en su contenido la categoría del interés que la relación jurídica, se supone, ha de significar para el titular de la posición activa (15). No es que esta construcción, por muy abstracta que sea, nos parezca inútil; pero sí hay que reconocer que, concebida así, se compagina poco con la estructura de los llamados derechos subjetivos absolutos, lo mismo de índole patrimonial que no patrimonial, como son los derechos reales y los derechos de la personalidad, al par que es sumamente extensa, puesto que tienen cabida supuestos tan heterogéneos entre sí como pueden ser, con arreglo a la tipología que nos ofrece De Castro, las relaciones de tipo político u organizadoras del Estado, las relaciones de estado civil y de parentesco, las relaciones derivadas de contratos de sociedad, mandato y trabajo y las relaciones de tráfico de índole real y obligacional, entre muchos otros (16). Así,

sonal, como bien lo pone de relieve el propio PUGLIATTI, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, en «Diritto civile. Método. Teoria. Pratica», Milán, 1951, páginas 395 y ss.

(14) *Vid.* DE CASTRO, *Derecho Civil*, cit., pág. 465; desarrolla este mismo esquema DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1970 (reimpresión 1972), págs. 49 y ss., ampliamente.

(15) Así, ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, I, 7.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1979, pág. 214.

(16) Para esta y otras clasificaciones de la relación jurídica nos remitimos al propio DE CASTRO, *Op. últ. cit.*, págs. 468 y ss., sobre las que se puede observar que no siempre las categorías que propone el autor son excluyentes entre sí.

pues, la relación jurídica aparece como un superconcepto de escaso valor analítico y de recortada eficacia descriptiva, lo que constituye, en sustancia, la función técnica que, como lo hemos visto, le corresponde. Si a esto unimos, de una parte, que críticas similares se han formulado, no sin cierta exageración, contra la categoría paralela del negocio jurídico y, de otra parte, que se ha recomendado, en este momento de crisis del Derecho privado, un retorno a la exégesis, creemos que, sin abandonar la categoría, hay que someterla a una revisión profunda, sobre todo para ajustarla a los datos diversificados de nuestro Derecho positivo (17).

Importante, en este sentido, es la doctrina que subraya el perfil funcional de la relación jurídica, de acuerdo con la que se la concibe, fundamentalmente, como un reglamento de intereses que afecta lo mismo a las partes que a la colectividad de modo que su estudio no se agota en el examen estructural de las posiciones activa y pasiva; antes bien, desde el punto de vista funcional, el juego de intereses que está en la base de la constitución, evolución y extinción de cada relación jurídica concreta adquiere un valor muy significativo de cara a precisar, no sólo su existencia, sino su contenido, límites y modalidades, los que no son indiferentes a la comunidad. Esto pone de relieve, ante todo, la singularidad de cada relación jurídica y, en seguida, que la realización completa de los intereses que ella regula supone, de una parte, la cooperación necesaria de los titulares de cada posición jurídica y, de otra, una constelación de deberes, intereses, facultades y derechos, de extensión diversa, que acompaña a cada una de ellas. Esta perspectiva funcional, se complementa con una consideración instrumental de la relación jurídica por virtud de la cual se la entiende como una entidad jurídica provisional en orden a la realización de los intereses individuales y colectivos que ella misma tutela, lo que configura la prestación o, en general, el comportamiento debido por la posición jurídica pasiva, como el medio técnico principal que las partes consideran idóneo para la satisfacción de tales intereses, pero no el único, y no sólo los intereses propios de la posición activa, sino, también, los de la posición pasiva y de los terceros. Digamos, en fin, que, aun cuando es cierto que esta construcción aparece

(17) Nos referimos a la revisión crítica del negocio jurídico en cuanto categoría, iniciada, quizás, por LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1974, la que se ha extremado, en sentidos diversos, por GALGANO, *Il problema del negocio giuridico*, en «RTDPC», 1976, págs. 449 y ss.; para un examen equilibrado de la cuestión, vid. IRTI, *Itinerari del negocio giuridico*, en «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 7, Milano, 1978, págs. 395 y ss.; sobre este punto, es importante el trabajo de DE LOS MOZOS, *La renovación dogmática del concepto de 'causa' del negocio jurídico en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española*, en la *Op. cit.*, págs. 421 y ss. El retorno a la exégesis ha sido sugerido por el propio IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, 2.<sup>a</sup> ed., Torino, 1974, página 322, sobre el que nos hemos ocupado en la recensión de este libro en «ADC», 1976, págs. 487 y ss.

muy ligada todavía al modelo típico de la obligación, no es menos cierto que se ha ensayado su extensión a los derechos subjetivos absolutos de forma que el derecho de propiedad e, incluso, los derechos de la personalidad, se conciben en el cuadro de una determinada relación jurídica. Piénsese en las consecuencias que de ello se derivan de cara a una configuración técnica moderna del derecho de propiedad si consideramos que la propia relación jurídica, concebida así, protege la satisfacción de los intereses de la posición jurídica pasiva (18). Con todo, aunque esta orientación doctrinal habla de situación jurídica subjetiva para referirse lo mismo a la posición activa que a la posición pasiva de la relación jurídica, creemos que utiliza esta expresión en términos puramente descriptivos que son perfectamente compatibles con el derecho subjetivo que incumbe, por definición, a la posición activa, única que aquí nos interesa; orientación ésta que nos aporta, sin duda, elementos de juicio nuevos que deben tenerse en cuenta en orden a la renovación del concepto que nos ocupa.

El otro aspecto que queremos poner de relieve del cuadro sistemático a que nos estamos refiriendo está en conexión con el contenido de la relación jurídica en el que el derecho subjetivo aparece colocado en una situación de subordinación y dependencia con respecto a ella. Efectivamente, bien nos advierte De Castro que tal contenido «está formado —dice literalmente— por la situación respectiva en que quedan los distintos sujetos (de la relación jurídica, situación que puede ser), de preferencia, subordinación, oficio, etc.; creadora de titularidades, diversificada en derechos subjetivos, facultades y deberes especiales», derechos subjetivos que, en particular, además de poder adquirir una cierta independencia, «a su vez pueden ser considerados —añade el autor— como relaciones jurídicas subordinadas». Y agrega la explicación siguiente: «El nacimiento de la relación jurídica condiciona el de todos los derechos subjetivos que en ella se apoyan y la extinción de aquélla

---

(18) Entre la literatura que se ha ocupado directa e indirectamente del perfil funcional de la relación jurídica destaca, sobre todo, PERLINGIERI, *Modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, en SCIALOJIA-BRANCA, «Commentario del Código civil», Bologna-Roma, 1975, sub arts. 1230-1259, especialmente, págs. 42 y ss., y anteriormente, *Profili*, cit., págs. 219 y ss, especialmente, 225-227. El mismo autor ha intentado la aplicación de este esquema de la relación jurídica a los derechos subjetivos absolutos, en *Introduzione alla problematica della 'proprietà'*, Napoli, 1970, págs. 91 y siguientes, y *La personalità umana*, cit., en colaboración con CAPIZZANO, páginas 275 y ss.; últimamente, RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, en «Enc. Dir.», XXIX, Milano, 1979, pág. 145. Una construcción similar, centrada en la relación jurídica, nos ofrece LARENZ, *Derecho Civil*, cit., en tema de persona, págs. 46 y ss., y en materia de relación jurídica en general, páginas 245 y ss., en cuyo contenido destacan, al lado de los deberes jurídicos, los que llama deberes de cumplimiento que acompañan a cada posición jurídica de la relación (p. 266-268). Asimismo, entre nosotros, DÍEZ-PICAZO, *Op. cit.*, 362 y ss. y 372 y ss., examina ampliamente las cargas del acreedor y las facultades del deudor, e, igualmente, aplica el esquema de la relación jurídica a los derechos reales en la *Op. cit.*, II, Madrid, 1978, *passim*.

supone la liquidación de éstos; la relación jurídica no depende, en cambio, para su principio y su fin, del nacimiento y extinción de los distintos derechos subjetivos. El carácter orgánico de la relación jurídica hace que mientras los derechos no personales sean fácilmente transmisibles y enajenables, sea de una dificultad casi insuperable la transmisión de las relaciones jurídicas, a no ser por título *mortis causa*, lo mismo que se advierte, agregamos nosotros, en la transmisión de deudas, las que se sitúan en la posición pasiva de la relación (19). De acuerdo con esto, el derecho subjetivo se nos presenta subordinado a la relación jurídica en términos tales que el nexo de uno y otra reviste los mismos caracteres técnicos que la accesoriedad, conforme con la regla *accessorium sequitur principale*, que hemos estudiado en otra ocasión en tema de obligaciones (20); se trataría, pues, de una relación jurídica accesoria a una relación jurídica básica, por lo menos, en los supuestos normales en que el derecho subjetivo forma parte integrante del contenido de la relación jurídica. Señálemos, de una parte, que el derecho subjetivo se configura él mismo como una relación jurídica y, de otra, que aparece sujeto, en último término, a una doble subordinación. Por un lado, está la subordinación inmediata del derecho subjetivo a la relación jurídica y, por otro lado, la subordinación del mismo de forma mediata al Derecho objetivo el cual determina las consecuencias jurídicas que se derivan de ella o, lo que es igual, que regula el contenido típico de la relación jurídica, como entiende la generalidad de nuestros autores (21). Conviene señalar que, aunque esta concepción que minimiza el derecho subjetivo está en línea con la orientación iniciada por la escuela histórica y es el resultado de la reacción contra la exasperación individualista que invierte los términos de la subordinación, no resuelve el problema de forma radical, pues la determinación del contenido de la relación jurídica depende, fundamentalmente, de la autonomía privada sobre todo en los ordenamientos que, como el nuestro, no fijan un *numerus clausus* de derechos subjetivos (22). Asimismo, notemos que esta concepción

(19) *Vid. DE CASTRO, Op. cit.*, pág. 468, texto y nota 2.

(20) Nos remitimos para esto a nuestro estudio *La regla 'accessorium sequitur principale' y la prestación*, en «Sobre la Estructura de la Obligación», Palma de Mallorca, 1980, págs. 11 y ss.; también, *Contribución al estudio de las obligaciones accesorias*, en «RDP», 1980, págs. 28 y ss., y allí referencias.

(21) Planteamientos similares en lo sustancial, con matices diversos, mantienen, entre otros, CASTÁN-DE LOS MOZOS, *Derecho Civil*, *cit.*, págs. 9 y ss.; ESPÍN, *Op. cit.*, pág. 216; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I-2, Barcelona, 1977, páginas 7 y ss., y *Curso de Derecho Civil Español, Común y Foral*, I, Barcelona, 1977, págs. 269 y ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, Barcelona, 1974, págs. 236 y ss.; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1975, especialmente, pág. 403; expresamente en el sentido del texto, DÍEZ-PICAZO, *Op. cit.*, I, págs. 50-51; concuerda, últimamente, GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 1979, págs. 219 y ss. y 241 y ss.

(22) Mientras el punto es claro en tema de derechos personales, dentro de los límites que marcan los artículos 7, 1255 y 1258, C. c., no lo es tanto,

ción que subordina el derecho subjetivo a la relación jurídica está en la misma línea que la tesis de la situación jurídica, si dejamos de lado la propuesta, de todo punto excesiva, que se ha formulado en el marco de esta última corriente tendente a sustituir la propia relación jurídica por la situación jurídica subjetiva (23). Esta última idea nos parece inadmisible, de una parte, por cuanto olvida la necesidad del principio de *neminem laedere*, el cual, por ser aplicable, va ha de presentar con respecto a la relación jurídica; de otra parte, porque la situación jurídica, concebida como equivalente a la relación jurídica, se compagina mal con la estructura de la obligación y con la disciplina positiva del derecho subjetivo de crédito, las que presuponen, como es evidente, la existencia de la posición jurídica pasiva —la existencia del deudor— sin la cual la relación jurídica de obligación, básica para la categoría de los derechos subjetivos relativos, pierde su razón de ser; en fin, porque en el campo de los derechos subjetivos absolutos corresponde a la posición pasiva, como se sabe, el deber negativo de respeto en cuya base está el principio de *neminem laedere*, el cual, por ser aplicable, precisamente, a los derechos subjetivos relativos, en lugar de demostrar que se puede prescindir de la relación jurídica, como erróneamente se ha creído, prueba lo contrario: que presupone la existencia, en todo caso, de una relación intersubjetiva, aun sin tomar en consideración el aspecto funcional e instrumental de la misma en los términos en que ha quedado expuesto (24). Es más,

---

sobre todo desde el punto de vista práctico y registral, en materia de derechos reales; así, DÍEZ-PICAZO, *Autonomía privada y derechos reales*, en «RCDI», 1976, págs. 273 y ss. Incide sobre este último aspecto, DE LOS MOZOS, *La obligación real: aproximación a su concepto*, en «Estudios Roca Sastre», II, Madrid, 1977, págs. 331 y ss., con referencias a la literatura anterior.

(23) En este sentido, el «redimensionamiento» de la teoría de la relación jurídica que propone COMPORTI, *Op. cit.*, págs. 779 y ss., a nuestro modo de ver, injustificadamente, por las razones apuntadas en el texto.

(24) En efecto, insiste, entre nosotros, DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 487, en la idea de subordinación del derecho subjetivo cuando dice que, en ciertos casos, «los derechos subjetivos constituyen unidades independientes, pero están siempre dentro de una relación jurídica», por todos. Por el contrario, el principal punto débil de la argumentación de COMPORTI, *Op. cit.*, págs. 783-784, está en relación con los derechos subjetivos relativos, pues se apoya en los supuestos marginales de derechos que no son correlativos de obligaciones y viceversa, llegando a concluir que, a base de estos casos excepcionales, «el esquema de la relación jurídica parece asumir una posición no ya de necesidad, sino de mera eventualidad en la teoría de las situaciones subjetivas»; tampoco parece convincente recordar con este propósito, como hace el autor, *loc. cit.*, la escasa nitidez de la distinción de derechos personales y reales ni la posibilidad de que ambos tipos de derecho subjetivo puedan ser objeto de lesión por parte de terceros, como bien lo ha estudiado BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, *passim*, y, entre nosotros, el propio DÍEZ-PICAZO, *Op. cit.*, I, págs. 275 y ss., sin inferir la consecuencia que criticamos. Asimismo, en tema de derechos subjetivos absolutos, la argumentación de COMPORTI, *Op. cit.*, págs. 782-783, se basa en que el deber de *alterum non laedere* se aplica, también, a los dere-

la categoría de la situación jurídica, reducida a sus dimensiones justas, en cuanto categoría alternativa al derecho subjetivo, creemos que, sin llegar a sustituirle, puede ser útil de cara a la interpretación renovadora de su concepto sobre todo porque hace resaltar la función de tipo social que corresponde a su titularidad y la posibilidad de un control objetivo, a base del Derecho positivo, sobre las condiciones en que su ejercicio merece tutela jurídica; incluso, algunos atributos del derecho subjetivo se comprenden mejor, si se los contempla desde la óptica de la situación jurídica a la que, por otra parte, tales atributos son, asimismo, aplicables con muy leves matizaciones. Bien entendido que nos referimos a la situación jurídica subjetiva que corresponde a la posición activa en la relación jurídica; concebidos así, pues, situación jurídica y derecho subjetivo pueden ser considerados como términos intercambiables, pero solamente si se los concibe de éste y no de otro modo.

2. Una nota importante de la categoría que nos ocupa es que no hay en las fuentes del Derecho romano un concepto explícito de derecho subjetivo, bien porque se lo entendía incorporado en las *mores maiores*, bien porque la técnica procesal romana, práctica y concreta, hizo innecesaria su formulación, como sugieren los autores (25). Lo cierto es que investigaciones recientes han venido

chos de crédito y en la idea de PUGLIATTI, *Il tranferimento*, cit., pág. 23, según la cual la relación jurídica surge en los derechos reales sólo una vez que han sido violados, de modo que antes de la violación, infiere el autor, *loc. cit.*, tal deber «no debería presentarse como correlativo del derecho absoluto»; apoya esto último en el criterio no sólo discutible de SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9.<sup>a</sup> ed., Napoli, 1960, según el cual «el deber general de abstención es secundario y reflejo, no correlativo al poder del titular», sino que el propio SANTORO-PASARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, en «Enc. Dir.», XII, cit., pág. 752, abandonó más tarde al entender que se trata de un deber reconducible a la prohibición general de *neminem laedet*, la que presupone la existencia necesaria de una relación jurídica, tal como lo hemos señalado en el texto. La tesis de COMPORTI, pues, no sólo es errónea, sino que el autor, *Op. cit.*, pág. 784, infiere de ella una consecuencia extrema que nos parece grave por cuanto termina por negar, en contra de «*tutta la costante tradizione dottrinaria*» (*loc. cit.*, nota 160), que la figura del deber o de la sujeción merezca consideración jurídica autónoma, puesto que, en cuanto constitutiva del término pasivo de la relación jurídica, «se trata de una cualificación inactiva» y común a todos los sujetos que la doctrina ha creado, a su juicio, «sólo por exigencias conceptualísticas derivadas de la exaltación dogmática del esquema de la relación jurídica en el cuadro de la concepción imperativa del Derecho». Esta conclusión infundada se debe, a nuestro modo de ver, a la oposición del autor a la concepción normativista del derecho subjetivo que, como veremos, acaba por disolverlo en la noción de deber jurídico, aun cuando el autor parece no tener conciencia de ello; para esta última concepción, *vid. IRTI, Introduzione*, cit., págs. 36 y ss.; también, *Sul concetto di titolarità*, cit., págs. 7 y ss. (en *Due saggi*, cit., de donde citamos); en general, BÜCHER, *Das subjektive Recht*, cit., *passim*.

(25) Es de la primera opinión DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 475, y de la segunda, COMPORTI, *Op. cit.*, pág. 718.

a confirmar que figuras tales como *ius*, *ius in re*, *proprietas*, *usus fructus* y los *iura praediorum* pertenecían a la categoría de la *res* y tenían el régimen jurídico de las cosas, según se puede apreciar, sobre todo, en la conocida *summa divisio* de las *Institutiones* de Gayo (26). Significativo, en este mismo sentido, parece ser que los textos clásicos que aluden a los *ius in aliqua re* o a los *ius in ea re*, variantes de la fórmula *ius in re*, no comprenden al derecho de propiedad de modo que, según se ha inferido de un fragmento del propio Gayo, que se recoge en D. 39.2.19, el *dominium* no es un *ius in re* (27). Con todo, frente a esta opinión extrema, que se aparta totalmente de la tradición pandectista, se ha señalado que cabe advertir en la evolución del Derecho romano una progresiva relevancia de las situaciones jurídicas subjetivas, cuya tutela se llevó a cabo, con plena conciencia, con técnicas equivalentes a las que protegen el derecho subjetivo en el ordenamiento moderno, esto es, mediante la *actio* (28). Notemos que se ha observado, entre nosotros, que el *ius* presentaba en Roma lo mismo aspectos objetivos que subjetivos, los que parecen aludir al concepto de «posición justa», muy próximo al *suum cuique*, el cual, parece ser, tampoco puede ser concebido como derecho subjetivo en el sentido moderno (29).

(26) Nos referimos a los trabajos de VILLEY, *L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, en «RHDDE», 1946-1947, págs. 201 y ss., y *Le 'ius in re' du droit romain classique au droit moderne*, en «Conférence faits à l'Institut de Droit Romain en 1947», París, 1950, págs. 187 y ss., ambos incluidos en el volumen que reúne las obras del autor sobre el tema bajo el título colectivo *Estudios en torno a la noción de Derecho subjetivo*, cuidado por GUZMÁN BRITO, Valparaíso, 1976, págs. 71 y ss. y 125 y ss., de donde citamos; de interés, la presentación de GUZMÁN BRITO, págs. 11 y siguientes, con referencias a la doctrina romanista. En general, para una valoración de la tesis mencionada en el texto, KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, págs. 96 y ss., por todos; entre nosotros, acepta la opinión de Villey, VALLET DE GOYTISOLO, *Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de terceros*, ahora en «Estudios sobre Derecho de Cosas», Madrid, 1973, págs. 177 y ss., especialmente, págs. 209 y ss.

(27) Según lo pone de relieve el propio VILLEY, *Du sens de la expression 'ius in re' en droit romain classique*, en «RIDA», 1949, págs. 417 y ss., y en *Estudios*, cit., págs. 101 y ss., especialmente, 104-105. Examina el problema, entre nosotros, ROBLEDA, *El Derecho subjetivo en Gayo*, en «Studi Scherillo», I, Milano, 1972, págs. 7 y ss.

(28) En este sentido PUGLIESE, *'Res corporales' e 'res incorporales' e il problema del diritto soggettivo*, en «RISG», 1951, págs. 237 y ss., y ALBANESE, *Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo*, en «Schritti Jemolo», IV, Milano, 1963, págs. 3 y ss. En general, GUARINO, *Il diritto e l'azione nella esperienza romana*, y el importante estudio de BETTI, *Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica*, ambos en «Studi Arangio-Ruiz», Napoli, 1953, I, págs. 389 y ss., y IV, páginas 83 y ss.; también BISCARDI, *Azioni e rapporto giurídico nel sistema formulare classico*, Milano, 1968.

(29) Así, en el primer sentido señalado en el texto, D'ORS, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de 'ius'*, en «Studi Albertario», Milano, 1943, páginas 277 y ss., y en el segundo, VILLEY, *'Suum ius cuique tribuens' en 'Studi De Franciscis'*, I, Milano, 1956, págs. 363 y ss.

En el *ius commune*, aunque hay antecedentes del derecho subjetivo tales como los llamados derechos naturales inherentes al *status* de las corporaciones religiosas y profesionales o, incluso, a partir del Renacimiento, la intangibilidad de los derechos adquiridos frente al poder real, una de las primeras definiciones se debe a Occam, quien, en el siglo XIV, la formula en los términos modernos de *potestas*, lo mismo que se puede apreciar, todavía en el siglo XVII, cuando Suárez dice que el *ius*, en su último y más estricto significado, es «cierto poder o facultad moral que cada uno tiene sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe»; así, también, Donellus quien entiende, en este mismo sentido, que «todo lo que nos pertenece es *duplex*», aludiendo a los derechos reales y personales, autor que utiliza esta bipartición como criterio de ordenación de la materia que expone en cada parte del *Corpus Iuris Civilis*, sin llegar a elaborar un concepto unitario ni a hablar de derecho subjetivo, lo mismo que Cuyacio, Duaren e, incluso, Domat (30). Pero a comienzos del siglo para Grocio, en cambio, el «sentido propio y estricto» de la palabra derecho es la «cualidad moral que corresponde a una persona para tener o

(30) Recuerda la categoría de los derechos naturales y de los derechos adquiridos, DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 475 y 476; a la primera se refiere GIERKE, *Althusius*, II, 1902, pág. 275, nota 29, erróneamente, según VILLEY, *Les origines de la notion de droit subjectif*, en «Archives», II, Paris, 1953-1954, páginas 163 y ss., ahora en *Estudios*, cit., págs. 23 y ss., especialmente, pág. 46, nota 52. En cuanto a Occam, *vid* del mismo VILLEY, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, en «Archives», IX, cit., págs. 97 y ss., ahora en *Estudios*, cit., págs. 149 y ss., sobre todo a base de *Opus nonaginta diorum* (1332 aproximadamente). Recoge la tradición tomista SUÁREZ, *De Legibus ac Deo Legislatore*, I.2.5 (ed. bilingüe del C.S.I.C., Madrid, 1971, pág. 26), de donde hemos tomado la definición trascrita, si bien es cierto que, como observa VILLEY, *Les origines*, cit., en *Estudios*, cit., págs. 48-49, nota 59, al contraponer en la *Op. cit.*, I.2.6, la *moralis facultas* y el *ius objectum iustitiae*, el autor se aproxima a la concepción moderna del derecho subjetivo. Sin embargo, no advierte el autor que cuando SUÁREZ dice en el mismo fragmento (ed. cit. pág. 26): «Porque la ley consiste en una orden o mandato. Y así lo emplean con frecuencia los jurisconsultos al decir, por ejemplo, que hacemos uso de este o de aquel derecho, que tal cosa se basa en un derecho cierto y comprobado, y frases semejantes. En este sentido —añade— se habla también de Derecho cuando se lo contrapone a hecho», el derecho subjetivo nada tiene que ver con la voluntad ni con el individuo; por el contrario, aun cuando se podría hablar de una contraposición de *ius reale* y *ius legale*, el derecho subjetivo radicaría en este último, en el Derecho objetivo, de donde proviene el «poder o facultad moral» del sujeto, con lo que SUÁREZ se anticipa, en más de trescientos años, a la concepción que, según veremos, prospera en la doctrina moderna. En cuanto a DONELLUS, el fragmento transcrita pertenece a *Opera omnia. Commentarium de iure civile*, I, Florentiae, 1840 col. 238; señala VILLEY, *Le 'ius in re'*, cit., en *Estudios*, cit., pág. 130, que esta idea unitaria, implícita en el pensamiento del autor, influyó en su ordenación sistemática original del Derecho civil. Para los autores franceses citados, *vid.* el propio VILLEY, *Les origines*, cit., en *Estudios*, cit., pág. 49, texto y notas, con referencias. Notemos que la concepción individualista aparece plenamente consolidada en POTHIER, *Oeuvres*, París, 1847, vol. IX, pág. 101, cuando define los derechos reales como «el derechos que tenemos sobre una cosa», por ser absolutos y vincular la cosa directamente al hombre.

hacer algo justamente», cualidad que cuando es perfecta el autor llama facultad, la que se manifiesta, dice literalmente, en «la potestad sobre sí mismo (*libertas*); hacia otros (como la *patria dominica*); el dominio pleno, el menos pleno». He aquí el punto de partida de la concepción individualista del derecho subjetivo que desarrollan sus comentaristas Pufendorf, Feltmann y Thomasius, y que la escuela del Derecho natural racionalista llevó a su máxima expresión; invierte ésta los derechos naturales del hombre, que admitía, como vimos, la tradición escolástica, para configurarlos y multiplicarlos en una larga serie de *iura* propios del individuo (31). Así, los llamados derechos innatos se colocan en el centro del sistema jurídico el cual se concibe, pues, como un catálogo de derechos subjetivos que se plasma en las codificaciones lo mismo iusnaturalistas que liberales de principios del siglo pasado, tanto en el campo del Derecho público, según se advierte en las famosas Declaraciones de los derechos del hombre de 1776 y 1789, cuanto en el Derecho privado, sobre todo en el *ABGB* y en el *Code* (32).

Pero esta evolución no acaba aquí sino que continúa a lo largo del siglo XIX. La escuela histórica, a pesar de su oposición a la escuela del Derecho natural, nos ofrece una concepción aún más individualista, si cabe, a base del dogma de la voluntad que se presenta como un *prius* frente al Derecho objetivo. Con todo, en los últimos pandectistas se aprecian desviaciones importantes; así, Ihering formula el conocido concepto del interés jurídicamente protegido; Dernburg subraya la idea de que consiste en una cuota en los bienes de la vida; Windscheid, además de afirmar la prioridad del Derecho objetivo, pone el acento en el aspecto externo del derecho subjetivo, en la tutela de la situación subjetiva activa; Thon y Regelsberger, en fin, identifican el derecho subjetivo con

(31) *Vid.* GROCIUS, *De jure Belli ac Pacis* (1625), I.1.4 y 5; PUFENDORF, *Elementarum jurisprudentiae universalis libri duo* (1660), I.8.; FELTMANN, *Tractatus de jure in re et ad rem* (1665), I.27 y THOMASIUS, *Fundamenta juris naturae* (1718), I.5.1, todos citados por VILLEY, *Les origines*, cit., en *Estudios*, cit., págs. 25 a 27; entre las fuentes del primero destaca DE SOTO, *De justitia et iure*, IV.4.7.1.99; sobre ésto último, THIEME, *El significado de los grandes juristas y teólogos españoles del siglo XVI para el desenvolvimiento del Derecho natural*, en «RDP», 1954, págs. 596 y ss., y *Qu'est ce que nous, les juristes, devons à la seconde scolastique espagnole?* en el vol. *La seconde scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, 1973, págs. 7 y ss., recientemente. En esta misma línea, CASTÁN VÁZQUEZ, *El Derecho civil en la obra de Luis Vives*, en «ADC», 1950, págs. 411 y ss., y CUEVILLAS, *Luis de Molina: el creador de la idea de derecho facultad*, en «REP», 1954, págs. 103 y ss.; con todo, DÍAZ CRUZ, *Op. cit.*, págs. 7 y ss., afirma que hasta 1750 la escuela del Derecho natural no conoció la categoría de los derechos subjetivos, lo que parece admitir CASTÁN, *Derechos subjetivos*, cit., pág. 102, si bien es, como vemos, inexacto.

(32) Para esto, DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 476 y 477; extensamente, DE LOS MOZOS, *Derecho Civil Español*, cit., págs. 189 y ss. Todavía BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *Explicaciones del Curso Monográfico del Doctorado*, Salamanca, 1948-1949, citado por MARTÍN BLANCO, *Op. cit.*, pág. 671 texto y nota 2, entiende que el «Derecho civil se integra por un haz o conjunto de derechos subjetivos».

el medio técnico de protección del interés tutelado por el Derecho objetivo (33). Ha quedado abierto, como vemos, el camino a las teorías mixtas y a las teorías negativas que, en polémica con las distintas concepciones sobre la naturaleza jurídica del derecho subjetivo, ocupan nuestra casi agotada centuria.

Pero veamos con algún detalle las líneas fundamentales de esta evolución. Es sabido, en efecto, que para la escuela del Derecho natural el derecho subjetivo es una potestad o una facultad inherente a la cualidad de persona, que el Derecho objetivo no sólo no puede vulnerar sino que tiene por misión principal reconocer y proteger, hasta el extremo de concebir el Derecho civil, por ejemplo, como el reino de la libertad del individuo. Frente a esta concepción, Savigny opone, según sabemos, la llamada teoría de la voluntad por motivaciones lo mismo dogmáticas que políticas; de acuerdo con esta teoría, el derecho subjetivo se concibe como el «terreno del señorío independiente de la voluntad», si bien la fórmula propuesta no es radicalmente distinta de la anterior (34). Y esta similitud se acentúa por los pandectistas alemanes posteriores, pues la interpretan, durante una primera época, bien como el ámbito de libertad reservado al individuo, bien como una facultad que se caracteriza sobre todo por el señorío de la voluntad, en línea

(33) *Vid. IHERING, L'Esprit du Droit Romain*, IV, trad. fr., París, 1890, pár. 70, págs. 315 y ss.; DERNBURG, *Pandette*, I, trad. it., Torino, 1906, pág. 39; WINSCHED, *Diritto delle Pandette*, I-1, trad. it., Torino, 1902, pág. 27; THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, págs. 218 y ss. (hay trad. it. *Norma giuridica e diritto soggettivo*, 2.<sup>a</sup> ed., Padova, 1951), y REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, págs. 76 y ss.

(34) Muy significativa de la orientación iusnaturalista es la definición de Derecho civil que nos da SPINOZA, *Traité theologico-politique*, trad. fr., París, 1928, pág. 305, según la cual «por Derecho civil privado no podemos entender otra cosa que la libertad que cada individuo tiene de conservarse en su estado, tal como ella es determinada por los Edictos del poder soberano». El texto de SAVIGNY lo hemos tomado de DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 477, lo mismo que la intención política del autor expuesta, en pág. 461, a propósito de la relación jurídica. Muy expresiva del pensamiento de SAVIGNY es la frase con que comienza, prácticamente, su «investigación sobre la naturaleza general del Derecho»; dice así: «El Derecho, considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestro ser, nos aparece como un poder del individuo. En los límites de este poder, reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder o facultad lo llamamos *derecho* y algunos, derecho en sentido subjetivo» (*vid. Sistema*, ed. cit. par. 4, pág. 65). Y añade lo que ha sido decisivo para la doctrina moderna: «El derecho no se manifiesta nunca más claramente que cuando, negado o atacado, viene la autoridad judicial à reconocer su existencia y extensión» (*loc. cit.*). Con todo, el paso siguiente es la subordinación del derecho subjetivo a la relación jurídica, cuando agrega: «pero un examen más atento nos manifiesta que la forma lógica de un juicio satisface sólo una necesidad accidental, y que, lejos de agotar la esencia de la cosa, supone dicha forma una realidad más profunda, esto es, la *relación de derecho*, de la cual no es más que una faz diversa abstractamente considerada» (*Ibidem*). Vemos, pues, que aquí está el germen de todas las vicisitudes de nuestro concepto hasta el presente. Para el retorno de la escuela histórica a algunos postulados iusnaturalistas, WIEACKER, *Storicismo e formalismo*, cit., especialmente, págs. 895 y ss., por todos.

con la concepción kantiana del Derecho. Esta concepción es la que está en la base del pensamiento de Windscheid que, en época más tardía, procura mantener la teoría de la voluntad, aunque la deforma. Presupone este autor, en efecto, la tesis de Kant según la cual el Derecho objetivo es un «conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio de unos puede acomodarse al arbitrio de otros con arreglo a una ley universal de libertad»; de acuerdo con esto, entiende Windscheid que la misión del Derecho privado es la de «fijar los límites al dominio de la voluntad de los individuos que conviven», a través de «mandatos y prohibiciones —normas jurídicas imperativas y prohibitivas», y ello de tal manera que, afirmada la prioridad del Derecho objetivo, el derecho subjetivo consiste para el autor, primero, en un «permitir-querer», el famoso *Wollen-Dürfen*, y luego, en el «señorío de la voluntad concedido por el ordenamiento jurídico», el cual se concreta en la posibilidad reconocida al sujeto de accionar frente a otro un mandato del propio ordenamiento, de modo que, como vemos, lo determinante no es la voluntad del individuo sino la voluntad objetiva de la norma (35). Numerosas son las críticas que se han esgrimido contra esta concepción del derecho subjetivo. Muy esquemáticamente, digamos que se trata, para Ihering, de una construcción irrealista y formal que no agota la sustancia del derecho subjetivo; para Thon, de una construcción errónea que no explica supuestos marginales tales como, por ejemplo, los derechos subjetivos que pertenecen a las personas incapaces de querer y entender; para Pugliatti, de una construcción que se contradice a sí misma puesto que la voluntad del individuo aparece, no como la fuente de poder originario que el Derecho objetivo debe necesariamente reconocer, sino como un simple presupuesto de hecho para que se produzcan los efectos previstos por la norma y Guarino, en fin, llevando esta concepción hasta un punto extremo, ha puesto de relieve que la voluntad no entra en el esquema típico del derecho subjetivo sino que permanece fuera del mismo (36).

(35) Para los primeros pandectistas, *vid.* las interesantes observaciones de LARENZ, *Metodología*, cit., págs. 33 y ss., y, sobre el derecho subjetivo en PUCHTA, en particular, pág. 36. El fragmento de KANT pertenece a su obra *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, trad. esp., México, 1968, páginas 32-33. En cuanto a WINDSCHEID, *Op. cit.*, págs. 169 y 351, respectivamente; la relación entre norma y derecho subjetivo nos la explica así: «El Derecho objetivo dicta un precepto obligando a un determinado comportamiento, y pone este precepto a disposición de aquel a cuyo favor lo ha establecido. Le queda confiado a éste el valerse o no del precepto y en particular el poner o no en obra los medios garantizados por el ordenamiento jurídico frente al rebelde. De este modo, su voluntad es decisiva para la actuación del precepto emitido por el ordenamiento jurídico. Este se ha despojado en favor de aquél del precepto que dictó: del precepto propio ha hecho un precepto del titular. El Derecho ha pasado a ser un derecho del titular» (*loc. ult. cit.*). La alusión a *Wollen-Dürfen* la recuerda DE CASTRO, *Op. cit.*, página 477, nota 5, refiriéndose a las primeras ediciones de las *Pandekten*.

(36) *Vid.* IHERING, *Op. cit.*, págs. 320 y ss.; para el autor, de acuerdo con la teoría que critica «el Derecho privado no sería más que un ruedo para la

Como se sabe, en oposición a esta tesis, Ihering propone la llamada teoría del interés de acuerdo con la que el concepto de derecho subjetivo pasa a gravitar, no sobre la voluntad del individuo, sino sobre el interés; con arreglo a este criterio sustancial, entiende el autor, en efecto, que el derecho subjetivo consiste en un «goce, ganancia o ventaja» tendente a la satisfacción de los intereses individuales, el cual se desdobra en un aspecto material, el fin práctico de utilidad, y un aspecto formal, la protección instrumental que a tal fin otorga el Derecho objetivo, aspectos ambos que se recogen en la conocida definición del «interés jurídicamente protegido», esto es, la «seguridad jurídica del goce»; según esto, no todos los intereses protegidos son de índole económica ni corresponden a derechos subjetivos, como es el caso de los efectos reflejos de las normas jurídicas. Los intereses legítimos no son, para esta concepción, derechos subjetivos sino cuando «el interés se protege a sí mismo», cuando existe la posibilidad de una especie de autotutela encomendada al titular (37). Múltiples son, también, las objeciones que esta concepción merece. Así, señalemos que Thon observa fundamentalmente dos cosas: de una parte, que el interés, por ser objeto y fin del derecho subjetivo, no es un elemento que forme parte de su concepto, sino que está fuera de él y, de otra, que, por ser el fin práctico ajeno al derecho subjetivo, éste no es el interés protegido sino, en último análisis, el medio a través del cual se lo protege. Tuhr dice que, a menos que se admita prueba sobre la existencia del interés en cada caso, habría que entender que tal interés existe siempre por el mero hecho del libre ejercicio de la voluntad, con lo que esta teoría vuelve a la anterior; Kelsen, desde su postura radical, advierte que los intereses son siempre de los individuos, que hay derechos sin interés y que el interés protegido por el Derecho es el interés medio el cual reside, no en el sujeto, sino en la norma; en fin, se ha puesto de relieve que cabe la disociación de derecho e interés y que los intereses protegidos admiten una interpretación lo mismo objetiva que subjetiva los que dependen, en última instancia, de la voluntad del legislador, del Derecho objetivo (38).

---

voluntad, en el que caracolear, ensayarse, probar sus fuerzas y gozarse en sus propias evoluciones», según refiere DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 477 y 478, nota 1, que cita la ed. alem. Para las otras consideraciones críticas mencionadas en el texto, THON, *Op. cit.*, págs. 115 y ss.; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., págs. 55 y ss., con referencias abundantes a la pandectística, y, en fin, GUARINO, G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, en «Rass. dir. pubb.», 1949, páginas 283-284, citado por COMPORTI, *Op. cit.*, pág. 724, nota 16.

(37) Así, IHERING, *Op. cit.*, pár. 70, págs. 315 y ss.; los fragmentos están tomados de DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 478, texto y nota 1, que cita la ed. alem. En sentido similar, para DERNBURG, *Op. cit.*, pág. 30, el derecho subjetivo es «la participación en los bienes de la vida que a una persona corresponde en la sociedad humana y que garantiza el orden jurídico»; asimismo, KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1909, pág. 46, cuando afirma que se trata del contenido del disfrute asegurado jurídicamente, entre otros.

(38) *Vid.* THON, *Op. cit.*, págs. 218-219; TUHR, *Parte General del Derecho*

Ante esta situación, la doctrina se divide en dos direcciones diversas, fundamentalmente: de una parte, la larga serie de fórmulas mixtas que combinan de forma varia las nociones de voluntad y de interés y, de otra parte, la llamada teoría de la protección cuya formulación inicial debemos a la obra básica de Thon. Ante todo, digamos que estas dos orientaciones, que tienen su origen en el pandectismo tardío, se proyectan a lo largo del siglo XX hasta nuestros días. Manifestaciones significativas de las llamadas teorías mixtas son las definiciones de derecho subjetivo que lo conciben, en términos bastante ambiguos, como «la protección de intereses que funda un poder de la voluntad» o como «el poder para la satisfacción de un interés reconocido», entre las fórmulas más divulgadas por la doctrina moderna. Por supuesto que han sido fáciles las críticas lanzadas contra estas posturas por cuanto es cierto que, aparte de no resolver el fondo de la cuestión, adolecen de los defectos e inconvenientes de las teorías de la voluntad y del interés, y carecen de relevancia autónoma porque no acaban de definirse respecto a si el interés está al servicio de la voluntad o viceversa (39). Sin embargo, hay que destacar que estas fórmulas mixtas han sido útiles a la ciencia general del Derecho al par que han permitido profundizar en la forma en que las dos teorías básicas se entrelazan. En efecto, definiciones mixtas como la que entiende que el derecho subjetivo es «un poder jurídico que tiene por fuente el derecho objetivo, que se dirige contra los hombres para obtener el cumplimiento de los deberes impuestos por las normas jurídicas con el fin de alcanzar la satisfacción de intereses humanos», o aquella sintética según la cual es el «poder de dejar que sean eficaces los imperativos del Derecho», son las que han hecho posible la extensión del derecho subjetivo al campo del Derecho público. Fortuna ha tenido, en efecto, la tesis iuspublicista, según la cual el derecho subjetivo consiste en el poder de la voluntad reconocido y protegido por el ordenamiento, que tiene por objeto un bien o un interés, y a partir de ella, se ha desarrollado la importante categoría de los intereses legítimos (40).

Civil, I, trad. esp., Madrid, 1927, págs. 59-60; KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1966, págs. 148 y ss. Alude DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 478, a los supuestos de disociación que se presentan cuando hay derechos subjetivos sin interés en casos tales como, por ejemplo, contratos a favor de tercero, titularidad fiduciaria o actuación del tutor. Sobre la ambigüedad del concepto de interés protegido, PUGLIATTI, *Op. últ. cit.*, pág. 57, y NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altri*, Milano, 1936 (reimpresión, Camerino, 1978), páginas 70 y ss., extensamente.

(39) Las definiciones mixtas o combinadas que hemos transcritto pertenecen a REGELSBERGER, *Op. cit.*, pár. 14, pág. 76, y a BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Weimar, 1886, pár. 18, pág. 49. Destacan las consideraciones críticas de RECASENS SICHES, *Il concetto di diritto soggettivo inanzi alla filosofia del diritto*, en «RIFD», 1926, págs. 493 y ss., y de DABIN, *Op. cit.*, páginas 79 y ss.

(40) La primera definición transcrita es la conocida fórmula propuesta por FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 354, que cita CASTÁN,

Y en la observación de las relaciones que existen entre las teorías de la voluntad y del interés se ha puesto de relieve, de una parte, que ambas concepciones son compatibles entre sí por cuanto, mientras el poder de la voluntad atiende a la naturaleza jurídica del derecho subjetivo, el interés protegido apunta a resaltar su *ratio*; de otra parte, se ha señalado que ambas teorías son, en el fondo, mixtas, pues no se excluyen mutuamente desde que la teoría de la voluntad, se ha dicho, no niega que el poder de la voluntad del individuo esté al servicio de los intereses humanos e, inversamente, la teoría del interés no rechaza la idea de que el interés protegido precise de la voluntad para hacerlo valer (41).

Gran aceptación en el siglo XX ha tenido la teoría de la protección propuesta por Thon a fines del siglo pasado, a partir del aspecto formal del derecho subjetivo, puesto de relieve por la teoría del interés. Afirma este autor, en efecto, que su núcleo central no radica tanto en el interés protegido cuanto en la técnica de protección, en la seguridad jurídica del disfrute, pero no basta que

---

*Derechos subjetivos*, cit., pág. 108, nota 38; vid., además, del mismo autor, *Le persone giuridiche*, 2.<sup>a</sup> ed., Torino, 1956, págs. 27 y ss. La fórmula sintética pertenece a GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925, pág. 233. En el campo del Derecho público, aludimos a JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechten*, 2.<sup>a</sup> ed. Tübingen, 1919, págs. 43-45 (hay trad. it., Milán, 1912), a quien IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le Droit privé*, París, 1931, pág. 94, nota 1, califica erróneamente de voluntarista por haber ampliado el papel de la voluntad con respecto a la primera ed. de su obra en 1892; como demuestra PUGLIATTI, *Op. cit.*, pág. 60, nota 142, se trata de un error por cuanto el destacado iuspublicista siempre mantuvo el criterio de la *Kombinationstheorie*, aunque voluntad e interés graduados de diversa forma. Una orientación similar mantiene ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, Padova, 1932, pág. 123, lo mismo que, entre nosotros, GARRIDO FALLA, *Derechos públicos subjetivos*, en «NEJ», VII, cit., p. 63 y ss., últimamente. Para la categoría de los intereses legítimos, vid. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legitimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, en «RTDP», 1952, págs. 611 y ss., con quien concuerda GARRIDO FALLA, *Op. cit.*, páginas 76-77, al aceptar la distinción de intereses legítimos materiales o sustanciales e intereses legítimos instrumentales; para su aplicabilidad al Derecho civil, BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legitimo nel diritto privato*, Milán, 1967, *passim*.

(41) Advierte<sup>o</sup>el primer aspecto, RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, trad. it., Milán, 1961, pág. 176, autor que entiende en *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. esp., México, 1955, pág. 83, que el derecho subjetivo «implica la posibilidad de reclamar a favor de uno la protección de los bienes jurídicos y de poder poner en acción los medios necesarios para ello», lo que se basa, a su juicio, en una norma facultativa; el segundo, DABIN, *Op. cit.*, pág. 80; en particular, dice en este mismo sentido PUGLIATTI, *Op. cit.*, pág. 59, que «el interés del sujeto presupone la voluntad». Veremos más adelante que la noción analítica de derecho subjetivo que nos ofrece este último autor está muy próxima a esta línea de profundización a partir de una concepción mixta; se basa para ello en la idea de que la suma de voluntad e interés constituye la categoría autónoma de poder jurídico en la que la voluntad representa el medio y el interés el fin del derecho subjetivo, según expresa en la *Op. cit.*, pág. 62. Para un elenco amplio de definiciones próximas a esta línea, CASTÁN, *Op. cit.*, págs. 105, nota 18, y 107, nota 31.

esta protección exista a favor del titular, sino que el derecho subjetivo precisa que sea el propio interesado el llamado por el Derecho objetivo a ejercitar la técnica de protección, esto es, que la norma que reconozca un derecho subjetivo ha de conferir simultáneamente al titular la posibilidad de actuar su protección. De acuerdo con esto, el derecho subjetivo se define como el «poder concedido por el ordenamiento para poner en marcha los imperativos que ordenan a ciertos órganos estatales la concesión de asistencia jurídica»; en pocas palabras, el derecho subjetivo se reduce a una simple pretensión, una «expectativa de pretensión», o, en rigor, al medio técnico de protección del interés (42). Diversas son las críticas principales que cabe hacer a esta concepción. Ante todo, notemos que parece confundir el derecho subjetivo con la acción, el medio técnico previsto para su actuación y defensa; en segundo término, se ha objetado que la acción no surge por la violación del derecho subjetivo sino por violación de la norma de la que trae su origen y que el derecho subjetivo concebido así se contrae, en su esencia, a la posibilidad conferida al titular de actuar o no la técnica de protección, de modo que vuelve a consistir fundamentalmente en un acto de voluntad; en esta misma línea crítica, se ha apuntado la idea de que la acción no surge a consecuencia de la violación sino que es *prius* por cuanto existe con entera independencia de ella; en fin, se ha advertido que esta teoría es la «expresión máxima de la concepción imperativa del Derecho (que coincide históricamente —se ha escrito— con la fase más conservadora de la política liberal)». Desde un punto de vista general, se ha señalado que esta teoría, lo mismo que las anteriores, adolece del vicio de origen de un individualismo exasperado, lo que le impide salir del círculo vicioso inherente a esta postura filosófica y que representa, asimismo, la gran ilusión, propia del pandectismo, de intentar trasladar la idea de individuo-sujeto de derecho al sistema jurídico a base del concepto, de suyo ambiguo, del poder querer, a lo que hay que unir las críticas abundantes al voluntarismo y al dogma de la voluntad (43). He aquí, pues,

(42) Así, THON, *Op. cit.*, págs. 115 y ss. (ed. it. cit., págs. 206 y ss.); cabe señalar que mientras CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 107, califica esta teoría como normativista o puramente lógica, para DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 479, en cambio, prepara el camino para la negación del derecho subjetivo.

(43) Subrayan la idea de que la acción es *prius* a la violación, DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, París, 1901, págs. 6 y ss., entre otros trabajos suyos, y FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, págs. 320 y ss. Aluden a los presupuestos ideológicos implícitos en esta concepción, respectivamente, COMPORTI, *Op. cit.*, pág. 723, y DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 479-480; también ORESTANO, *Op. cit.*, págs. 159 y ss., por lo que se refiere a la idea de sujeto señalada en el texto. En fin, consideraciones críticas de mucho interés sobre el llamado dogma de la voluntad, LARENZ, *Metodología*, cit., págs. 51 y ss., y BETTI, *Teoría General de las Obligaciones*, I, trad. y notas por DE LOS MOZOS, Madrid, 1969, págs. 1 y ss., entre muchos otros; últimamente, RUFFOLO, *Il paralelismo colpa aquiliana-volontà negoziale e l'autonomia negoziale nella pianificazione privata*, en «RTDPC», 1978, págs. 1 y ss.

algunos de los resultados, frustrantes, en cierto modo, a que conducen las construcciones brillantes del pandectismo decimonónico.

3. No hay que extrañarse, por consiguiente, que aparezcan en el siglo XX tendencias diversas que niegan la existencia del derecho subjetivo. Una primera manifestación en este sentido es, como se sabe, la que encarna Duguit, quien da preponderancia a la categoría del deber jurídico por cuanto estima que nadie posee más derechos que los de cumplir siempre los propios deberes de forma que la situación subjetiva, lo mismo activa que pasiva, se transforma en una situación objetiva y el derecho subjetivo no es otra cosa, de acuerdo con este planteamiento, que la función social que corresponde a todos los miembros de la comunidad de cumplir con los deberes que ella misma impone; más que situaciones jurídicas subjetivas de poder, lo que hay son situaciones jurídicas objetivas de deber. Críticas importantes han opuesto a esta concepción autores muy significativos en cuyo detalle no podemos, ciertamente, entrar aquí. Notemos, brevemente, que todos concuerdan en subrayar que las situaciones objetivas, tal como las configura el autor, revisten todos los caracteres propios del derecho subjetivo de modo que la diferencia de unas y otro se reducen a una cuestión puramente terminológica, aparte de que él mismo, y sus continuadores de la escuela iuspublicista del sur de Francia, parece que han abandonado esta concepción posteriormente (44). Una orientación similar se aprecia en la doctrina alemana de los años treinta que, no sin importantes disidencias, consideró el derecho subjetivo incompatible con la *Volksgemeinschaft*, idea de acuerdo con la que la posición jurídica de los individuos se pensó en términos de subordinación al cuadro de deberes que la comunidad organizada exige. Importa señalar que, a partir de esta negación, la doctrina alemana posterior tiende a repensar la categoría que nos ocupa, bien en los términos de las orientaciones afirmativas que veremos más adelante, bien acentuando la nota personalista propia de las concepciones iusnaturalistas, de modo que la tesis

(44) Así, DUGUIT, *Op. cit.*, loc. cit., y *Traité de Droit Constitutionnel*, I, 3.<sup>a</sup> ed., París, 1927, págs. 2 y ss.; es de señalar que el autor en *Les transformations générales du droit privé*, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1920, pág. 13, se declara partidario de la versión comitiana del positivismo jurídico. En la literatura francesa abundan las críticas a esta concepción supuestamente negativa del derecho subjetivo; destacan, entre otros, GÉNY, *Science et Technique en Droit Privé Positif*, IV, París, 1927, págs. 181 y ss.; IONESCU, *Op. cit.*, páginas 23 y ss., especialmente, 39-40; DABIN, *Op. cit.*, págs. 24 y ss.; ROUBIER, *Op. cit.*, págs. 80 y ss.; extensamente, LONGCHAMPS, *Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine*, en «Archives», IX, cit., págs. 61 y ss. También PUGLIATTI, *Op. cit.*, págs. 48 y ss.; CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 108, y DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 479. GARRIDO FALLA, *Op. cit.*, pág. 70, da cuenta del abandono posterior de esta teoría por la doctrina iuspublicista; en general, GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1977, págs. 26 y ss., con referencias bibliográficas muy completas en págs. 52-53.

de la *Rechtsstellung*, que surge, como lo hemos indicado, por esos años, ha permanecido aislada (45). En cuanto a los llamados Derechos socialistas, si bien es cierto que en los primeros tiempos el derecho subjetivo tendió a declinar, no es menos cierto que, más tarde, se manifiestan tendencias que intentan, incluso, resaltarlo, según lo muestran investigaciones recientes sobre el Derecho soviético y el alemán oriental (46). Por contraste, ha sido tradicional que en el sistema anglosajón los *rights of the subject* se concibieran como los derechos del individuo frente a la Administración; de aquí que el clásico Blackstone los configure como derechos públicos subjetivos. Esto, no obstante, hay tendencias realistas que se muestran, también, contrarias al derecho subjetivo. Así, para el sociologismo norteamericano se trataría sólo de una fórmula convencional cuyo contenido se agota con la posibilidad de prever el comportamiento futuro y probable de jueces y magistrados; en sentido similar, para el realismo escandinavo el derecho subjetivo no sería más que una imagen ideal de eficacia muy limitada, aun cuando puede suscitar un sentimiento capaz de influir en el curso de los hechos, o bien se lo concibe como un instrumento semántico que describe el fenómeno de la aplicación de las normas al caso concreto (47).

(45) Para esto, MARTÍN BLANCO, *Op. cit.*, especialmente, págs. 695 y ss., donde informa de las reacciones que produjo la tesis de la situación jurídica en la literatura alemana de la época. Es de señalar una vez más que el propio LARENZ, después de su postura crítica inicial manifestada en *Rechtsperson und subjektives Recht*, *cit.*, ha vuelto a posiciones iusnaturalistas de signo comunitario a base de la llamada jurisprudencia de valores o de valoraciones, según pone de manifiesto en *Metodología*, *cit.*, páginas 136 y ss.; incluso en *Derecho civil. Parte general*, *cit.*, págs. 44 y ss., habla extensamente sobre el «personalismo ético como fundamento ideológico del Código civil», lo que es muy significativo de cara a la revalorización de que ha sido objeto esta teoría por la doctrina italiana reciente.

(46) Para esto FROSINI, *Le trasformazioni sociali e diritto soggettivo*, en «RIFD», 1968, págs. 117 y ss., y ROTOTÀ, *Discussioni e polemiche sul diritto soggettivo nella Germania orientale*, en «RDComm», 1963, págs. 51 y ss., respectivamente. En general, SACCO, *Il sustratto romanistico del diritto civile dei paesi socialisti*, en «Studi Grossi», IV, Torino, 1974, págs. 736 y ss., y STANZIONE, *Introduzione*, en MARKOVITS, *Il diritto civile tra socialismo e ideologia borghese nella Repubblica democratica tedesca*, Camerino, 1977, especialmente, págs. XLI y ss., de la ed. sep. con bibliografía.

(47) Así, BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, 18.<sup>a</sup> ed., London, 1821, págs. 207 y ss.; para otros antecedentes del derecho subjetivo en el Derecho inglés antiguo, VILLEY, *Les origines*, *cit.*, en *Estudios*, *cit.*, págs. 46-47, sobre BRACON, y en *Seize Essais de Philosophie du Droit*, París, 1969, págs. 179 y ss., sobre HOBBES, también en *Estudios*, *cit.*, páginas 191 y ss. Una visión similar del Derecho inglés nos ofrece DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 476, notas 2 y 3 y pág. 479, nota 6. Para el sociologismo norteamericano, vid. HART, *Definition and Theory in Jurisprudence*, trad. it. en *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, págs. 44 y ss.; para el realismo escandinavo, OLIVECRONA, *Law as a Fact*, trad. it., Milano, 1967, págs. 70 y ss., y ROSS, *On Law and Justice*, trad. it., Torino, 1965, págs. 160 y ss.; en general, EKLÖF, *Il concetto di diritto soggettivo*, en «Jus», 1955, págs. 490 y ss.

Próximo a estas tendencias negativas se adscribe el normativismo que, por su exasperación positivista, se ha visto forzado a negar, asimismo, espacio vital a la existencia autónoma del derecho subjetivo. Desde su peculiar punto de vista, sostiene Kelsen que la única realidad que está tras el concepto de derecho subjetivo es la relación del sujeto con la norma, relación ésta que se agota con el deber que el Derecho objetivo impone a todos los sujetos de adaptar su conducta a lo prescrito por las normas; la voluntad del titular del derecho subjetivo, pues, no es más que un presupuesto de hecho para la aplicación de la norma al caso concreto de modo que el derecho subjetivo *per se* constituye un simple reflejo del deber jurídico singularizado en su aplicación a la relación jurídica de que se trate; de aquí que el derecho subjetivo no sea más que la norma jurídica objetiva subjetivizada. Y los normativistas modernos afirman, sobre todo en la doctrina alemana e italiana, que el derecho subjetivo es un elemento fáctico que forma parte del supuesto de hecho previsto en la propia norma, el cual, en cuanto entidad lógico-formal, desempeña una importante función técnica, de índole dinámica, al servir de punto de partida al proceso que desencadena la actuación del deber jurídico en la relación concreta (48). Vemos, pues, que así como esta concepción disuelve la categoría que nos ocupa en la noción elástica de deber jurídico, así también la tesis de la situación jurídica, llevada hasta sus últimas consecuencias, disuelve en el concepto de derecho subjetivo, según lo hemos anticipado, al deber jurídico, el cual dejaría de pertenecer al universo de los conceptos jurídicos autónomos. Ninguna de estas dos orientaciones son, por supuesto, de compartir (49).

En efecto, la doctrina mayoritaria se inclina, hoy en día, por una orientación afirmativa de la existencia del derecho subjetivo e incluso las opiniones parecen haberse uniformado en torno a tendencias más o menos definidas, sobre todo si tenemos en cuenta que conocidas definiciones sintéticas, de acuerdo con las

(48) Conocida es la definición de KELSEN, *Teoría general del Estado*, trad. esp., pág. 72, que cita CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 108, según la cual «el deber subjetivo es la norma jurídica en cuanto que ésta posee un contenido concreto individual»; *vid.*, además, *La dottrina pura del diritto*, *loc. cit.* Acierta PUGLIATTI, *Op. cit.*, pág. 53, cuando observa que esta concepción del derecho subjetivo es una simple consecuencia lógica de los presupuestos de los que parte el normativismo que son, a su juicio, «necesariamente viciados de raíz y por tanto inaceptables»; con todo, críticas de interés a esta noción nos ofrecen IONESCU, *Op. cit.*, págs. 49 y ss.; DABIN, *Op. cit.*, págs. 17 y ss., y LARENZ, *Metodología*, *cit.*, págs. 84 y ss. En la doctrina actual han desarrollado la orientación normativista en tema de derecho subjetivo BÜCHER, *Das subjektive Recht*, *cit.*, especialmente, págs. 55 y ss., e IRTI, *Introduzione*, *cit.*, págs. 54 y ss.

(49) En estos términos contrastan las opiniones de IRTI, *Loc. ult. cit.*, y *Sul concetto di titolarità*, en *Due Saggi*, *cit.*, págs. 16 y ss., y de COMPORTI, *Op. cit.*, pág. 784, como sabemos.

cuales el derecho subjetivo es, por ejemplo, la «potencia de comandar *inter partes*» o una «*appartenence-maîtrise*», han quedado verdaderamente aisladas y se han deslizado hacia el campo de la teoría general del Derecho (50). En el panorama de las opiniones actuales, es de interés recordar la orientación según la cual se concibe el derecho subjetivo como la «premisa o título para el ejercicio de un poder, o de una actividad enderezada a la defensa del titular del derecho», una especie de *facultas exigendi* que se concreta, como se ha escrito, en un derecho al derecho; en suma, para esta orientación el derecho subjetivo consiste en una «posibilidad de pretender», en una pretensión. Entre nosotros, el concepto de derecho subjetivo propuesto por Castán se inscribe en esta línea; se trata, en efecto, de la «facultad de obrar válidamente dentro de ciertos límites, y de exigir de los demás, por un medio coactivo, en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente, otorgada por el ordenamiento jurídico a un ser de voluntad capaz o de voluntad suplida por la representación para la satisfacción de sus fines o intereses» (51). Fácilmente se advierte que pueden hacerse a esta concepción las mismas críticas que, según vimos, se hacían a la teoría de la protección; señálemos, muy brevemente, que hace resaltar una visión fundamentalmente procesal del derecho subjetivo y que, al identificar el derecho subjetivo con la acción, no sólo confunde la existencia del derecho con su actuación concreta, sino, como se ha dicho, con los medios técnicos previstos para tal actuación por el ordenamiento (52). Próxima a esta orientación se halla la opinión según la cual lo esencial del derecho subjetivo es el llamado aspecto formal o externo, esto es, el poder jurídico (*Konen*) que corresponde a una posición de preeminencia, de potestad o de fuerza que, constituida y tutelada por el Derecho objetivo, se confiere al titular frente a los demás sujetos; en los términos de De Castro, que mantiene una postura semejante, se trata de la «situación de poder concreto concedida a la persona, como miembro activo de la comunidad jurídica y a

(50) Muy significativas en este sentido son las fórmulas de CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3.<sup>a</sup> ed., Roma, 1951, pág. 155, y de DABIN, *Op. cit.*, pág. 80, que hemos transcritto en el texto.

(51) Así, CASTÁN, *El concepto de Derecho subjetivo*, cit., pág. 130, y *Derechos subjetivos*, cit., pág. 110, literalmente; asimismo, la definición de BACALLADORE-PALLIERI, *Diritto soggettivo e diritto reale*, en «Jus», 1952, páginas 19-20, a que nos hemos referido antes en el texto. La *facultas exigendi* la resalta FROSSINI, *Diritto soggettivo*, cit., págs. 1648 y ss., y *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, en «RDC», 1961, pág. 124, de donde tomamos la expresión transcrita.

(52) En este sentido, NICOLÀ, *L'adempimento*, cit., pág. 74. Acierta COMPORTI, *Op. cit.*, pág. 735, cuando señala que las objeciones a la teoría de la protección son trasladables a esta concepción como lo hemos manifestado en el texto. Para otras consideraciones críticas, BARBERO, *Guerra e pace fra l'interno e l'externo del diritto soggettivo*, en «Jus», 1952, págs. 326 y ss., quien pone de relieve que esta concepción significa una vuelta a la postura inicial de THON.

cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa» (53). Se opone a esta concepción la tesis que separa, según veremos en seguida, derecho subjetivo y poder de forma radical, al propio tiempo que se ha puesto de relieve que el poder jurídico, concebido así, termina por identificarse con la autotutela, la que se acepta apenas por el Derecho moderno, y el derecho subjetivo, de nuevo, con la acción; asimismo, se ha señalado que, si el derecho subjetivo consistiera en el poder de ordenar la actuación de un deber que el ordenamiento impone a cargo de otro, tal situación equivaldría a una obligación *ex lege* a favor del titular del derecho subjetivo, de manera tal que la idea del poder sería jurídicamente irrelevante (54). Por el contrario, subrayan el aspecto interno o material del derecho subjetivo los autores para quienes se trataría de un *agere licere*, el cual se concibe como un «ser lícito obrar para la satisfacción de un interés» (55). Críticas importantes se han dirigido, también, a esta concepción. Así, se ha puesto de relieve que identifica el derecho subjetivo con su contenido, que olvida su estructura y

(53) Así, DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 482, literalmente. Esta orientación, que tiene su origen en HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, Jena, 1903, pág. 117, ha sido desarrollada por RECASÉNS SICHES, *Op. cit.*, págs. 473 y ss., BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, en «Studi Pavia», 1919, págs. 104 y ss., y MANICK, *Das System der juristischen Handlungen in neusten Schrifttum*, en «JJ», 1933, págs. 1 y ss., ampliamente; por otra parte, ha tenido gran aceptación por parte de la doctrina lo mismo en Italia que en España; por ejemplo, PUGLIATTI, *Op. cit.*, págs. 24 y ss.; CESARINI SFORZA, *Op. cit.*, págs. 659 y ss., y RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, en «RDC», 1965, págs. 206 y ss., y, entre nosotros, DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, cit., págs. 49 y ss.; LACRUZ, *Op. cit.*, pág. 240, donde pone de relieve que se trata de un poder con limitaciones inherentes al mismo, y GARCÍA AMIGO, *Op. cit.*, pág. 250, quien subraya que el poder no es arbitrario, lo mismo que DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 485, cuando afirma que «el derecho subjetivo es un poder confiado al arbitrio de la persona, no entregado a su arbitrariedad».

(54) Nos referimos a la conocida escuela de Santi ROMANO, *Poteri. Potestà*, en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, págs. 172 y ss., continuada por Salvatore ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, Napoli, s. f., págs. 141 y ss. Las consideraciones críticas mencionadas en el texto han sido resaltadas por PUGLIESE, *«Actio» e diritto soggettivo*, Milano, 1939, especialmente, págs. 55-59, y por SPERDUTI, *Contributo a la teoria delle situazione giuridiche soggettive*, Milano, 1944, pág. 55.

(55) Así, BARBERO, *Il diritto soggettivo*, en «Foro it», 1939, IV, col. 25 y 28; polémicamente, *Guerra e pace*, cit., loc. cit. Esta orientación ha encontrado eco favorable en la doctrina italiana; así, NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, págs. 33 y ss., especialmente, pág. 59; FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, pág. 233 (hay trad. esp. Madrid, 1969); BUSNELLI, *Op. cit.*, págs. 37 y ss., y BIGLIAZZI GERI, *Op. cit.*, pág. 27 y ss.; esto es, los componentes de la escuela de Pisa. Próximo a la misma se sitúa FERRARA, *Trattato*, cit., pgs. 321 y 326-327, para quien, si bien el derecho subjetivo «no es más que un efecto del Derecho objetivo individualizado y apropiado por el individuo», su contenido es el «campo en que se mueve la libertad extrajurídica»; asimismo, a caballo entre esta orientación y la tendencia normativista se coloca MAIORCA, *L'oggetto dei diritti*, Milano, 1939, y, últimamente, *Introduzione alla dinamica giuridica*, Camerino, 1978, especialmente, páginas 23 y ss.

función y que la fórmula latina empleada es tan equívoca y elástica que cabe en ella cualquier tipo de comportamiento que el ordenamiento no considere expresamente como ilícito, de modo que cada sujeto tendría una de dos posibilidades y ambas erróneas: «o un derecho subjetivo único, que cubriera toda la esfera de sus comportamientos lícitos, o tantos derechos subjetivos cuantas fueran las manifestaciones posibles del obrar del sujeto respecto a determinados fines»; en este mismo sentido crítico, se ha observado que, si se concibe el derecho subjetivo en términos así de extensos, se acaba por identificarle con el campo de lo no prohibido con la consecuencia absurda de tener que incluir, dentro de este campo, el *alter ego* del derecho subjetivo, o sea, el deber jurídico (56). En fin, tenemos la aludida opinión que separa poder jurídico y derecho subjetivo y concibe este último como una especie en el *genus* de las potestadas, en un intento de superar las viejas críticas dirigidas a las teorías de la voluntad, del interés y de la protección; antes bien, el derecho subjetivo —como se ha dicho sobre todo en tema de propiedad— no sería más que una especial posición de ventaja creada por la norma a favor de un sujeto, ventaja correlativa a la imposición de un deber u obligación a otro u otros sujetos respecto a una determinada *res* (57). Hay que reconocer que esta construcción adolece de una generalidad excesiva, que no ha profundizado lo suficiente, quizás, en los caracteres específicos de la posición de ventaja y que corre el riesgo de fragmentar demasiado los conceptos, pero no nos parece acertada la crítica de que olvide los datos de la realidad normativa por cuanto en la correlación necesaria que propone de derecho subjetivo y deber jurídico se refleja, ciertamente, la dogmática tradicional de los derechos reales y los derechos de crédito, esto es, las figuras típicas que tienen efectiva realidad institucional en el Derecho positivo (58).

Para terminar esta parte de la exposición, mencionaremos una fórmula analítica y una fórmula sintética que recogen bien, a nuestro modo de ver, el estado actual de la cuestión. Para la primera concepción «el derecho subjetivo es un concepto complejo, constituido por la síntesis de varios elementos», elementos de índole formal y de índole material. Por elemento formal se entiende un «poder del sujeto, en cuanto a tal sujeto se le asegura y garantiza una posición de libertad o de preeminencia hacia otros sujetos

(56) Los relieves críticos mencionados se deben a PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., págs. 25 y ss., y a SPERDUTTI, *Op. cit.*, pág. 84.

(57) Así, principalmente, Salv. ROMANO, *Ordinamento sistematico*, cit., págs. 143 y ss., y *Sulla nozione di proprietà*, en «RTDPC», 1960, págs. 337 y ss.; también MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, en «RDComm», 1944, págs. 114 y ss.

(58) *Vid.*, en este sentido, BUSNELLI, *Op. cit.*, pág. 38, y BIGLIAZZI GERI, *Op. cit.*, pág. 26, nota 15. Para otras consideraciones críticas, desde una perspectiva normativista, IRTI, *Introduzione*, cit., págs. 58 y ss.; asimismo, respecto a esta orientación y a las anteriores, COMPORTI, *Op. cit.*, págs. 735 y ss., bien que desde una óptica totalmente diversa.

(*Machttheorie*)», pero se trata, no de un poder material, sino de un poder jurídico que deriva de la norma jurídica, o sea, «la misma norma concretada con referencia de un sujeto dado (*imperativentheorie*)»; al lado de este elemento formal está el elemento material que consiste en la «protección de un interés del sujeto (*Interessentheorie*), la que se confiere al sujeto mismo (*Willenstheorie*)». Y ambos elementos se presentan «necesaria e inescindiblemente coligados entre sí». Esta concepción, si bien es integradora, pero puramente formal, debe ser complementada con una fórmula de síntesis que destaque los aspectos sustanciales que están en la base del concepto que nos ocupa; en este sentido, se ha definido el derecho subjetivo como la «prerrogativa reconocida por el orden jurídico a favor de un particular en cuanto persona y miembro de la sociedad con la finalidad de que desarrolle una actividad útil a sí mismo y al bien común» (59). De la síntesis de estas dos fórmulas puede resultar, en efecto, un concepto realista de derecho subjetivo. Realista en el sentido negativo de evitar las exageraciones a que puede conducir el exceso de conceptualismo en esta materia; buena prueba de ello la constituye la idea sorprendente según la cual los derechos reales no son subjetivos, sino que, dada su complejidad de poderes, facultades y deberes, pertenecen a una categoría diversa o, a la inversa, la opinión no menos sorprendente según la cual el derecho de crédito, en cuanto categoría jurídica, «representa un género en sí, no una especie de derecho subjetivo»; asimismo, la tantas veces mencionada identificación de la situación jurídica subjetiva con la relación jurídica. Y realista en el sentido positivo de estar adaptado a la nueva configuración del Derecho civil en la «edad de la descodificación», según la feliz expresión de Irti, el cual tiende a gravitar más en los datos de la le-

(59) Así, PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., págs. 71-72, y MICHAELIDES NOUAROS, *Op. cit.*, pág. 235, respectivamente. Estas dos fórmulas muestran que el derecho subjetivo es perfectamente compatible con la conformación, no individualista, sino de signo social, que ~~predomina~~ pre<sup>dominante</sup>ce en el Derecho positivo moderno, nota sobre la que han llamado la atención DABIN, *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, en «Archives», IX, cit., especialmente, pág. 27, RAISER, *Op. cit.*, págs. 471 y ss., y no sin cierta contradicción, COMPORTI, *Op. cit.*, pág. 759, cuando afirma que «el derecho subjetivo aparece hoy como la situación jurídica fundamental que consiste en la tutela acordada de un modo directo y especial por la norma a un sujeto respecto a determinados bienes para la realización de intereses merecedores de protección por el ordenamiento». Por el contrario, parte importante de nuestra doctrina permanece anclada en la concepción iusnaturalista que concibe el derecho subjetivo como la «esfera de libertad que el ordenamiento reconoce a la persona», según advierte con toda razón CASTÁN-DE LOS MOZOS, *Derecho civil*, I-2, cit., pág. 26; así, ALBALADEJO, *Derecho civil*, I-2, cit., páginas 9 y ss., y Cossío, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1975, páginas 77-78; una excepción significativa la constituye BALLARÍN MARCIAL, *Derecho agrario*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1979, págs. 234 y ss., a propósito de la llamada «funcionalización» del derecho subjetivo de propiedad.

gislación especial que los principios del Derecho común, por lo menos desde un punto de vista de su eficacia social (60).

4. Esta nueva configuración del Derecho civil moderno es la que se quiere poner de relieve, como sabemos, por la teoría de la situación jurídica cuya revalorización, sobre todo por obra de la doctrina italiana, se orienta a sustituir el derecho subjetivo, o, por lo menos, a dejar de lado la concepción tradicional, de signo fundamentalmente individualista, del mismo. Razones de índole diversa intervienen en esto, que aquí nos limitamos a apuntar. En el plano dogmático, influyen fenómenos tales como la desconfianza en el apriorismo conceptual, la toma de conciencia de la historicidad de los conceptos científicos, la consideración de las normas jurídicas como criterios de valoración de los comportamientos humanos y la aceptación de criterios extralegislativos de valoración (61). En el plano normativo, ha sido decisiva la aparición de figuras nuevas que, al par que multiplican los derechos subjetivos, entremezclan facultades y deberes de forma tal que han dado lugar a verdaderas titularidades de signo prevalentemente activo y de

(60) *Vid.* IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., págs. 3 y ss.; sobre las leyes especiales profundiza el autor en págs. 15 y ss., y, extensamente, en *Le leggi speciali fra teoria e storia*, en la *Op. cit.*, págs. 43 y ss.; anteriormente, RONOTÀ, *Ideologie e technique della riforma del diritto civile*, en «RDComm», 1967, págs. 83 y ss., e *Ipotesi sul diritto privato*, en el vol. *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1973, págs. 9 y ss. Ambos autores, que concuerdan en reconocer la existencia y gravedad del fenómeno, mantienen posiciones diversas; mientras el primero se inclina, como sabemos, por una solución exegética y sistemática, el segundo, en cambio, parece preferir la técnica de las cláusulas generales y el arbitrio judicial. Coincide este último con la llamada legislación por principios propuesta por NICOLÒ, *Codice civile*, en «Enc. Dir.», VII, Milano, 1958, pág. 241, de la que se apartan, con argumentos diversos, PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, en «RDComm», 1969, págs. 462 y ss., y BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Napoli, 1970, págs. 335 y ss., quienes parecen situarse a este respecto en una posición cercana al primer autor citado. En cuanto a las desviaciones erróneas aludidas en el texto, BALLADORE-PALLIERI, *Op. cit.*, págs. 21 y ss.; BARBERO, *Il credito nel sistema dei rapporti giuridici*, en «Jus», 1943, pág. 49, literalmente, y COMPORTI, *Op. cit.*, págs. 779 y ss.

(61) Alude al apriorismo conceptual COMPORTI, *Op. cit.*, págs. 740 y ss., y a sus derivaciones. Acerca de la historicidad de los conceptos, de gran interés, PUGLIATTI, *Logica e concetti giuridici*, en «Diritto civile», cit., páginas 218 y ss., tema sobre el que volvió el autor en repetidos estudios reunidos ahora en *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, págs. 3 y ss., obra en la que destaca PARESCHE, *Presentazione*, op. ult. cit., págs. V y ss.; entre nosotros, DE LOS MOZOS, *Metodología*, cit., págs. 121 y ss., por todos. Sobre la llamada jurisprudencia de valores, LARENZ, *Metodología*, cit., págs. 137 y ss., y, en resumen, *Derecho civil*, cit., págs. 84 y ss.; también, desde una posición distinta, IRTI, *Introduzione*, cit., págs. 13 y ss. En fin, para los criterios extralegislativos de valoración, ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. esp., Barcelona, 1961, págs. 3 y ss., 113 y ss. y 309 y ss.; entre nosotros, DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 338 y ss., a propósito de los principios generales del Derecho, y DE LOS MOZOS, *Metodología*, cit., págs. 85 y ss.; otras referencias en nuestro trabajo *Reapertura del debate en torno a la equidad*, en «DJ», 1975, págs. 587 y ss.

ejercicio condicionado, y hasta obligado; piénsese, por ejemplo, en supuestos tales como el derecho de autor, la propiedad industrial, la represión de la competencia desleal o el llamado deber de cultivar y mejorar (62). En este mismo sentido, incide la consagración legislativa, entre nosotros, del principio general de buena fe objetiva y de desprotección del ejercicio antisocial de los derechos subjetivos, así como el marco del nuevo orden público que diseña el texto constitucional de 1978 (63). Al lado de estos límites institucionales o inmanentes, dentro de los que se encuadran, incluso, los llamados derechos discrecionales, se ha pensado que la legislación especial diversifica la disciplina jurídica de los bienes en términos de la función económica y social de la *res*, con la consiguiente desintegración de la noción unitaria de los derechos subjetivos (64). Y estos límites no sólo se consideran internos de la titularidad en cuanto que forman parte de su estructura típica, sino que constituyen en última instancia, su contenido mismo y condicionan el ejercicio de la actividad económica que la titularidad

(62) Para este último supuesto, BALLARÍN MARCIAL, *El deber de cultivar y mejorar*, en «Estudios De Castro», I, Madrid, 1976, págs. 79 y ss.; para los anteriores, ROUBIER, *Op. cit.*, págs. 93 y ss.; RAISER, *Op. cit.*, págs. 468 y ss., y MICHAÉLIDES-NOUAROS, *Op. cit.*, págs. 221 y ss., quienes ponen de relieve que el Derecho moderno, motivado por el desarrollo económico, junto con limitar las posibilidades de actuación de la autonomía privada, ha generado nuevas figuras que se deben reconducir, dogmáticamente, al concepto de derecho subjetivo, lo que conserva vivo y renueva el instituto.

(63) Nos referimos, por supuesto, a la reforma del título preliminar del Código civil de 1974, para la que nos remitimos a los comentarios más autorizados; entre éstos destacan, los de MONTÉS PENADÉS y ROCA JUAN, en *Comentarios a las reformas del Código civil*, I, Madrid, 1977, págs. 356 y ss., y 371 y ss.; DE LOS MOZOS y CASTÁN VÁZQUEZ, en el vol. editado por la Academia Matritense del Notariado, *Estudios. I. El nuevo título preliminar del Código civil, I. Parte general*, Madrid, 1977, págs. 439 y ss. y 469 y ss., y BATILLE VÁZQUEZ, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, dirigido por ALBALADEJO, I, Madrid, 1978, págs. 116 y ss., todos referidos al nuevo art. 7, C. c. En cuanto a la idea, no de sanción, sino de desprotección del abuso del Derecho, *vid.* LACRUZ, *Elementos*, *cit.*, pág. 257. Por lo que respecta al nuevo orden público económico, nuestro estudio *Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español*, en «RCDI», 1980, págs. 42 y ss., y, ampliamente, *Sobre la Estructura de la Obligación*, *cit.*, págs. 137 y ss.; entre los comentarios al nuevo texto constitucional hay que mencionar FRAGA IRIBARNE y otros, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1978; SÁNCHEZ AGESTA y otros, *Constitución española*, Madrid, 1979; GARRIDO FALLA y otros, *Comentario a la Constitución*, Madrid, 1980, y PREDIERI-GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980.

(64) Hablan de límites inmanentes COING, en *Staudinger Kommentar zum BGB*, I, Berlín, 1957, págs. 1180 y ss., y SIEBERT, en *Soergel-Siebert, BGB*, I, Stuttgart, 1959, pág. 753; como en el texto, DABIN, *Op. cit.*, pág. 220 y ss.; RAISER, *Op. cit.*, págs. 471 y ss., y ROUBIER, *Op. cit.*, págs. 145 y ss. Para los llamados derechos subjetivos discretionarios, *vid.* ROUAST, *Les droits discretionnaires et les droits contrôlés*, en «RTDC», 1944, págs. 1 y ss.; y ROUBIER, *Loc. cit.* Sobre la tesis relativa a la disciplina diferenciada de los bienes, muy significativo, y decisivo para la doctrina posterior, PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, y su estudio de expresivo título *La proprietà e le proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964.

habilita (65). Pensado así el «ámbito de libre actuación» que el derecho subjetivo, en sustancia, confiere, sin duda, a su titular no puede ser reconducido, hoy día, a la categoría extrajurídica de la libre iniciativa económica de los particulares, sino que debe ser entendido en los términos técnicos y limitados de la autonomía privada, aun cuando ésta sea, seguramente, de naturaleza distinta que el derecho subjetivo (66). Se trata más bien de una figura que puede ser descrita, interpretando de nuevo la conocida expresión de v. Hippel, como un «ámbito de confianza» que el Derecho objetivo reconoce a la autonomía privada y cuyo ejercicio merece tutela solamente en la medida en que lo permite el principio de buena fe, no entra en el campo del abuso del derecho y no se aparta de la función que, en términos más o menos rígidos, marca la llamada legislación instrumental (67). No se puede negar, pues,

(65) Parecen subrayar el aspecto estructural PUGLIATTI, *Op. últ. cit.*, página 220 y ss., y, especialmente, 277-278, y NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, en «RDComm», 1956, págs. 177 y ss.; por el contrario, se refiere fundamentalmente al contenido, RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, en «RTDPC», 1960, págs. 1252 y ss.; acoge una concepción similar entre nosotros, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho Agrario*, 2.<sup>a</sup> ed., cit., págs. 246 y ss., a propósito del estado actual de la *vexata quaestio* referida a la función social de la propiedad privada de los bienes productivos. El tema se conecta con la teoría jurídica de la empresa de la que nos hemos ocupado en *Concepto y Tipos de Empresa Agraria en el Derecho Español*, León, 1978, págs. 34 y ss., con referencias.

(66) «A la persona—dice DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 481—, en reconocimiento de su valor de ser de fines, hay que dejarle un ámbito de libre actuación, una «*potestas procurandi et dispensandi*». Se han ocupado de la distinción de iniciativa económica y autonomía privada, FERRI, *Op. cit.*, páginas 238 y ss. (ed. esp. cit.); GIORGIANI, *Il diritto privato e suoi attuali confini*, en «RTDPC», 1961, págs. 391 y ss.; NICOLÒ, *Diritto civile*, en «Enc. Dir.», XII, cit., págs. 907 y ss.; entre nosotros, TORRALBA SORIANO, *El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente*, en «RGLJ», 1975, págs. 239 y ss. y 337 y ss., y CANO TELLO, *El Derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada*, en «RCDI», 1979, págs. 787 y ss. Para la distinción de autonomía privada y derecho subjetivo, a base de aislar la noción de poder, FERRI, *Op. cit.*, págs. 220 y ss., y Salv. ROMANO, *Ordinamento*, cit., págs. 141; críticamente, CARIOTA-FERRATA, *Sulla 'definizione del negozio giuridico come esercizio di un diritto soggettivo o di una facoltà o di un potere'*, en «RDC», 1961, págs. 321 y ss. Hay una relación genética, en rigor, entre ambas categorías; bien llama la atención sobre esta relación COMPORTI, *Op. cit.*, páginas 773, nota 129, aun cuando, como sabemos, no la concibe así.

(67) Recuerda la expresión del autor alemán, DE CASTRO, *Op. cit.*, página 481, texto y nota 4, tomada de *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, 1936, pág. 82, de la que infiere que «el poder se entrega por y para algo», lo que se manifiesta, a su juicio, «en una cierta obligación a su ejercicio», «en una limitación a la libertad general de crear nuevos tipos de derechos subjetivos», al menos tendencialmente, y «en la prohibición del abuso en su ejercicio» (*loc. cit.*). Para la llamada legislación instrumental a que aludimos en el texto, *vid.* GUARINO, G., *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, en «Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia», Milano, 1962, págs. 125 y ss., e IRTI, *L'età della decodificación*, cit., págs. 15 y s., con observaciones de interés general.

que en la figura típica actual del derecho subjetivo existe y pre valece, quizá, una nota importante de condicionalidad. Pero ello no quiere decir que deba ser reemplazado por la situación jurídica, dados los inconvenientes y peligros que esta categoría encierra. Es cierto que nuestra doctrina no se ha mostrado especialmente favorable a la misma, pero importa llamar la atención preventivamente sobre algunos de ellos (68).

Recordemos, ante todo, el problema, a que nos hemos referido repetidas veces, del enfrentamiento de la *Rechtsstellung* con la relación jurídica, el cual se manifiesta de forma muy palpable si observamos la formulación primitiva de la teoría de la situación jurídica en el campo del Derecho procesal cuando se explica la naturaleza del proceso y la posición de las partes en la *litis*, no como una relación jurídica procesal, sino como una simple expectativa de obtener en el futuro una decisión judicial favorable (69). Y lo mismo se advierte, bien que de forma atenuada, en la versión original de Larenz. Notemos que este autor reacciona no tanto en contra del derecho subjetivo *per se* sino, principalmente, ante una determinada orientación que lo concibe como un «poder abstracto absoluto»; de aquí que su punto de partida sea dar un giro radical a esta concepción, y a la relación jurídica que presupone, y utilice la categoría de la situación jurídica para referirla de una manera concreta, antes que al conjunto inorgánico de poderes, expectativas y facultades pertenecientes a la persona, a la posición, al sitio o lugar, que corresponde al sujeto en la comunidad cuya articulación en la misma se expresa, para él, a través de un cuadro de deberes y derechos, en términos muy similares a los expuestos por la supuesta teoría negativa de Duguit, que ya conocemos y cuya crítica no es oportuno reiterar aquí. Es sabido que el autor alemán distingue dos clases de situaciones subjetivas, la que corresponde a la persona como miembro de la comunidad y la que le corresponde en sus relaciones con los demás miembros de la misma. A la primera categoría pertenecen algunas facultades cuyo contenido concreto viene determinado por los deberes que tiene la persona frente a la comunidad cuando tales facultades están ligadas a la satisfacción de ciertos fines de interés colectivo; tal ocurre, según los ejemplos que él mismo nos ofrece, con las

(68) Muy ilustrativo es el comentario negativo de DE CASTRO, *Op. cit.*, página 480, a base de la escasa utilidad de la nueva categoría por lo heterogéneo de los supuestos que abraza; asimismo, MARTÍN BLANCO, *Op. cit.*, páginas 701-702, señala que si bien, a su juicio, «es acertado su planteamiento (el de LARENZ) del problema del derecho subjetivo y su sustitución por la situación jurídica, por lo menos en cuanto al método que sigue, en el sentido que hemos hecho notar en páginas anteriores de este estudio», en página 703, rechaza la nueva nomenclatura por considerarla imprecisa e insegura.

(69) Así, la conocida tesis de GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925; también, del mismo autor, *Problemas Generales del Derecho*, Buenos Aires, 1944, págs. 98 y ss. Recuerdan este origen de la teoría MARTÍN BLANCO, *Op. cit.*, pág. 686, y COMPORTI, *Op. cit.*, pág. 753, nota 96.

misiones sociales encomendadas al agricultor, al padre o al tutor. Existe aquí, a su juicio, un derecho, sólo en cuanto la persona puede participar en las tareas de la comunidad, pero el contenido de estas situaciones jurídicas se contrae a una función y un deber. Más que derechos subjetivos hay, pues, un derecho objetivo del que dimana una responsabilidad a cargo de las personas a quienes incumbe el ejercicio de la función. Y la otra clase de situaciones jurídicas, cuyo origen está, generalmente, en relaciones de tipo contractual, se caracteriza, también, por un predominio del elemento deber, aunque en un sentido algo diverso por cuanto éste no se impone por razones de interés social, sino en función de las personas que intervienen en la situación; de aquí que esta clase de situaciones sea disponible, o no vinculada, por contraste con la anterior, dentro de los límites que imponen la fidelidad y la confianza recíprocas y los intereses superiores de la comunidad (70). No se requiere ahondar demasiado para poner de relieve algunos perfiles críticos de esta construcción. Señalemos, en primer término, que mientras la relación jurídica desaparece por completo en la primera clase de situaciones, resurge, en cambio, en la segunda, lo que es muy significativo de cara a la versión moderna de esta teoría que pretende sustituir la nueva categoría de forma equivocada, como sabemos, por esta última clase de relaciones jurídicas fundamentalmente (71). Conviene apuntar, en segundo término, que esta construcción recuerda claramente la tesis de Cicu que configura las relaciones de familia, no como fundamento de derechos subjetivos, sino como potestades compuestas de un deber-función las que pertenecen a la categoría de los *officia* y que, en este sentido, se la puede entender como una simple extensión de dicha tesis al campo patrimonial; pero, si bien nuestra doctrina parece aceptar esta última tesis, la limita con razón al campo exclusivo y propio del Derecho de familia, e incluso la concibe como un importante elemento de diferenciación de este último, de modo que la generalización propuesta es, a nuestro modo de ver, inadmisible (72). Y a la inversa, digamos,

(70) *Vid.* LARENZ, *Rechtsperson und subjektives Recht*, cit., pág. 38, por lo que concierne al derecho subjetivo, y págs. 25 y ss., para la estructura y clases de situaciones jurídicas; el texto primitivo de este trabajo está incluido en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, páginas 225 y ss. Un buen esquema, en MARTÍN BLANCO, *Op. cit.*, págs. 675 y ss., para el planteamiento general del autor en aquella época, y p. 688 y ss., sobre la tipología aludida en el texto. En cuanto a DUGUIT, nos remitimos a lo expuesto *supra* y los autores mencionados en la nota 44.

(71) Señalemos, en este sentido, una vez más, la opinión de COMPORTI, *Op. cit.*, págs. 779 y s., que alude, precisamente, a los derechos subjetivos patrimoniales tanto absolutos como relativos.

(72) *Vid.*, en nuestra literatura, CICU, *Cómo llegó a la sistematización del Derecho de familia*, en «RDP», 1952, págs. 185 y ss.; SANTA CRUZ-JIMÉNEZ ARNAU, *La posición del Derecho de familia en la doctrina del Profesor Cicu*, en «Ibidem», 1957, págs. 241 y ss., y BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *La doctrina de Cicu sobre la posición sistemática del Derecho de familia*, en

en fin, que este carácter de *officium* no es predictable solamente de las situaciones jurídicas subjetivas concebidas así por cuanto se ha demostrado fundamentalmente que es inherente a todas las potestades y se refleja también, por tanto, en el concepto de derecho subjetivo si se lo considera como un poder jurídico en sentido técnico, en los términos anteriormente expuestos (73).

Y si no parece convincente la versión primitiva de la situación jurídica, con tanta mayor razón no puede admitirse su versión moderna cuanto que, de una parte, carece de uniformidad, y, de otra, se la concibe como una categoría neutra que vale lo mismo para la posición activa que para la posición pasiva de la relación jurídica. Advirtamos, en efecto, que al lado de una opinión reciente, que concibe la situación jurídica en términos cercanos a la versión original, hay otra que se ha desligado totalmente de ella. Así, para Roubier, situaciones jurídicas son todas las hipótesis en las que existe un conjunto de derechos, deberes, prerrogativas y obligaciones unido a un hecho, estado o acto considerado apto por el ordenamiento para producir efectos jurídicos. Dentro de este género amplio, distingue el autor las situaciones jurídicas subjetivas y las situaciones jurídicas objetivas; mientras las primeras son creadas *ex lege* o *ex negotio* y dan lugar a situaciones de prerrogativa o de ventaja para el titular, las segundas son impuestas por el Derecho objetivo —de aquí su nombre— directamente en función de ciertos intereses comunes que el propio ordenamiento considera merecedores de tutela. Estas situaciones jurídicas objetivas admiten, a su vez, una subdistinción según la cual hay situaciones de reacción, que el Derecho objetivo impone por infracciones al deber general de *neminem laedere*, y sustituciones llamadas institucionales, las que se imponen, asimismo, por el ejercicio de determinadas funciones en las que predomina la nota de deber, tales como, por ejemplo, la patria potestad. Y el derecho subjetivo, de acuerdo con esta concepción, pertenece a la categoría de las situaciones subjetivas que se caracterizan por generar una posición de prerrogativa o de ventaja (74). Vemos, pues, que hay aquí, más que una nueva configuración del derecho subjetivo, una verdadera teoría general de las fuentes de las obligaciones, esto es,

---

«Ibidem», 1965, págs. 822 y ss., con bibliografía abundante. Mantienen el criterio mencionado en el texto, entre las obras generales, CASTÁN, *Derecho Civil*, cit., V-1, 9.<sup>a</sup> ed. revisada y ampliada por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1976, págs. 48 y ss., y LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Familia*, I, 3.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1978, págs. 12-13.

(73) En tal sentido, MANICK, *loc. cit.*; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., páginas 23 y ss., y DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 484, por todos.

(74) *Vid.* ROUBIER, *Op. cit.*, págs. 10 y ss., 61 y ss. y 73 y ss.; esta concepción parece a COMPORTI, *Op. cit.*, pág. 761, «interesante por la posibilidad que ofrece de acoger la realidad jurídica multiforme y compleja», pero no es exacto que esté basada, como él mismo dice, *loc. cit.*, en la distinción de situaciones activas o de ventajas y situaciones pasivas o de desventaja. Esta distinción nos parece irrelevante por ser sumamente relativa y variable, ya que depende, en último término, bien de un dato psicológico, bien de

una tipología completa de las modalidades que puede presentar el deber jurídico en sus diversas manifestaciones, pero no una explicación acerca de la naturaleza jurídica que corresponde a la posición activa de la relación jurídica, concepción que, por subrayar el extremo pasivo de la relación, se aproxima a la teoría normativista del derecho subjetivo, que conocemos (75). Por otra parte, reducida a la estructura conceptual que aquí nos interesa, la tesis de Comporti es simple. Entiende este autor que «la situación jurídica se define, en el cuadro de «la dinámica jurídica, como una relación entre hecho y efectos jurídicos»; de acuerdo con esto, situación jurídica es «la posición atribuida por la norma a determinados sujetos mediante un efecto jurídico: tal situación —dice literalmente— viene valorada en función del interés fundamental de la comunidad jurídica» y derecho subjetivo, «una particular situación jurídica acordada por el ordenamiento a un sujeto para la tutela de determinados intereses con respecto a un determinado bien, situación que constituye un instrumento, no de defensa, sino de una potenciación sustancial del individuo (o del grupo) de cara a su inserción armónica en la sociedad, con el respeto de los límites relevantes que a tal instrumento se imponen al objeto de alcanzar exigencias individuales y colectivas diversas a base del principio fundamental de solidaridad» (76). Observemos que esta noción se puede aplicar, perfectamente, a la posición pasiva de la relación jurídica sobre todo si recordamos su aspecto funcional e instrumental, al que nos hemos referido antes, de modo que situación jurídica activa y situación jurídica pasiva son, según esto, términos intercambiables. Concebida así, notemos que la expresión situación jurídica es una expresión puramente descriptiva que parece no tener un contenido dogmático definido por cuanto alude indistintamente a las dos posiciones de la relación jurídica.

de la realidad empírica, y las ventajas y desventajas son reconducibles a la categoría del interés; para una crítica de esta última, los autores recordados en la nota 38 *supra*. Cabe sí entender, en cambio, que las situaciones activa y pasiva, con independencia del juego de ventajas y desventajas, corresponden a las posiciones activa y pasiva en el cuadro de la relación jurídica.

(75) Para esto, *vid. nuestro estudio Sobre la Estructura de la Obligación*, cit., págs. 213 y s., en el que se hace notar, a propósito de las obligaciones *ex lege*, la inconsistencia del criterio dualista en tema de fuentes, criterio que, como vemos, está en la base de la clasificación de las situaciones jurídicas que nos ofrece el autor. Gran similitud presenta esta clasificación con la tipología «orgánica y racional» trimembre propuesta por BETTI, *Teoría General de las Obligaciones*, cit., págs. 11 y 61 y ss. En cuanto a la tesis normativista, IRTI, *Introduzione*, cit., págs 36 y ss., y *Sul concetto di titolarità*, en *Due saggi*, cit., págs. 16 y ss., por todos.

(76) *Vid. COMPORTI, Op. cit.*, págs. 759 y 747-748, respectivamente; el concepto de situación jurídica que acepta el autor, bastante divulgado en la doctrina italiana que él mismo cita, en pág. 759, nota 99, proviene de FALZEA, *Efficacia giuridica*, en «Enc. Dir.», XIV, cit., pág. 477. Coincide en este punto con la orientación normativista; así, FROSINI, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, cit., pág. 231; disiente, desde esta misma perspectiva, en cambio, IRTI, *Sul concetto di titolarità*, loc. cit., págs. 35 y ss.

ca (77). Tan es así que, desde la perspectiva normativista, la que acierta en este punto, se ha puesto de relieve que la situación jurídica es una categoría que puede estar referida lo mismo al *obbligo*, o sea, al deber jurídico concretado o no en una obligación, que al propio derecho subjetivo, y ello de una manera tal que el primero se define como una «situación jurídica subjetiva desfavorable-activa» y el segundo, en cambio, como una «situación jurídica subjetiva favorable-inactiva» (78). Así, pues, si la situación jurídica carece de relevancia jurídica autónoma menos puede ser considerada como una categoría alternativa al derecho subjetivo, a no ser que se la quiera entender como una forma elíptica para aludir al mismo. En suma, digamos que la nueva categoría presenta el aspecto favorable, bien que de signo negativo, de resaltar que la concepción individualista del derecho subjetivo, en todas sus versiones, es, en efecto, inadecuada para dar cuenta de la complejidad que la figura presenta en el Derecho moderno; pero, dado el grado actual de escaso desarrollo dogmático de esta categoría, no está en condiciones de sustituir al concepto de derecho subjetivo, sobre todo si se lo renueva, de acuerdo con las líneas que hemos trazado, a partir del análisis particularizado de los supuestos de estructura diversa, pero de función afín, que nos ofrece la realidad normativa concreta, inmersa, por supuesto, en un contexto histórico determinado. Este es el único *iter* idóneo, a nuestro modo de ver, para la reconstrucción de un concepto científico de índole tan general como éste.

Con todo, conviene puntualizar que esta renovación ha de comenzar por entender que el derecho subjetivo es compatible, de una parte, con las nuevas titularidades a que ha dado lugar el desarrollo económico moderno y, de otra, con la nota de condicionalidad inherente a las mismas, sin que se precise innovación terminológica alguna. Para ello hay que considerar que su naturaleza jurídica es la de un poder jurídico, según dijimos. En efecto, en cuanto poder, presupone la existencia de un oficio y de una función inescindiblemente ligados al derecho subjetivo, los que constituyen la *ratio* de la tutela que le otorga el Derecho objetivo; pero se

(77) En este sentido utiliza la expresión acertadamente PERLINGIERI, *Profilo*, cit., págs. 202 y s. y 222 y ss.; entre nosotros, asimismo, DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 482, cuando define el derecho subjetivo, pág. 485, al describirlo como «situación jurídica unitaria» y págs. 510 y s., al referirse, expresivamente, a las llamadas «situaciones jurídicas secundarias». Esta intercambiabilidad de la situación jurídica permite reproducir aquí la misma consideración crítica que SPERDUTI, *Op. cit.*, pág. 84, dirige a la teoría que concibe el derecho subjetivo como un *agere licere*, para lo que nos remitimos a lo que hemos expuesto *supra* y a las referencias de la nota 56.

(78) Así, manifestándose contrario a esta construcción, IRTI, *Introduzione*, cit., pág. 77, literalmente, autor que rechaza, también, la categoría de la relación jurídica por entender que se trata de un concepto metafórico tendente a explicar el nexo de sociedad y sistema jurídico (p. 79); de acuerdo con su planteamiento rigurosamente normativista, no hay más realidad jurídica que la norma (p. 80).

trata de un poder jurídico en el doble sentido de no estar fuera del ordenamiento y de estar limitado por las normas que fijan, abstractamente, su estructura, función, contenido y efectos típicos. Y es la titularidad concreta, lo mismo que «la titularidad del oficio y de la función correlativa», como se ha escrito, «la que explica la conexión del poder con el sujeto», la que sólo puede presentarse, según nosotros, en el marco de una relación jurídica preeexistente (79). De no ser así, estaríamos ante una categoría pre-jurídica, lo que es inaceptable, incluso, en tema de autonomía privada y negocio jurídico, por medio de los cuales la relación jurídica se expresa y el derecho subjetivo se crea y circula (80).

---

(79) En tal sentido, PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., pág. 74, literalmente; asimismo, DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 484, entiende que la obligatoriedad del ejercicio del derecho subjetivo es inherente tanto a los que provienen de los *officia* como a los de índole estrictamente patrimonial, la que depende, en todo caso, de la titularidad del derecho subjetivo; se trata de una titularidad activa, por definición, pues como dice el mismo autor, «el sentido antisocial de su no uso puede determinar su extinción» (*loc. cit.*). De una opinión diversa es IRTI, *Sul concetto di titolarità*, *loc. cit.*, págs. 45-47, quien concluye en la «disolución del concepto de titularidad» por considerar que hombre y acción son categorías lógicas inseparables y que la persona «es objeto (*subjectum*, en el sentido originario de la palabra), y no portador del juicio de deber» a que se contrae, en última instancia, toda norma jurídica. Para hacer notar esta diferencia hablamos en el texto de «titularidad concreta».

(80) Así, Santi ROMANO, *Frammenti*, cit., pág. 25, y los autores recordados en la nota 66 *in fine* que siguen esta orientación. El problema se ha discutido en torno a la llamada teoría preceptiva del negocio jurídico propuesta por BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2.<sup>a</sup> ed. Torino, 1955, y *Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico*, en «Temi», 1963, especialmente, páginas 607-608, entre muchos otros trabajos suyos, de acuerdo con la que el problema se reconduce al problema de la recepción de la «autorregulación de los intereses» establecida por la autonomía privada en el campo de la pre-juridicidad por el ordenamiento superior de las normas jurídicas; demuestra IRTI, *Itinerari del negocio giuridico*, cit., págs. 409 y ss., que este problema en el que está en la base de la conocida polémica acerca de la primacía de la voluntad o de la declaración y que nuestro autor resuelve mediante la técnica de la *fattispecie* la que permite unir a un determinado contenido económico y social unos determinados efectos jurídicos previstos hipotéticamente por el ordenamiento normativo para tal supuesto de hecho. Con todo, no parece posible pensar hoy en día que la autonomía privada está fuera del campo del Derecho, como bien lo ha puesto de relieve la doctrina sobre la atormentada cuestión de la causa del negocio jurídico; para esto último, DE LOS MOZOS, *La renovación dogmática del concepto de «causa» del negocio jurídico en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española*, cit., especialmente, págs. 437 y s. y allí referencias.



# Colisión intraestatal de Ordenamientos Derecho civil y Derecho mercantil Normas de conflicto

LUIS FIGA FAURA, Notario

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.—II. LOS ACTOS DE COMERCIO EN EL DERECHO COMPARADO: A) *Los actos de comercio en el Código francés.* B) *Los actos de comercio en el Código alemán.* C) *Naturaleza de los problemas resueltos por los Derechos francés y alemán: norma general:* a) Definición de “comerciante”. b) Actos subjetivamente mixtos. c) Actos objetivamente mixtos o unilaterales. d) Actos accesorios. e) Actos atípicos. D) *La solución de los Código francés y alemán al problema de la colisión de ordenamientos.*—III. LOS ACTOS DE COMERCIO EN EL DERECHO ESPAÑOL: A) *Normas fundamentales.* B) *La doctrina.* C) *Critica.* D) *El Código de comercio de 1829.* E) *El Código de Comercio de 1885.* F) *El apartado segundo del artículo 2º del Código de comercio:* a) Los actos comprendidos en el Código; b) y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

I.—*Antecedentes históricos.*—No es necesario repetir que la especialidad o singularidad que, desde el siglo XI en las colonias de Levante y desde el siglo XIII en Occidente, caracterizó el tratamiento jurídico de la actividad mercantil fue de naturaleza procesal. Los litigios originados por el tráfico comercial se resolvían ante los Consulados de Mar y, más tarde, ante los Tribunales de Comercio por los propios comerciantes por la vía sumaria —*sine strepitu et figura iudicii*— y utilizando la *equidad* como único criterio.

La especialidad procesal desembocaba, por tanto, en una no menos importante especialidad material o sustantiva: el pleito comercial se resolvía ante una jurisdicción distinta, unos jueces diferentes y aplicando una normativa —unos *usos* reconocidos o creados por la equidad mercantil— que poco parecido tenía con la contenida en el *ius commune*. De ahí la trascendencia que siempre tuvo el deslinde o separación de aquellas cuestiones que podían —o debían— ser sometidas a tales Tribunales respecto de aquellas otras cuya solución correspondía a otra jurisdicción —la ordinaria o civil— cuyas normas procesales y fuentes normativas llevaban consigo una inevitable lentitud absolutamente incompatible con la actividad comercial.

El problema tenía un aspecto político y un aspecto técnico. Respecto de lo primero baste recordar que fue constante la pugna entre el estamento mercantil y la jurisdicción ordinaria y que su solución no sólo fue distinta según los lugates, sino que, en un mismo lugar, cambió con frecuencia al compás de los vaivenes políticos. Desde el régimen vigente en aquellas ciudades —como parece ser el caso de Génova— que no conocieron la jurisdicción mercantil hasta aquéllas —como Pavía— en que ésta absorbió no sólo los pleitos entre comerciantes, sino incluso aquéllos en que sólo era comerciante el demandado, se dieron todas las variantes posibles. Más interés tiene el segundo aspecto —el aspecto técnico—, porque, aun admitida políticamente una determinada solución, quedaba el problema de formularla adecuadamente; y es precisamente en este punto donde, desde los primeros Estatutos italianos, se topó con dificultades que, aún hoy, constituyen una de las principales preocupaciones de la doctrina y de la legislación mercantiles.

Existían razones que impedían dar la solución simplista de considerar a la jurisdicción mercantil como una cuestión meramente personal —de considerar que la jurisdicción mercantil debía extenderse exclusiva y totalmente a las cuestiones suscitadas entre comerciantes: hay una actividad patrimonial de éstos que no es mercantil como también hay una actividad mercantil desarrollada por no comerciantes; por si fuera poco, hay actos que siendo típicamente mercantiles para una de las partes contractuales, no tienen para la otra este carácter.

Cuando Stracca se enfrenta con el problema parece seguir inicialmente una orientación subjetiva; pero la insuficiencia de este criterio le lleva a apuntar a una concepción objetiva complementaria de aquélla: «los Cónsules —escribe— pronuncian el Derecho y conocen de las causas entre comerciantes que pertenecen a oficio y negociación mercantil» (*Cónsules, igitur, in his quae ad officium mercatorum negotiationesque pertinent, ius inter mercatores dicent, causasque cognoscunt*; Benvenuto Stracca: *De iudicibus seu consulibus mercatorum - Et quomodo in causis eorum sit procedendum*, núm. 9); viéndose obligado a aclarar seguidamente que ante dichos Cónsules pueden los comerciantes demandar a quienes no lo son, siempre que sea por causa y con ocasión de comercio (*Causa et occasione mercaturaे, coram dictis consulibus, mercatorem ab eo qui mercator non est conveniri posse*: íd., íd., núm. 14). Como es natural esta orientación lleva, necesariamente, a definir la actividad mercantil, cosa que Stracca había ya hecho en la primera parte de su *Tractatus de Mercatura seu Mercatore* (número 74), diciendo que es la profesión que se ejerce por razón de una ganancia lícita cambiando y comprando repetidamente mercaderías y vendiéndolas, siempre que no sea al por menor ni previa elaboración o modificación realizada personalmente por el propio comerciante (*Mercatura est officium quod ratione quaestus liciti exercetur in permutandis emendisque frequenter mercibus, illis quoque non mutata per se forma nec minutatim, distrahendis*).

Esta misma orientación híbrida o mixta —si bien con los términos invertidos dado que es el factor objetivo el que queda complementado por el subjetivo— es la que un siglo más tarde presidirá la redacción de la primera codificación mercantil sistemática y completa —Las Ordenanzas de Luis XIV o «Code Marchand» —de cuyo articulado se deduce que los Jueces y Cónsules conocerán de los «Billets de Change» entre comerciantes, de las letras de cambio de plaza a plaza entre toda clase de personas (Título XII, arts. 2.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup>) de las ventas hechas por comerciantes para revender o trabajar en su profesión (art. 4.<sup>o</sup>), de las garantías, salarios y pensiones de comisionistas, factores o servidores de los comerciantes (art. 5.<sup>o</sup>), de los seguros, préstamos a la gruesa, promesas, obligaciones y contratos relativos al comercio marítimo (art. 7.<sup>o</sup>) y del comercio hecho durante las ferias siempre que tales cuestiones no sean atribuidas a los Jueces conservadores del privilegio ferial (art. 8.<sup>o</sup>).

Como puede verse, tanto el criterio objetivo necesita de un complemento subjetivo como el criterio subjetivo exige un apoyo objetivo —cosa esta última perfectamente visible en los supuestos en que la condición de comerciante es consecuencia de una ficción jurídica: precisamente en este caso es cuando el criterio objetivo pasa a primer plano —aun cuando formalmente la definición sea subjetiva

En realidad, como ya puso de relieve Garrigues, el Derecho mercantil, formalmente subjetivo, ha sido siempre sustancialmente objetivo dado que la actividad mercantil servía para definir a las personas como comerciantes y para someter luego sus actos profesionales al Derecho especial. Siendo ello así, la localización de actos que se califican de mercantiles por razones objetivas, debiera permitir prescindir de la figura del comerciante; pero lo cierto es —como resulta de las Ordenanzas de Luis XIV— que la referencia a él parece inevitable y que ni la doctrina ni el legislador pueden prescindir de este personaje. Lo cual encierra una indisoluble contradicción: si es comerciante la persona que realiza profesionalmente determinados actos, la caracterización de éstos por su conexión con el comerciante lleva a un círculo vicioso que denuncia escandalosamente algún error grave en las bases de partida.

II.—*Los actos de comercio en el Derecho comparado.*— Antes de seguir adelante en el estudio del tema quizás sean convenientes ciertas precisiones terminológicas sin las cuales parece difícil conseguir resultados apreciables. Es posible que una ciencia no sea más que un lenguaje bien hecho pero lo que parece indudable es que, sin un lenguaje bien hecho, la ciencia que se construya será muy precaria.

En materia de actos de comercio, y como hipótesis de trabajo, hay que empezar por distinguir, de la forma más absoluta posible, entre «acto de comercio» y «operación comercial». Llamo —provisionalmente— «operación comercial» aquello que profesionalmente hace el comerciante; se trata, pues, de un concepto socio-económico. Llamo —también provisionalmente— «acto de comercio» aquello que está

sujeto a la normativa mercantil; se trata, por tanto, de un concepto jurídico. Y una vez separados ambos conceptos hay que continuar constatando que no hay ninguna razón lógica ni ontológica que permita afirmar que ambas expresiones son sinónimas —que ambas se refieran necesariamente a una misma cosa, ni que sea vista desde dos ángulos distintos, el económico y el jurídico. Acto de comercio y operación comercial sólo serán expresiones sinónimas en aquellas legislaciones en que se establezca expresamente una relación biunívoca entre el conjunto formado por todas las operaciones comerciales y el conjunto formado por todos los actos regulados por la normativa mercantil, de modo que todas las operaciones comerciales estén sometidas al Derecho mercantil y todo lo que regule el Derecho mercantil sea una operación comercial; pero en tal caso, la sinonimia no estará en la naturaleza de la cosa sino en la voluntad del legislador.

En consecuencia, no procede ni tiene sentido distinguir el acto de comercio «en sentido jurídico» del acto de comercio «en sentido económico». Una expresión cualquiera tiene varios sentidos —y es ineludible distinguirlos— cuando se utiliza *con significado distinto* en espacios culturales, científicos o sociales diferentes; así ocurre, por ejemplo, con la palabra «grupo» que encontramos en sociología y en matemáticas: cuando un texto se sirva de esta expresión habrá que distinguir y precisar si se utiliza en sentido matemático o en sentido sociológico —a menos que la naturaleza del contexto dispense de ello. *Pero la expresión «acto de comercio» sólo se utiliza en el campo jurídico:* ningún comerciante ha dicho nunca que acaba de realizar «un buen acto de comercio»; lo que sí dice es que ha realizado una buena o mala operación comercial. La expresión «acto de comercio en sentido económico» carece de significado —como carecería de él la expresión «triángulo en sentido histórico»— y su utilización, como puede suponerse, ha dado lugar a no pocas confusiones y a no leves errores.

Hecha esta breve, aunque esencial, aclaración terminológica es posible ya pasar al estudio de la posición adoptada en materia de actos de comercio por las dos legislaciones más representativas: la francesa y la alemana.

A) *Los actos de comercio en el Código francés:* Las normas fundamentales del Código Napoleónico a tener en cuenta son las siguientes:

Artículo 1.º.—Son comerciantes aquéllos que ejercen actos de comercio y hacen de ellos su profesión habitual.

Artículo 631.º.—Los Tribunales de Comercio conocerán:

- 1.º De todos los litigios relativos a compromisos y transacciones entre negociantes, mercaderes y banqueros.
- 2.º Entre toda clase de personas, los litigios relativos a los actos de comercio.

Artículo 632.º.—La Ley considera actos de comercio:

- Cualquier compra de géneros y mercancías para venderlas, bien

- sin modificación, bien después de haberlas trabajado y elaborado, o bien simplemente para arrendarlas.
- Cualquier empresa de manufactura, de comisión o de transporte por tierra o por agua.
  - Cualquier empresa de suministros, de agencia, de despachos de negocios, establecimientos de venta en pública subasta, de espectáculos públicos.
  - Cualquier operación de cambio, banca y correduría.
  - Todas las operaciones de los Bancos públicos.
  - Todas las obligaciones entre negociantes, mercaderes y banqueros.
  - Entre cualesquiera personas, las letras de cambio o remesas de dinero hechas de plaza a plaza.

La lectura de estos tres fundamentales preceptos sugiere las siguientes consideraciones:

a) Siguiendo la orientación clásica, el Código francés enfoca la determinación o definición de la materia mercantil en la dirección procesal. Lo que más preocupa es la fijación o delimitación de la esfera de competencia de los Tribunales de Comercio; tanto más cuanto, suprimido el criterio de equidad —que queda sustituido por el de legalidad— y careciendo la legislación mercantil napoleónica —para la mayoría de los contratos— de una normativa especial, es la rapidez y simplicidad del proceso mercantil la ventaja, en muchos casos única, que el ordenamiento mercantil ofrece a los comerciantes.

b) Contra lo que comúnmente se cree, la orientación del Código francés es fundamentalmente subjetiva o personalista; si Stracca había escrito: *consules igitur...ius inter mercatores dicent causasque cognoscent*, no sólo se dispone en el artículo 631 que los Tribunales de Comercio conocerán de todos los litigios relativos a obligaciones y transacciones entre negociantes mercaderes y banqueros, sino que el artículo 632 califica de actos de comercio —es decir: de actos sujetos a la legislación mercantil— a todas las obligaciones entre estos personajes.

c) Pero el Código Napoleónico no se contenta —como se contentará el Código alemán un siglo más tarde— con esto; al legislador francés le preocupa la secular y no discutida sumisión a la normativa y a la jurisdicción mercantiles de quienes no siendo comerciantes realizan alguno de los actos constitutivos de la profesión de comerciante; y esta preocupación le lleva inexorablemente a intentar caracterizar y enumerar estos actos que, por una parte, someten al no comerciante que los realiza esporádicamente a la jurisdicción mercantil y, por otra, permiten calificar de comerciante a quienes los realizan profesional y por tanto habitualmente. Estos son los actos que el legislador denomina «actos de comercio»: el artículo primero de dicho cuerpo legal define al comerciante como la persona que realiza «actos de comercio» y hace de ellos su profesión habitual; estos mismos actos (art. 631-2.º) hechos ocasionalmente por no comerciantes también quedan sujetos a la legislación mercantil.

d) Parece que, después de redactado el artículo primero, la in-

mediata tarea del legislador francés debió ser la de definir *por su esencia* el «acto de comercio»; pero, por las razones que sean no lo hizo: lo que sí hizo, en el artículo 632, fue enumerarlos en una lista que se ha hecho famosa; lista en la que, al lado de verdaderos actos, encontramos *actividades* (empresas) e, incluso, *obligaciones* en una enumeración —cuyos defectos no es necesario subrayar— que pone de relieve la inseguridad con que el legislador se mueve. Pero lo más importante del mecanismo resultante de los preceptos antes transcritos no es sólo esto, sino la idea subyacente de que la Ley no hace en ellos otra cosa que traducir exactamente en términos jurídicos una realidad económica: si en el terreno económico lo que hace profesional y habitualmente el comerciante son *operaciones comerciales*, estas mismas operaciones, en el terreno jurídico reciben el nombre de *actos de comercio*.

Esta perfecta sinonimia se revela por dos hechos: en primer lugar, la indiferencia con que los mercantilistas franceses desde el primer momento utilizaron ambas expresiones indistintamente; en segundo lugar la presunción —resultante de varios preceptos de dicho Código y de la doctrina jurisprudencial— de que ciertos actos son actos de comercio *si no se demuestra lo contrario* —demostración que sólo puede basarse en hechos extrajurídicos: se demuestra que algo no es acto de comercio si no es una operación comercial. En definitiva: *no es el Código quien dice que algo es acto de comercio sino la realidad económica*.

e) La pretensión del legislador francés de traducir o retratar jurídicamente una realidad económica no alcanza su objetivo; porque si lo que realiza económicamente el comerciante son *operaciones comerciales* esta expresión alude a una realidad que, por lo menos en la actualidad, no tiene traducción posible en términos jurídicos.

Este hecho nada tiene de extraordinario; el mundo no está compuesto ni es una suma de *cosas* separadas y ontológicamente diferenciadas: es el hombre quien desmenuza al mundo según sus conveniencias y bautiza y define cada uno de los fragmentos resultantes de este desmenuzamiento. Pero cada cultura y cada época construyen el mundo a su manera, de modo que la transposición —la traducción— de los conceptos de una cultura o de una época a otra o es imposible o resulta más o menos gravemente inexacta: ni *diké* puede traducirse más que aproximadamente por justicia, ni *pistis* por fe; un texto chino o árabe admite muchas traducciones distintas a un idioma occidental por la sencilla razón de que, al no existir ninguna traducción exacta son posibles varias más o menos aproximadas. Lo mismo ocurre cuando se trata de áreas de actividad diferentes aunque contemporáneas: el mundo económico tiene centros de interés distintos que el mundo jurídico y, por tanto, sus conceptos básicos —*sus unidades significativas*— no son traducibles, de un lenguaje a otro.

Para el jurista la *unidad significativa mínima* es el *negocio jurídico*, mientras que para el comerciante su unidad significativa mínima es la *operación comercial* —expresión que, parafraseando un texto de Bravard Veyrieres, alude a una actividad compleja compuesta de va-

*rios actos distintos pero que recaen sobre un mismo objeto, hechos en vista unos de otros y destinados a saldarse por una pérdida —que se trata siempre de evitar— o por un beneficio que se espera realizar y cuya perspectiva es la causa determinante de la operación.*

Esta *operación comercial* puede caracterizarse:

*Por su consumación.*—Si el negocio jurídico —y más concretamente el contrato— se consuma cuando se cumplen o agotan todas sus posibilidades obligacionales, la operación comercial, debido a la especial consideración e importancia que en la vida mercantil tiene el derecho de crédito, se estima consumada cuando ha nacido un crédito dinerario líquido e incondicionado aunque no sea vencido; en tal momento puede su protagonista concretar la existencia de ganancia o pérdida y puede aplicar el resultado positivo —aunque no sea más que un derecho de crédito no vencido— a una ulterior operación. El nacimiento de este crédito fija el final de la *operación comercial*.

*Por su composición* la operación comercial puede resultar:

1.º De un solo acto o negocio jurídico; creo que el supuesto es inexistente y ello por una razón clara: la «operación comercial» es siempre de *interposición*, de modo que, como mínimo, exige dos contratos. Y, así, el préstamo no es operación comercial a menos que el dinero prestado proceda de otro préstamo o de un «depósito irregular»; en tal caso la «operación» está compuesta de dos préstamos encadenados. Hay, sin embargo, supuestos dudosos —como el de la apertura de crédito— que merecerían un estudio particularizado.

2.º De dos o más actos o negocios jurídicos, como ocurre en el caso citado de préstamo o en la compra con intención de revender seguida de la reventa; es de advertir que la pluralidad jurídico-negocial puede ser *lineal* o no; quiero decir que tal pluralidad puede ser consecuencia de la conexión de una serie lineal de negocios jurídicos principales a uno o más negocios jurídicos colaterales —accesorios o complementarios.

3.º Como supuesto especial —o como supuesto límite de operación comercial jurídicamente compuesta— hay que citar aquél que tiene un término, final o conclusión *inmanentes*. Me refiero con ello a lo que el Código civil español, en su artículo 1.678, denomina «una empresa señalada» que concluye, como dispone el artículo 1.700, «cuando se termina el negocio que le sirve de objeto». La compra de un solar con la intención de edificar y vender y las sucesivas construcción y venta constituye una operación que concluye en el momento en que se vende el último de los apartamentos construidos. Como puede comprobarse, se trata de una única operación no prorrogable sin iniciar otra distinta. Y llamo la atención sobre este supuesto porque da lugar a ciertas peculiaridades dignas de ser tenidas en cuenta y que serán en su momento objeto de consideración.

4. En no pocos casos —y no los menos importantes— desaparece la *operación comercial* como unidad significativa y es sustituida por

otra unidad más compleja completamente distinta. En muchas actividades mercantiles los distintos actos aislados no se unen de forma lineal para constituir *operaciones comerciales* —aisladas o encadenadas— sino que se combinan en complejos que no permiten precisar la producción de ganancias o de pérdidas más que interrumpiendo *desde fuera* y por un acto arbitrario la actividad comercial, bien de forma real («por cesar en el negocio» como se dice con frase estereotipada), bien de forma ficticia o contable, cerrando con ello lo que se conoce con el nombre de «ejercicio económico» —coincidente, generalmente, con el año natural. Hay que subrayar, sin embargo, que si la unidad mínima significativa «operación comercial», incluso en su forma de «empresa» puede darse sin habitualidad y, por tanto, sin atribuir a su protagonista la condición de comerciante, la unidad «ejercicio económico» implica necesariamente la habitualidad y, por tanto, aquella condición.

Pero ni la *operación comercial* ni el *ejercicio económico*, llegan nunca a la mesa del legislador: lo que éste, el jurista y el Juez manejan son los elementos simples de que aquéllos están compuestos: elementos que, separados del conjunto, pierden las características de éste y no se diferencian en nada de los negocios jurídicos civiles.

f) El pretendido hallazgo de un denominador común al comerciante habitual y al que con notoria impropiiedad se ha denominado comerciante ocasional («comerciante habitual» es una redundancia y «comerciante ocasional» una *contradictio in terminis*) ha llevado a la doctrina a un razonamiento erróneo que puede ser descrito en los siguientes términos: si hay entre los dos personajes un elemento común —el acto de comercio— la razón por la cual ambos están sujetos a la legislación y a la jurisdicción mercantiles es única: el acto de comercio que ambos realizan —el primero habitualmente, el segundo esporádicamente— tiene una determinada naturaleza —una esencia— que exige una regulación especial distinta de la civil.

Aparentemente el razonamiento es correcto, pero ya resulta más problemático si se cae en la cuenta de que descansa sobre una suposición errónea no formulada expresamente; recordando planteamientos más antiguos: de la correcta fórmula *ubi eadem ratio ibi et eadem iura*, se pasa indebidamente a la fórmula *ubi idem ius ibi et eadem ratio*. Dicho en otros términos; se piensa que la razón que obliga a someter dos realidades distintas a una misma regulación es única, o sea, que la razón que lleva al legislador francés a someter a la legislación y a la jurisdicción mercantiles los actos de comercio —o las operaciones comerciales— del comerciante es la misma que le llevan a someter a la misma jurisdicción y legislación los actos de comercio—o las operaciones comerciales— del no comerciante.

Que esto no es así lo demuestra la característica y finalidad principales que en todos los tiempos ha tenido la normativa mercantil, la cual se dirige a aumentar al máximo —sin pérdida de seguridad jurídica— el número de operaciones a realizar por unidad de tiempo, o sea, la velocidad de contratación. Velocidad que como objetivo sólo

tiene justificación económica cuando de ella depende el aumento de la ganancia, lo cual solamente ocurre en el caso de una actividad compuesta de operaciones encadenadas, es decir: formadas por una serie en la que cada operación se realiza a partir de los resultados económicos de la operación anterior y cuyos resultados sirven de alimento a la que le sigue; en tal supuesto, ninguna operación puede iniciarse antes de la consumación económica de la que le precede, la ganancia total depende del número de operaciones realizadas por unidad de tiempo y, en consecuencia, hay razones suficientes —por lo menos desde el punto de vista del comerciante— para justificar una regulación jurídica especial.

En la operación aislada, ni quien la realiza tiene motivos para reclamar ni el legislador los tiene para facilitar una mayor velocidad. Lo que sí ocurre es que el comerciante, sujeto a una normativa muy estricta y potencialmente peligrosa, no ha tolerado nunca que el no comerciante disfrute de los beneficios de una actividad comercial ocasional sin estar sujeto a sus servidumbres: el comerciante exige que las reglas de juego sean aplicables por igual a todos los que entran en él —ni que sea ocasionalmente—. Y el Derecho mercantil de todos los tiempos ha considerado justa esta exigencia y ha sometido al «comerciante ocasional» a los mismos preceptos que el «comercial profesional»; no por razón de la materia, sino para evitar lo que hoy recibe el nombre de intrusismo.

Como resumen de todo lo dicho, se puede afirmar que el texto del Código Napoleónico ha permitido a buena parte de la doctrina afirmar que las expresiones «operación comercial» y «acto de comercio» son sinónimas y, en consecuencia, no sólo que todo acto de comercio es una operación comercial y que toda operación comercial es un acto de comercio, sino que la *única* razón que puede justificar una normativa especial distinta de la civil es el hecho de que algo sea, en sentido económico, una operación comercial. Por el momento hemos visto que contra lo que generalmente se supone las razones son por lo menos dos: más tarde comprobaremos que son bastantes más.

g) La sinonimia de las expresiones «actos de comercio» y «operación comercial» supone la primacía o prioridad de esta última: la realidad socio-económica es elemento *sine qua non* de la existencia del concepto jurídico de «acto de comercio»; el Derecho no hace otra cosa que reconocer la existencia de algo que se encuentra *in rerum natura*. Lo cual lleva a una consecuencia importante: dado que las operaciones comerciales ponen en relación varios sujetos, el mismo concepto de operación comercial —y por tanto el de acto de comercio— tiene carácter *subjetivamente relativo*: no es posible afirmar sin mayores precisiones que algo es *una* operación comercial —o que algo forma parte de una operación comercial— por la sencilla razón de que no existen operaciones comerciales absolutas: o bien algo es operación comercial *para una determinada persona* (por ejemplo, para quien compra con intención de revender) sin serlo para quien contrata con ella, o bien hay más de una operación comercial: si un Banco presta a

un comerciante una cantidad para su empleo en ulteriores operaciones de éste, nos encontramos ante *dos* operaciones comerciales —una para cada contratante— que, puestas en contacto momentáneamente, nada tienen que ver la una con la otra: para el Banco se trata de un acto que forma parte principal de la explotación bancaria, para el comerciante de un acto accesorio de su propio negocio.

Este carácter *subjetivamente relativo* del acto de comercio —un acto puede ser mercantil para ambas partes contratantes y puede serlo solamente para una de ellas, pero, en todo caso, si algo es acto de comercio lo es *para alguien* y no de forma absoluta— no fue tenido en cuenta por el legislador francés: para éste sólo se trata de regular los actos que son de comercio para ambas partes, preocupándose únicamente el problema de los actos *subjetivamente mixtos*: los concluidos entre comerciante y no comerciante. Quedó, por tanto sin plantear —y sin resolver— el problema de los actos *objetivamente mixtos*— aquéllos que, concluidos entre cualesquiera personas (entre comerciantes o entre comerciante y no comerciante) sólo son actos de comercio —es decir, operaciones comerciales— para una de las partes contratantes.

h) Prescindiendo de múltiples cuestiones de detalle que quedan fuera del objeto de estas páginas, hay una particularidad que debe ser puesta de relieve: para el legislador francés, algo que sea «acto de comercio» *para una determinada persona* lo es *para esta persona* enteramente y sin recortes ni modificaciones, de modo que la legislación o la jurisdicción a que queda sujeta depende enteramente de su calificación como acto de comercio. Dicho de otra manera más práctica: algo es o no es —de modo absoluto— acto de comercio para alguien: si lo es, las normas aplicables serán para este *alguien*, *todas* las que se deriven de tal calificación, y lo mismo ocurrirá si el acto no es calificado de mercantil sino de *civil*. Quizá esta particularidad no resulte para el lector muy notable ni digna de ser mencionada, dado su aspecto de consecuencia obvia. Pero ya se verá en lo que sigue que la legislación alemana adopta una solución completamente distinta.

B) *Los actos de Comercio en el Código Alemán.* Las normas fundamentales del HGB a tener en cuenta son las siguientes:

Artículo 1.º: Es comerciante en el sentido de este Código aquél que ejerce una profesión comercial.

Se considera profesión comercial cualquier actividad profesional que tenga por objeto alguno de los siguientes tipos de operaciones:

- 1.º Compra y venta de bienes muebles o de valores mobiliarios, sin que quepa distinguir si las mercancías se revenderán sin modificación o después de un trabajo de elaboración o de transformación.
- 2.º Aceptación por cuenta de otro de un trabajo de elaboración o de transformación, excepto en el caso en que se trate de un trabajo artesano.
- 3.º Aceptación de seguros a prima fija.
- 4.º Operaciones de banca y cambio.

- 5.<sup>º</sup> Empresas de transporte marítimo de mercancías o de pasajeros. Operaciones de transportistas o de establecimientos de transporte de viajeros por vía terrestre o fluvial, así como operaciones de empresarios de remolque.
- 6.<sup>º</sup> Operaciones de comisionistas, comisionistas de transporte o almacenistas.
- 7.<sup>º</sup> Operaciones de representantes o corredores de comercio.
- 8.<sup>º</sup> Actividades editoriales y todo otro comercio de libros o de obras de arte.
- 9.<sup>º</sup> Actividades impresoras, a menos que se trate de trabajo artesano.

Artículo 343: Se reputarán actos de comercio todas las operaciones efectuadas por un comerciante en la explotación de su comercio.

La lectura de estas normas —y de las que serán citadas en el momento oportuno— y su comparación con las correspondientes del Código francés, sugiere las siguientes consideraciones:

a) A diferencia del Derecho mercantil clásico —y del francés— el Código alemán prescinde totalmente del problema procesal. Para el HGB la posibilidad de que se constituyan Tribunales de Comercio carece de trascendencia: lo que se propone el legislador alemán no es la solución de los problemas que en otras latitudes produce o en otras épocas produjo la colisión de normas procesales, sino la que se produce entre normas sustantivas: el HGB contiene una detallada regulación del mandato y apoderamiento, de la representación, de la sociedad —o sociedades de diferentes tipos— de la venta, de la comisión, del almacenaje y del transporte, que se aparta en puntos esenciales de la correspondiente normativa civil; y el objetivo principal —y previo— del legislador lo constituye el establecimiento de verdaderas *normas de conflicto* entre ordenamientos. No se trata, pues, de saber cuándo un acto cae dentro de la esfera de competencia de los Tribunales de Comercio, sino de cuándo cae dentro de la esfera de las normas sustantivas comerciales —del Código de comercio de 10 de mayo de 1897 y de las restantes leyes mercantiles.

b) La orientación básica del HGB, como la del núcleo central del Código francés, es subjetiva: si éste empieza por afirmar que los Tribunales de Comercio conocerán de todas las cuestiones entre comerciantes; que son comerciantes los que realizan habitualmente actos de comercio y que son actos de comercio los contenidos en la lista del artículo 632, el HGB da por supuesto que los actos de comercio se rigen por el Código de comercio, que son actos de comercio los realizados por los comerciantes en la explotación de su comercio y que son comerciantes los que realizan alguna de las actividades contenidas en la lista del artículo 1.<sup>º</sup>. Lo realmente curioso —y difícilmente explicable— de este sistema es la utilización innecesaria de la expresión —y del concepto— de «actos de comercio», que ningún papel juega en el sistema. De pieza absolutamente esencial para un cuerpo legal como el francés, que se propone someter a su disciplina las operaciones especulativas

hechas por no comerciantes, pasa a ser muletilla innecesaria en un Código como el alemán a quien este problema le tiene sin cuidado. Con la particularidad de que el HGB, después de definir el «acto de comercio» se olvida de decir que los actos de comercio quedan sujetos a la disciplina legal mercantil.

c) Para el HGB la figura del «comerciante ocasional» es desconocida. Por las razones que sean —y creo que la solución adoptada es más que discutible— los actos especulativos del no comerciante reciben el mismo trato que los actos «civiles» del consumidor. El problema que durante siglos atormentó a la doctrina y a la jurisprudencia es ignorado por el legislador alemán. Lo cual parece que sólo tiene justificación cuando se trata de contratos entre un no comerciante especulador y un comerciante: dada la política legislativa de sujetar a la legislación mercantil los actos especulativos de un comerciante —prescindiendo de si la otra parte contractual lo es también o no— lleva a la solución que parece correcta: someter al comerciante y al no comerciante especulador a las mismas reglas de juego. Más discutible parece la solución que automáticamente resulta para el caso de un contrato entre un comerciante o un no comerciante especulador y un no comerciante consumidor.

d) Lo que sí preocupa al legislador alemán es el acto *subjetivamente mixto*, es decir: aquél que tiene como partes contractuales a un comerciante y a un no comerciante, prescindiendo por completo de si para este último, el acto es o no especulativo. La solución —o soluciones— dadas por el HGB pasan por la decisión de no considerar el *acto de comercio* como un todo cuya existencia produce automáticamente un conjunto de efectos —como ocurre en el Derecho francés—. El sistema alemán es eminentemente casuístico en el sentido, no sólo de que contempla todos los casos considerados dignos de especial regulación, sino en el de que las soluciones que da no son globales, sino que se limitan a declarar aplicables o no determinados artículos del BGB o del HGB. Para que se vea claro lo que quiero decir; baste con copiar el artículo 348 del HGB:

Cuando una pena convencional ha sido aceptada por un comerciante en el ejercicio de su comercio, no podrá aquélla ser reducida por aplicación del artículo 343 del BGB.

Como puede verse, se trata de excepcionar la aplicación de *un* artículo del Código civil, para lo cual se exige que el deudor sea comerciante y que el contrato haya sido concluido en el ejercicio de su comercio, o sea —con nomenclatura española—, que pertenezca a su giro y tráfico.

Los supuestos tenidos en cuenta por dicho Código son numerosos: que el acto sea acto de comercio para el deudor (art. 350), que se trate de operaciones comerciales (art. 352), que se trate de operaciones comerciales para ambas partes (art. 353), que se trate de una persona (comerciante o no) que entre en relaciones de negocios con un comerciante (arts. 355 y 362), que se trate de actos de comercio (ar-

título 358); de efectos librados contra un comerciante (art. 363), de una enajenación hecha por un comerciante en el ejercicio de su comercio (art. 366), que se trate de un acto de comercio para ambas partes (arts. 368 y 369) o de un acto de comercio sólo para una de ellas (art. 368-2.º), que se trate de venta comercial para ambas partes (arts. 377 y 379) o de una comisión de compra que sea acto de comercio para ambas partes (art. 391) o de un transporte hecho por comerciante no transportista (art. 451), etc., etc. Estas circunstancias no son tenidas en cuenta para calificar o no al acto de acto de comercio —con la consecuencia que parece natural: que le sea aplicable *en bloque*, o no, la legislación mercantil; sólo son tenidas en cuenta para declarar casuísticamente aplicables o no determinados preceptos del Código civil o del Código de comercio —prescindiendo de que el acto caiga dentro de la definición del acto de comercio, dada por el artículo 343; con la particularidad de que la calificación de algo como «acto de comercio» presupone, por definición, que su protagonista es comerciante.

Como todo sistema casuístico, el HGB dispone de una «norma de cierre»; es la contenida en el artículo 345:

*Salvo que la Ley disponga lo contrario, cuando una operación tiene para una de las partes carácter mercantil, las disposiciones legales en materia de actos de comercio se aplicarán a ambas partes.*

e) El Código alemán, al contrario que el Código francés, no establece sinonimia alguna entre «operación comercial» y «acto de comercio». La lista del artículo 1.º no pretende —como la contenida en el artículo 632 del Código francés— ser una lista de *actos*, sino de *actividades o procesos*; son actos de comercio todos los realizados por el comerciante en la explotación de su actividad—sean principales, accesorios, preparatorios, complementarios o simplemente convenientes o accidentales. No son actos de comercio los realizados por un no comerciante —aunque económicamente sean o formen parte de una perfecta e indiscutible «operación comercial». En realidad la expresión «acto de comercio» no tiene en el Código alemán otro significado que el de «acto normalmente sujeto a la legislación mercantil».

f) A pesar de lo dicho anteriormente, es de notar que el legislador alemán no cae en el error de calificar ningún acto de comercio de *forma absoluta*, sino que precisa cuidadosamente el carácter *relativo y personal* de tal calificación: un acto sólo es acto de comercio *para alguien* y, por tanto, puede serlo para una de las partes contratantes y no para la otra. Cuando un acto es acto de comercio para una sola de las partes lo que dispone el artículo 345 del HGB no es que el acto es acto de comercio para ambas, sino que *las disposiciones legales relativas a los actos de comercio se aplicarán a ambas*. Esta forma, perfectamente correcta, de enfocar las cosas tiene su reflejo en las normas especiales que el propio HGB establece para ciertos actos *objetivamente mixtos*.

g) Particularidad notable del HGB la constituye el párrafo se-

gundo del artículo 343, que atribuye la calificación de acto de comercio —es decir, somete a la legislación mercantil— no sólo los actos realizados por el comerciante en la explotación de su comercio, sino también los realizados por el comerciante en el ejercicio de un tipo de comercio distinto al suyo propio. Con ello se da igual trato a los actos constitutivos del giro y tráfico de un comerciante y a los realizados por éste que no pertenezcan a tal giro y tráfico —con tal de que constituyan alguna de las actividades admitidas como comerciales en el artículo 1.<sup>º</sup> del HGB: la operación esporádica de compraventa de trigo hecha, por ejemplo, por un comerciante en tejidos es también acto de comercio.

Esta peculiaridad, aun pareciendo de detalle, tiene considerable importancia doctrinal; desarrollado en términos explícitos significa lo siguiente: un acto u operación comercial *ocasional* o *atípica* que por su falta de conexión con una actividad mercantil continuada carece de las notas que justificarían un tratamiento jurídico privilegiado, queda sometida a la normativa mercantil por el simple hecho de haber sido realizada por un comerciante. Intentando encontrar una explicación que justifique tal anomalía se tendrá que excluir tanto la conveniencia de favorecer la velocidad de un proceso o actividad habitual —se trata de un acto ocasional— como la de impedir el intrusismo —se trata de un comerciante—. Habrá que buscar por tanto una nueva justificación, que no parece pueda ser otra que el hecho de que el comerciante vive el mundo mercantil y conoce y acepta sus reglas de juego —aun en aquellas materias no incluidas en su «profesión habitual». De ser así, en el mundo jurídico mercantil tendría en algunos casos trascendencia no sólo el hecho de ser banquero, comerciante en tejidos, en conservas alimenticias o en zapatos, sino el hecho de ser comerciante —a secas y sin importar el concreto tipo de comercio desarrollado.

C) *Naturaleza de los problemas resueltos por los Derechos francés y alemán.* La doctrina, por regla general, ha utilizado y utiliza los textos antes transcritos con dos finalidades perfectamente visibles: o bien directamente, para caracterizar y explicar el concepto de *acto de comercio*, al que se erige en centro de gravedad de todo sistema jurídico mercantil, o bien, con mayores ambiciones, para hallar el concepto, la esencia misma del Derecho mercantil. Creo que ambas direcciones pasan por alto, pecando por exceso o por defecto, el objetivo fundamental de las normas estudiadas.

Si el Derecho mercantil está constituido por una serie de normas que regulan actos, negocios o relaciones también reguladas, y reguladas de forma distinta, por el Derecho civil, nos encontramos ante lo que técnicamente recibe el nombre de colisión de ordenamientos y ante la necesidad de resolver la duplicidad de regulación mediante un sistema coherente de *normas de conflicto*. Y esto es, precisamente, lo que de forma más o menos sistemática hacen el Código Napoleónico y el HGB: determinar, directa o indirectamente, con el auxilio del concepto de acto de comercio o sin él, cuándo un hecho, negocio o relación cae bajo el imperio de la normativa mercantil y cuándo bajo la normativa civil.

Así fijada la naturaleza de los preceptos estudiados —y de los problemas planteados— el sólo recuerdo de la doctrina estatutaria o de los preceptos del Título Preliminar del Código civil destinados a resolver los conflictos internacionales o interregionales nos permite, por analogía, sospechar que ni tales problemas son de fácil solución ni las soluciones pueden derivarse automáticamente de premisas simplistas.

Hay ciertamente un principio fundamental que parece indiscutido y que resuelve lo que podríamos llamar núcleo central del problema producido por la colisión de ordenamientos, y es el siguiente: los actos y relaciones protagonizados por comerciantes y concluidos entre comerciantes y que, con carácter principal, formen parte del giro y tráfico normales de sus respectivas actividades mercantiles, están sometidos a la legislación mercantil con exclusión de la normativa civil. Este principio aparece claramente de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 631 del Código francés y se deduce sin dificultad alguna de lo dispuesto en el artículo 343 del HGB.

Pero la unanimidad legislativa termina aquí; lo cual no quiere decir que no podamos extraer de dichos cuerpos legales más enseñanzas: porque si no es posible formular criterios unitarios respecto de las soluciones por cada uno de ellos adoptadas, sí, en cambio, su estudio permite hacer la lista de las cuestiones que la colisión de los ordenamientos civil y mercantil plantea. Porque una vez admitida la regla general enunciada empiezan los problemas; y estos problemas son:

a) *Definición de «comerciante».*—Si la legislación mercantil se aplica a las operaciones que entre sí realizan los comerciantes, hay que empezar por decidir quién es comerciante. Ante este problema las normativas francesa y alemana coinciden en su pretensión de definir a este personaje en términos jurídicos; y ambas legislaciones utilizan el mismo procedimiento; para el Código francés es comerciante quien profesionalmente realiza alguno de los actos —o de las actividades— enumeradas en el artículo 362; para el Código alemán es comerciante quien profesionalmente ejerce una actividad de las enumeradas en el artículo 1.<sup>º</sup> Y basta una rápida ojeada a las listas contenidas en los indicados preceptos para comprobar su sustancial semejanza —sin perjuicio de divergencias de mero detalle.

b) *Actos subjetivamente mixtos.*—Estando compuestas las operaciones comerciales por actos jurídicos en que, normalmente, hay dos o más partes contratantes, será acto *subjetivamente mixto* aquél que, siendo o formando parte de una operación comercial o especulativa para ambas partes, una de ellas es comerciante y la otra no. Se trata, pues, de un acto que es económicamente comercial para ambas partes, concluido entre un comerciante y un no comerciante. El Código de comercio francés sujeta tal acto en su totalidad a la legislación mercantil, en base a su concepto de «acto de comercio»: los actos subjetivamente mixtos son «actos de comercio» para las dos partes. Pero, como ya se ha visto, la justificación de esta solución no es unitaria sino doble: por parte del comerciante, la exigencia de rapidez y seguridad: por

parte del no comerciante, la sumisión a unas mismas reglas de juego en evitación de una competencia desleal.

En cuanto al HGB, la condición de comerciante es requisito *sine qua non* para que un acto sea «acto de comercio»; por muy especulativa o comercial que sea la operación que el no comerciante realice con el comerciante, tal operación no es para el primero «acto de comercio»; pero sí es acto sujeto a las normas aplicables a los actos de comercio (art. 345), y a las que se refieren a operaciones que sólo son «actos de comercio» para una de las partes y por tanto a las que regulan operaciones en las que una sola de las partes es comerciante. De ello deriva una absoluta igualdad de trato para el «comerciante ocasional» y el no comerciante consumidor.

c) *Actos objetivamente mixtos o unilaterales.*—Se trata de actos que, siendo especulativos para una de las partes contratantes, no lo son para la otra parte. En principio carece de importancia que los contratantes, o alguno de ellos, sea o no sea comerciante: si el no comerciante puede realizar actos especulativos, el comerciante puede realizar y realiza con frecuencia actos no especulativos o de consumo; lo importante es, pues, la naturaleza económica del acto y no la condición de las personas.

Dada la trascendencia social de la solución que se adopte, debido a la existencia y la enorme frecuencia de los actos comercialmente unilaterales, el problema planteado constituye la dificultad máxima con que el legislador se enfrenta.

Históricamente su solución no ofreció nunca dudas: la normativa y la jurisdicción mercantiles fueron creadas para regular exclusivamente las relaciones entre comerciantes por razón de su actividad comercial. Quizá el carácter aparentemente obvio de esta solución justifica lo que de otro modo parece difícilmente comprensible: que el Código francés ni siquiera aludiera al problema.

Ya se ha visto que la cualidad de «acto de comercio» es, tanto en Derecho francés como en Derecho alemán, *relativa y personal*; lo cual lleva a la consecuencia de que la operación objetivamente mixta o unilateral es «acto de comercio» para una parte y no lo es para la otra. Y si la sumisión de un acto a la normativa mercantil depende, globalmente, de su calificación como acto de comercio, no se ve cuál puede ser la solución legal al problema. La jurisprudencia francesa ha tenido que llenar el vacío legal dando unas soluciones más que discutibles, facilitadas por la inexistencia —o casi inexistencia— de normas sustantivas específicamente mercantiles. Según ésta jurisprudencia, las obligaciones nacidas de contratos objetivamente mixtos son mercantiles para el comerciante y son civiles las correspondientes al no comerciante; en cuanto a la jurisdicción a que están tales actos —o sus protagonistas— sometidos, la solución ya consagrada establece que, siendo el demandado no comerciante, la demanda tiene que deducirse ante los Tribunales civiles, y que siendo comerciante el demandado, el no comerciante puede elegir la jurisdicción que más convenga a sus intereses; solución interesante en cuanto pone de relieve un trato de

favor para el no comerciante eliminando con ello todo criterio «automático». En cuanto a la prueba, es doctrina admitida que su régimen no depende del Tribunal —de comercio u ordinario— que entiende del litigio, sino de la calidad de la persona contra la cual la prueba actúa. En lo que hace referencia a la mora, tipo de interés, solidaridad y procedimientos de liquidación de bienes se admite que rigen las normas propias del deudor: si éste no es comerciante son aplicables las normas civiles. Por último, hay que tener en cuenta que en algunos supuestos no es posible «dividir» en dos el acto o negocio objeto de consideración; y así, las normas mercantiles relativas a la prescripción no son aplicables cuando el acto es «acto de comercio» para una sola de las partes.

Las soluciones dadas por el HGB son todavía —si cabe— más premiosas; el enfoque que da al problema es esencialmente casuístico y no es fácil deducir de las normas que lo regulan cuál sea el criterio seguido por el legislador. Así, el artículo 346 limita el recurso a los usos a las operaciones entre negociantes; la posible reducción judicial establecida en el artículo 343 del BGB no es admitida cuando la pena convencional haya sido aceptada, como deudor por un comerciante en el ejercicio de su comercio (acto típico o de giro y tráfico en el sentido que más tarde se examinará) (artículo 348); las normas contenidas en los artículos 766, 780 y 781 del BGB no se aplican cuando la caución o la obligación sean para el deudor un acto de comercio; la norma sobre intereses del artículo 353 sólo se aplica tratándose de operaciones que constituyan acto de comercio para ambas partes; la norma relativa a venta de cosa dada en prenda contenida en el artículo 368 sólo se aplica cuando se trate de acto de comercio para ambas partes; los derechos concedidos por el artículo 377 dependen de que se trate de una venta mercantil para comprador y vendedor, etc., etc. La orientación de tales normas parece ser la de favorecer a la parte no comerciante —aun en el caso en que ésta actúe especulativamente—. Como se ha visto anteriormente, las normas específicas —de las que sólo se ha dado una muestra— vienen completadas por la norma de «cierre» contenida en el artículo 345 antes transcrita. Tampoco en Derecho alemán se recurre a la solución «automática» de aplicar normas civiles a quien no es comerciante; por el contrario, se aplican las normas que le son más favorables, aunque sean mercantiles.

d) *Actos accesorios.*—Ya se ha visto antes que la sujeción de los actos accesorios a la misma disciplina que los principales fue norma admitida por lo menos desde la aparición de las primeras manifestaciones escritas del Derecho mercantil. En la Pragmática de 1347 para la ciudad de Barcelona, se trata como categoría unitaria de «*actes o contractes mercantivols, dependents, incidents o emergents*». Por su parte Stracca (*De iudicibus seu consulibus mercatorum*, núm. 11) afirma: *Consules in his quae mercatura veniunt annexis et dependentibus ab ea, iurisdictionem habent*. Agotando los sinónimos, Cortiada (*Decisiones Cancelarii et Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, vol. I, *Decisio X*, núm. 234) escribe: *Consules Magistratus Logiae Maris sunt iudices ne-*

*dum in omnibus factis, rebus, contractibus et negotiis maritum, sed etiam in omnibus factis, contractibus et causis mercantilibus, non solum in causis et negotiis principalibus sed etiam in omnibus incidentibus, dependentibus emergentibus annexis et connexis.*

El tema de los actos accesorios no se plantea con fines académicos o pedagógicos de clasificación, sino en vistas a la posible colisión de ordenamientos —y a la formulación de la norma de conflicto correspondiente. En suma, se trata de saber qué normativa debe aplicarse a aquellos actos que, a pesar de estar más o menos fuertemente conectados a una operación comercial, caen bajo una norma general que los somete a la legislación civil.

El Código francés parece admitir la distinción entre actos de comercio *accesoires* y actos de comercio *par accessorie*. Los primeros resultan de una clasificación de los actos cuya naturaleza comercial resulta de la Ley de modo explícito. Los segundos no están expresamente reconocidos como actos de comercio, pero se les atribuye tal cualidad por razón de *accesoriedad subjetiva*; su existencia parece resultar del apartado primero del artículo 631, del párrafo noveno del artículo 632 y del segundo párrafo del artículo 638 que dispone que

*«les billets souscrits par un commerçant serán censés faits pour son commerce».*

La doctrina y la jurisprudencia francesas han dado una interpretación extensiva a los citados preceptos y atribuido la condición de mercantiles, para el comerciante, a los actos de naturaleza civil que cumplan con los siguientes requisitos: que se trate de actos realizados por un comerciante (aunque la otra parte no lo sea) y que se realicen con ocasión o por razón de su comercio —circunstancia esta última que se presume salvo prueba en contrario. Tales actos —por ejemplo, la compra hecha por un industrial a un no comerciante, de maquinaria para su industria— son calificados de actos de comercio aunque su naturaleza sea civil.

Como consecuencia —y siempre que se cumplan tales requisitos— entran dentro de la categoría de actos de comercio *para el comerciante que los realiza* los contratos de trabajo, mandato, transporte, seguro, depósito retribuido, compra de equipo, arrendamiento de local de negocio y préstamo —entre otros—; más dudosa es la calificación de la fianza, la prenda y la compra de inmuebles.

Como observan Juglart e Ippolito, la medalla tiene otra cara: en virtud de la doctrina de la calificación de los actos *par accessoire*, tendrán la consideración de actos *civiles* aquéllos que, aun siendo legalmente actos de comercio, se realizan por un no comerciante en el ejercicio de una profesión no mercantil; entran dentro de esta categoría las compras de medicamentos realizadas por los farmacéuticos y las de material (para su reventa a los escolares) hechas por un establecimiento dedicado a la enseñanza.

En Derecho alemán no se producen los problemas que la jurisprudencia francesa ha tenido que resolver; desde el momento en que son

actos de comercio *todas* las operaciones efectuadas por un comerciante en la explotación de su comercio (art. 343) y que, en caso de duda, las operaciones efectuadas por un comerciante son consideradas como incluidas en su comercio (art. 344) no hay lugar a la distinción entre actos principales y accesorios ni es necesario hacer depender la calificación de un acto de su accesoriiedad.

e) *Actos atípicos*.—El acto atípico se produce cuando un comerciante realiza una operación comercial ajena a lo que constituye el giro y tráfico normales de su negocio. Así, para dar un ejemplo, un fabricante<sup>º</sup> de electrodomésticos puede considerar lucrativa y realizar una operación de compraventa de una partida de trigo. En tal caso nos encontramos ante una operación *ocasional* en la que el comerciante desempeña el mismo papel que en tal tipo de operaciones desempeña o puede desempeñar el no comerciante: se trata de una operación aislada que no forma parte de un proceso comercial o sea, lineal, de operaciones encadenadas.

El sometimiento de este tipo de operaciones a la jurisdicción y normativa mercantiles no puede, pues, fundarse en la exigencia de la rapidez propia de las operaciones típicas; podrá, sin embargo, justificarse por otros motivos: bien sean los mismos a tener en cuenta en el caso de operaciones aisladas realizadas por un no comerciante, bien sea la consideración de que el comerciante profesional, aun actuando al margen de su negocio, conoce a fondo las reglas de juego y los usos mercantiles, y se somete naturalmente, y por la sola razón de su *status*, a ellos.

El Código francés resuelve automáticamente el problema mediante la aplicación de dos principios generales, distintos según se trate de actos concluidos entre comerciantes o de actos subjetiva u objetivamente mixtos. En el primer supuesto rige la regla general de mercantilidad de todas las obligaciones entre comerciantes establecida en el artículo 631, 1.<sup>º</sup>; esta norma sujeta a la legislación mercantil *todas* las operaciones comerciales del comerciante sin dar trascendencia al hecho de que formen parte o no del giro o tráfico de un determinado tipo de negocio o actividad comercial. En el segundo supuesto, no siendo aplicable el párrafo 1.<sup>º</sup> del artículo 631, ni el apartado noveno del artículo 632 —se trata de un acto mixto— rige lo dispuesto en el resto de este último precepto y en el párrafo 2.<sup>º</sup> del artículo 631 por aplicación directa de la doctrina de los actos de comercio. La sumisión, por tanto, de los actos atípicos, tiene una distinta justificación en cada caso: en el primero parece encontrarse en el simple *status* de comerciante: cuando este contrate con otro comerciante se entiende sometido a las normas generales de la contratación mercantil, perfectamente conocidas y asumidas por ambos; en el segundo se da la misma justificación que en el caso de los denominados «comerciantes ocasionales», de aquéllos que, según Jousse, «ne font du commerce qu'en passant».

El HGB resuelve el problema por medio de la norma general contenida en el párrafo segundo del artículo 343: «Las operaciones men-

cionadas en el artículo 1.<sup>º</sup> de este Código —dice— son consideradas igualmente actos de comercio cuando han sido realizadas por un comerciante que lo sea en el ejercicio de un negocio que suponga habitualmente asuntos de otra naturaleza». Como puede verse, la calificación, aquí, de acto de comercio resulta de la simple condición personal de su autor. Esta particularidad resulta especialmente clara en las normas que regulan casuísticamente los que hemos llamado actos mixtos; en ellos se tiene particular cuidado en distinguir como, por ejemplo, hace el artículo 366, los actos de un comerciante realizados *en el ejercicio de su comercio* (actos de giro y tráfico) de aquéllos en que sólo interesa saber si su autor es comerciante, como ocurre en el artículo 348, sin importar la naturaleza típica o atípica del acto realizado.

Particularmente importante a este respecto es el artículo 346, que establece que *entre comerciantes* —sin otro requisito— para apreciar el sentido y alcance de sus actos y omisiones, se tendrán en cuenta las costumbres y usos mercantiles.

De lo dicho anteriormente se deduce la distinción, dentro del concepto de comerciante, del *comerciante genérico* frente al *comerciante específico*. Distinción cuya trascendencia se refleja en el hecho de que un acto puede quedar sometido a la normativa mercantil bien por formar parte de la actividad típica de una persona que es comerciante en una rama específica, bien por el solo hecho de que su autor sea simplemente comerciante.

D.—*La solución de los Códigos de comercio francés y alemán al problema de la colisión de ordenamientos.*—La colisión de ordenamientos civil y mercantil plantea problemas que no pueden resolverse mediante fórmulas simplistas: la existencia de actos subjetivamente mixtos, de actos unilaterales, de actos accesorios y de actos atípicos complica las cosas y pone a prueba los criterios, el ingenio y la técnica del legislador.

El Código de comercio francés, preocupado por la necesidad de someter a la legislación mercantil las operaciones comerciales ocasionales, inventa el concepto de «acto de comercio», resuelve con él una cuestión que los autores de las Ordenanzas de Luis XIV habían dejado de lado, regula muy defectuosamente los actos accesorios y olvida el enorme problema de los actos objetivamente mixtos o unilaterales. Y si la jurisprudencia —seguida a distancia por el legislador— intenta llenar los huecos de una enumeración tenida inicialmente por exhaustiva, es también una intensa labor jurisprudencial la que resuelve, con criterios fluctuantes y no siempre ortodoxos, las cuestiones más difíciles que la colisión de ordenamientos plantea.

No es más favorable la crítica que del sistema adoptado por el HGB puede hacerse: la «lista» del artículo 1.<sup>º</sup> no es menos incompleta que la del «Code», aun contando con la válvula de escape del artículo 2.<sup>º</sup>. Con una técnica legislativa aparentemente perfecta, resuelve el tema de los actos accesorios y el de los atípicos: pero enfrentado con los actos subjetiva u objetivamente mixtos recurre a una casuís-

tica que equipara los actos especulativos del no comerciante a los actos «civiles» del consumidor; casuística que lleva a una constante actuación jurisprudencial exigida por el surgir de nuevas actividades y formas contractuales.

Colocados, cronológicamente, entre el Código francés y el alemán, los Códigos de comercio españoles —y, muy especialmente el Código de 1829, del que el de 1885 no es otra cosa que una segunda versión— tienen el mérito de haber enfocado de forma absolutamente original los problemas planteados por la colisión de los ordenamientos civil y mercantil y de haberlos resuelto con una técnica legislativa y una economía de medios absolutamente sorprendentes.

### III.—*Los actos de comercio en el Derecho español.*

A) *Normas fundamentales.*—Las normas fundamentales a tener en cuenta son las siguientes:

*Artículo 1.º.*—Son comerciantes para los efectos de este Código: 1.º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente. 2.º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.

*Artículo 116.*—El Contrato de Compañía...será mercantil cualquiera que fuere su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código.

*Artículo 239.*—Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen.

*Artículo 224.*—Se reputará comisión mercantil el mandato cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.

*Artículo 303.*—Para que el depósito sea mercantil se requiere: 1.º Que el depositario, al menos, sea comerciante. 2.º Que las cosas depositadas sean objeto de comercio. 3.º Que el depósito constituya por sí una operación mercantil o se haga como causa o consecuencia de operaciones mercantiles.

*Artículo 311.*—Se reputará mercantil el préstamo concurriendo las circunstancias siguientes: 1.º Si alguno de los contratantes fuere comerciante. 2.º Si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio.

*Artículo 320.*—El préstamo con garantía de efectos cotizables hecho en pólizas con intervención de Agente Colegiado se reputará siempre mercantil.

*Artículo 325.*—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.

*Artículo 326.*—No se reputarán mercantiles: 1.º Las compras de efectos destinados al consumo del comprador, o de la persona por cuyo

encargo se adquieren. 2.º Las ventas que hicieren los propietarios y labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados o de las especies en que se paguen las rentas. 3.º Las ventas que de los objetos construidos o fabricados por los artesanos hicieren éstos en sus talleres. 4.º La reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo.

*Artículo 346.*—Las permutes mercantiles se regirán por las mismas reglas que van prescritas en este título respecto de las compras y ventas, en cuanto sean aplicables a las circunstancias y condiciones de aquéllos contratos.

*Artículo 349.*—El contrato de transporte por vías terrestres o fluviales de todo género se reputará mercantil; 1.º Cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos de comercio. 2.º Cuando, siendo cualquiera su objeto, sea comerciante el portador o se dedique habitualmente a verificar transportes para el público.

*Artículo 380.*—Será mercantil el contrato de seguro si fuere comerciante el asegurador y el contrato a prima fija.

*Artículo 439.*—Será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil aun cuando el fiador no sea comerciante.

*Artículo 443.*—La letra de cambio se reputará acto mercantil y todos los derechos y acciones que de ella se originen, sin distinción de personas, se regirán por las disposiciones de este Código.

*Artículo 532.*—Las libranzas a la orden entre comerciantes y los vales o pagarés también a la orden que procedan de operaciones de comercio producirán las mismas obligaciones y efectos que las letras de cambio excepto en la aceptación, que es privativa de éstas.

*Artículo 567.*—Son cartas-órdenes de crédito las expedidas de comerciante a comerciante o para atender a una operación mercantil.

*Artículo 2, 2.º.*—Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

*Artículo 2, 1.º.*—Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.

B) *La doctrina.*—Los textos transcritos han tenido la virtud de producir una evidente perplejidad —no pocas veces acompañada de una no menos evidente irritación— en nuestra más solvente doctrina mercantilista; si ya Alvarez de Manzano se extrañaba de la falta de coincidencia de los «actos de comercio» del Código con el concepto «filosófico» de actos de comercio por él establecido y caracterizado por las tres notas de ser acto de cambio, acto de mediación y acto realizado con ánimo de lucro, Joaquín Garrigues inició, consagró y resumió la opinión dominante a mediados de siglo al condenar, sinapelación al Código calificándolo de «híbrido o incoherente» (*Curso de Derecho*

*Mercantil*, Vol. I, pág. 148 de la séptima edición). Siguiendo el ejemplo de tan insigne maestro, Manuel Broseta afirma que del contenido del Código de Comercio es imposible averiguar qué es o cuál es el concepto de acto de comercio que su artículo segundo parece convertir en el centro del Derecho Mercantil codificado (*Manual de Derecho Mercantil*, 1971, pág. 52). Sánchez Calero abunda en esta apreciación y escribe: el acto de comercio es un concepto cuya esencia no ha podido aclararse a pesar de los esfuerzos de la doctrina y menos aún con la fórmula tan amplia como estéril que utiliza el párrafo 2.º del artículo 2.º del Código de Comercio (*Instituciones de Derecho Mercantil*, 6.ª edición, pág. 28). Jesús Rubio, por su parte, afirmó que no le había sido posible advertir que el codificador hubiera observado en tal materia ningún criterio previsible y coherente (*Introducción al Derecho Mercantil*, pág. 437).

Opiniones éstas que, curiosamente, han sido expresadas después que Emilio Langle escribiera: Si los teóricos del Derecho no han conseguido estructurar doctrinalmente el resultado legislativo que se ha producido por una evolución económico-jurídica de la vida real, son ellos los llamados a dimitir y no los Códigos (*Las Directrices fundamentales del Derecho Mercantil*. RDM., 1947, pág. 322).

Esta incapacidad de la doctrina por entender al legislador mercantil ha desembocado en una actitud que no puede calificarse más que de sorprendente: Sánchez Calero (*Loc. cit.*) afirma que la imposibilidad de aclarar la naturaleza del acto de comercio *ha sido razón suficiente* para que la doctrina mercantilista se haya orientado hacia la idea del empresario y los actos en que se concreta su actividad; para Rubio, nuestra doctrina, después de más de medio siglo de esfuerzos inútiles por encontrar un criterio unitario para vincular «comercio» en cualquier sentido económico a la materia mercantil privada incluida en la Ley de 1885 ha terminado por renunciar a él orientándose actualmente por criterios profesionales, en lo esencial a través del empresario y la empresa, exprimiendo hasta el máximo los elementos subjetivos del Código. Por último, para Broseta, no hay que buscar el fundamento y concepto de nuestra disciplina en el Derecho presente en el Código de Comercio *viejo, decimonónico y atrasado* (sic), sino en el derecho vivo destinado a regular la realidad económica actual. La consecuencia inevitable de esta toma de posición de la doctrina es alcanzada brillantemente por Rodrigo Uría, que estructura su obra sobre el concepto de empresa y silencia en el índice alfabético que la acompaña la existencia misma de nada que responda a la denominación de acto de comercio.

Dicho de otro modo: en los textos citados se prescinde de algo que evidentemente está en el Código para explicar algo que evidentemente no es posible encontrar en él. Lo cual no deja de ser paradójico tratándose de obras escritas con la exclusiva finalidad de iniciar a los estudiantes universitarios en el conocimiento de nuestro Derecho mercantil positivo.

C) *Crítica:* El ensañamiento —de «crítica implacable» lo califica Emilio Langle— con que ha sido tratado nuestro Código de comercio es consecuencia de cinco ideas que, por darse —consciente o inconscientemente— como obvias y, por tanto, sin previa alegación expresa y sin justificación suficiente, deben ser calificadas de simples prejuicios.

La primera consiste en dar por sabido que nuestro Código de comercio es una transposición, traducción o versión más o menos afortunada —o desafortunada— del Código francés. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia españolas es constante el empeño en leer el Código Napoleónico a través de los artículos del nuestro; como consecuencia, cuando se encuentra alguna disparidad entre ambos, o bien se pasa por alto, o bien es considerada como una variante estilística o formal. Cuando, por ejemplo, nuestro artículo primero define al comerciante como la persona que, con capacidad para ejercer el comercio, se dedica a él habitualmente, esta norma «se lee en francés» y se afirma que, en nuestro Derecho, es comerciante quien realiza habitualmente actos de comercio: la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1907 afirmó que, constituyendo el comercio

«la realización de actos mercantiles regulados por el Código de comercio de naturaleza análoga, la práctica ordinaria y frecuente de dichos actos por una persona es la que da a ésta la condición de comerciante».

Y la sentencia del mismo Tribunal de 8 de julio de 1907 que:

«la realización habitual o frecuente de actos que se hallen regulados por el Código de comercio o sean de naturaleza análoga a éstos determinan la cualidad de comerciante de la persona que los ejerza, conforme a los artículos 1.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup> de dicho Código y jurisprudencia de este Supremo Tribunal».

En el mismo sentido y con idéntica mentalidad, Joaquín Garrigues afirma que «la investigación esencial consiste en determinar cuáles son en sí mismo considerados los *actos mercantiles* cuya reinteracción profesional arrastrará luego la condición de comerciante».

Otro ejemplo de este tipo de «lectura» del Código lo encontramos cuando, al comprobarse la inexistencia en él de una lista de actos de comercio parecida a la del Código francés, se afirma por Vicente Gella que nuestro Código contiene una *lista tácita* —sin atribuir otro significado ni dar importancia distinta de la meramente formal, a la que es una diferencia esencial entre los mecanismos básicos de uno y otro Código.

Quizá el más significativo ejemplo de afrancesamiento de nuestra doctrina se encuentra en el hecho de que en obras prestigiosas de Derecho mercantil español se intenta estudiar la figura de los *actos de comercio mixtos*, importantísimos en la vida jurídica francesa y totalmente inexistentes en la nuestra.

La segunda idea o prejuicio —consecuencia directa de la primera— es la supuesta sinonimia entre «acto de comercio» y «operación co-

mercial». Para nuestra doctrina, desde Blanco Constans hasta hoy, «acto de comercio» no es ni puede ser otra cosa que la denominación jurídica de lo que en el mundo económico recibe el nombre de «operación comercial». Esta pretendida sinonimia lleva a hablar —cuando las dificultades resultan insuperables— de «acto de comercio en sentido económico» y de «acto de comercio en sentido jurídico» e, incluso (Garrigues), de un «concepto legal de operación de comercio». Con esta injustificada identificación, la piedra de escándalo se encuentra en el artículo 303 del Código de comercio, que exige para que el depósito sea acto de comercio que el depositario, al menos, sea comerciante, que las cosas depositadas sean objeto de comercio y que el depósito *constituya por sí una operación mercantil* o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles. Ante tamañas exigencias, si Alvarez de Manzano no alcanzaba a comprender cómo, en el caso en que el depósito fuera una operación comercial, podían exigirse otros dos requisitos para calificarlo acto de comercio, Joaquín Garrigues afirmó rotundamente que

«con este sistema el Código incurre, al *definir* el depósito, en manifiesta petición de principio: decir que para que el depósito sea mercantil, aparte de otras circunstancias, se requieren que constituya por sí una operación mercantil, vale tanto como decir que el depósito es mercantil cuando es mercantil; porque, *para saber si un depósito dado constituye operación mercantil habrá que acudir al concepto general de acto de comercio en el artículo 2.º*; mas este precepto nos vuelve a enviar al articulado para ver si el acto en cuestión está incluido en el Código. De este modo vendremos nuevamente a parar al artículo 303 sin haber resuelto la cuestión».

Como puede verse por la frase subrayada, se presupone una absoluta sinonimia entre «operación mercantil» y «acto de comercio»: según Garrigues, para saber si el depósito es una *operación mercantil* hay que acudir al concepto general de *acto de comercio*.

La tercera idea errónea resulta difícilmente explicable —y más difícilmente excusable; consiste en poner el centro de gravedad de nuestro Código, no en su articulado sino en su Exposición de Motivos: una Exposición de Motivos, que es olvidada cuando en otros extremos exhibe una absoluta divergencia con el texto legal —por ejemplo, al tratar de los usos de comercio o de la compraventa de inmuebles— es reverenciada y considerada texto sagrado cuando trata de los actos de comercio. Para todo el mundo es evidente que afirmar

«... si para el Código anterior el Derecho mercantil parece ser el propio y peculiar de una serie de ciudadanos, el Proyecto, de acuerdo con los principios de la ciencia jurídica, propende a regir todos los actos y operaciones mercantiles cualquiera que sea el estado o profesión de las personas que lo celebren... Por esto

se fija principalmente en la naturaleza de los actos o contratos para atribuirles o no la calificación de mercantiles con independencia de las personas que en ellos intervienen»,

contrasta violentamente con la más superficial de las lecturas del articulado; y si esto es así, no creo sea difícil decidir por cuál de los dos textos hay que optar. Pero, contra toda previsión, la doctrina opta por la Exposición de Motivos: no es ésta la que sufre la acusación de incoherencia sino el Código; una extraña inversión de valores, tanto más notable cuanto que, cualesquiera que fueran los méritos —y fueron sobresalientes— de su autor, don Bienvenido Oliver, es sabido que ni formó parte de la Comisión redactora ni dio excesivas pruebas de dominar a fondo el texto legal de cuya motivación había sido encargado.

La cuarta idea o prejuicio que se halla en la base de la actitud de nuestra doctrina mercantil consiste en creer —o en dar por sabido— que el legislador no puede tener más que un motivo o razón para someter algo a la normativa mercantil; es la misma idea que lleva al legislador francés a un planteamiento defectuoso de todo su sistema. Así, por ejemplo, Joaquín Garrigues, al afirmar que los actos regulados por partida doble —civil y mercantilmente— «plantean con mayor fuerza el problema de su calificación y parecen más aptos para descubrir la *esencia* del acto mercantil porque esa *esencia intransferible* habrá inspirado, razonadamente, la separación legal» parte de la idea errónea de que la calificación de algo como acto de comercio y, por tanto, su sujeción a la normativa mercantil, es debida *a una y sólo a una* razón y tiene significado inequívoco: la separación legal sólo puede ser debida a la *esencia del acto*. Como se ha visto antes respecto de los Códigos frances y alemán, y se verá seguidamente respecto del Código español, el legislador ha tenido múltiples razones, todas ellas distintas y alguna sin relación ninguna con «la esencia del acto» para someter algo a su normativa. Para la doctrina española, desorientada por muchos motivos, ninguno de ellos justificado, toda operación económica-mercantil debe ser un acto jurídico de comercio y, viceversa, aquéllo que el Código de comercio califica de acto de comercio no puede ser otra cosa que una operación comercial.

Lo cual lleva a un nuevo error: el de creer que los artículos que encabezan cada una de las regulaciones relativas a los contratos mercantiles —y que han sido anteriormente transcritas— contienen *definiciones* de éstos, cuando lo que hace el Código no es definir los contratos de sociedad, mandato, depósito, préstamo, compraventa, permuta, cesión de créditos, transporte, seguro, fianza, cambio, reconocimiento de deuda y mandato de crédito *mercantiles*, es decir, *comerciales*, sino establecer un sistema de normas de conflicto que resuelvan el problema producido por la colisión de los dos ordenamientos —civil y mercantil—, del mismo modo que los artículos 8 al 11 del Código civil establecen un sistema de normas de conflicto que resuelvan el problema de la colisión de un ordenamiento español con otro extran-

jero. Y, si parecería absurdo suponer que el hecho de que una relación, acto o negocio quede, en virtud de lo dispuesto en nuestro Código civil, sujeto a la legislación española, es debido a que tal relación, acto o negocio *es español* —y no menos absurdo esperar que de tales normas pueda deducirse la esencia de la «españolidad»—, también es absurdo tanto creer que si unas normas de conflicto interdisciplinario sujetan ciertos actos al Derecho mercantil, ello es debido a que tales actos son comerciales —como que de tales normas puede deducirse un criterio de «comercialidad».

Ninguno de estos errores se habría cometido si se hubiera dado la importancia debida a tres peculiaridades que nuestro Código presenta de forma visible; peculiaridades que por sí solas permiten sospechar que el mecanismo a que nuestro Código obedece es distinto tanto del Código francés que le precedió como del del Código alemán de 1897.

La primera se encuentra en la definición del comerciante ya anteriormente señalada: no sólo el Código de 1829 no siguió el ejemplo del Código francés, sino que el de 1885 insiste en la misma fórmula, a pesar de la repetición de la del francés en el primer Código de comercio italiano. Ninguno de los dos Códigos españoles intenta la definición *jurídica* de la actividad comercial; se limitan a decir que es comerciante quien se dedica al comercio y, al modo de Stracca (*Eum etiam mercatorem dici qui vulgi opinione pro mercatores habetur*), deja a la realidad socio-económica la tarea de distinguir lo que es comercio de lo que no lo es. Para nuestro Código no es comerciante quien realiza «actos de comercio», sino quien ejerce el comercio.

La segunda distingue no menos radicalmente nuestro Código de los restantes Códigos de comercio europeos —anteriores y posteriores a él—. Como ya se ha visto, tanto en Derecho francés como en Derecho alemán —y lo mismo se puede decir de los dos códigos ochocentistas italianos— la calificación y concepto de «acto de comercio» es *relativa y personal*; todo acto de comercio sólo lo es *para alguien* y este alguien no puede ser silenciado; una compraventa puede ser mercantil para el vendedor solamente, para el comprador solamente o para ambos; y *cada uno de los tres supuestos tiene una regulación legal distinta*. Con ello se origina la importante doctrina de los *actos de comercio mixtos*. Pero en los Códigos de comercio españoles —el de 1829 y el de 1885— ocurre exactamente lo contrario: cuando un acto es calificado de acto de comercio, *tal calificación es absoluta y total*: un contrato o bien es acto de comercio para ambas partes o bien no lo es para ninguna; y tal calificación arrastra en su totalidad y en bloque una regulación legal específica sin excepciones ni casuismos de ninguna clase. Consecuencia de este planteamiento es la inexistencia de actos de comercio mixtos. Bastará esta peculiaridad para deducir correctamente la imposibilidad de que la expresión «acto de comercio» equivalga a la económica de «operación comercial»: no hace falta una excesiva agudeza para encontrar infinitos casos en que algo es «operación comercial» para una parte contractual y no lo es para la otra.

La tercera peculiaridad apunta a la «lista» de actos de comercio del artículo 632 del Código francés —y a la de actividades comerciales del artículo 1.<sup>o</sup> del HGB. Si se ha dicho que nuestro Código incluía una «lista tácita» de actos de comercio, nadie ha creído necesario formularla ni compararla con la de aquellos Códigos. Tomándose esta molestia el lector podrá comprobar lo siguiente: las listas de los Códigos francés y alemán, con pequeñas variantes que carecen de importancia, son sustancialmente de naturaleza análoga al contener, más que actos, *actividades* tenidas tradicionalmente por comerciales. En cambio, lo que contiene la «lista tácita» española no es otra cosa que los *contratos* tradicionales civiles de sociedad, mandato, depósito, préstamo, compraventa, permuta, cesión de créditos y fianza, con el añadido de los *contratos* no menos tradicionales mercantiles de transporte, seguro, cambio, y mandato de crédito. Lista que, como puede verse, es de naturaleza radicalmente distinta de la contenida en aquellos Códigos y sin parentesco alguno con la de ningún Código europeo.

D) *El Código de comercio de 1829.*—Con estos antecedentes es ya posible entrar en el estudio del mecanismo a que obedece nuestra legislación mercantil. Sin embargo, y para facilitar esta tarea, creo preferible enfocar el tema históricamente partiendo de la constatación de que nuestro actual Código de comercio no es otra cosa que la segunda edición, corregida y aumentada, del Código de 1829, sin cambio alguno en el mecanismo y estructura de éste —mecanismo y estructura más fáciles de percibir en la «primera edición».

Primera edición que tiene por autor a don Pedro Sáinz de Andino, jurista capaz de redactar sin ayuda de nadie un Código de comercio que fue considerado por la doctrina europea —particularmente francesa— como el mejor de su tiempo y cuyo pensamiento, por tanto, no puede ser calificado de «híbrido e incoherente» sin motivos muy fundados.

Es difícil, debido a la falta de documentación procedente del personaje, llegar en cuanto a la génesis y maduración de su pensamiento a afirmaciones irrebatibles; pero me atrevo a suponer que, al planear la redacción del Proyecto Oficial de Código de comercio para el Reino —que no conseguiría pasar de proyecto— y al distribuirse el trabajo entre los miembros de la Comisión, no sólo existía el propósito de rechazar el modelo francés, sino que ya se había ideado un sistema distinto con que sustituirlo; también me atrevo a suponer que este sistema —distinto tanto de la doctrina clásica como de la legislación napoleónica— fue desarrollado de manera poco satisfactoria en el proyecto planeado; y que durante su redacción, Sáinz de Andino maduró la idea original dándole una perfección hasta ahora no alcanzada por ningún Código.

La idea básica del proyecto se deduce con bastante claridad del guión adoptado para el Libro III, destinado a la regulación de los contratos comerciales en general :

«Aquí —dice— deben comprenderse todos los tratos y obligaciones ordinarias de comercio como compras, fianzas, préstamos, depósitos, comisiones y mandatos y de los cambios».

Creo que este texto es consecuencia del siguiente razonamiento: el sistema francés de localización de los denominados actos de comercio falla estrepitosamente al topar con la realidad; aunque el artículo primero defina al comerciante en función de ellos, la lista del artículo 632, salvo en dos supuestos, lo que enumera no son *actos*, sino *operaciones complejas y actividades* —precisamente aquello que hace el comerciante habitualmente y que le caracteriza. Pero, por desgracia, tales *operaciones complejas* y tales *actividades*, no aparecen ni son presentables como tales —es decir: como *unidades jurídicamente significativas*— al jurista. Para el Derecho —para el jurista y para el Juez— no hay, en el terreno patrimonial, otra unidad significativa que el contrato y lo que hay que decidir es cuándo un determinado contrato, considerado en sí mismo y con el menor número posible de referencias a circunstancias externas a él, está sujeto a una jurisdicción —y por tanto, a una legislación— distinta de la civil. Las *operaciones comerciales* —generalmente complejas— no aparecen sobre la mesa del jurista como tales: lo que éste contempla (y no puede contemplar otra cosa) son las unidades jurídicas mínimas de que están constituidas; o sea, los contratos tradicionales.

Planteadas las cosas de este modo, aparece como inútil cualquier lista; porque lo cierto es que en tres mil años de historia no se han inventado otros contratos que los de compraventa, permuta, arrendamiento (de cosas y de servicios), sociedad, mandato, depósito, fianza, préstamo, seguro y renta vitalicia —a los que cabe añadir los inventados por el estamento mercantil para el comercio terrestre: la letra de cambio y sus variantes.

La idea fundamental, pues, del Proyecto redactado por la Comisión, de la que Sáinz de Andino era secretario y uno de los ponentes, es ésta: por compleja que sea una operación o una actividad mercantil, ésta entrará en el mundo jurídico fraccionada en los «cuerpos simples» que la componen: y estos «cuerpos simples» no son ni pueden ser otros que los contratos conocidos por el Derecho civil con el añadido de la Letra de Cambio.

El desarrollo de esta idea en el citado proyecto no fue excesivamente brillante. Porque al enfrentarse con el problema de la determinación de cuándo un negocio jurídico tradicional quedaba sometido a la jurisdicción y a la legislación mercantiles y cuándo no —es decir, al enfrentarse con el problema de la colisión de ordenamientos y de la consiguiente estructuración de un sistema de normas de conflicto— no supo plantear ni resolver adecuadamente las múltiples cuestiones suscitadas por la existencia de contratos accesorios, atípicos, mixtos y unilaterales. Los contratos regulados en dicho proyecto —sociedad, comisión, transporte, depósito, compraventa, permuta, préstamo, seguro terrestre y letra de cambio— lo son con la idea tácita de que se per-

feccionan entre comerciantes; no hay otras normas especiales que las contenidas en los artículos 17, 20 y 21, según las cuales no son actos de comercio —es decir, no son de competencia de la jurisdicción consular— «las ventas, permutas, cambios o cualesquiera otros contratos hechos entre particulares o corporaciones que no ejerzan el comercio», ni «los préstamos o anticipaciones que hicieren los comerciantes o los que no lo son» ni «los libramientos, cartas órdenes o letras de cambio dadas por comunidades o personas que no ejerzan el comercio». Y estas normas son, evidentemente, rudimentarias e insuficientes.

Respecto de este último problema —establecimiento de un sistema de normas de conflicto que dirima las cuestiones producidas por la colisión de los ordenamientos civil y mercantil— Sáinz de Andino descubrió la posibilidad, sin duda sugerida por el artículo 3 del Título XII de las Ordenanzas de Luis XIV y por el último apartado del artículo 632 del Código de comercio francés, de resolverlo mediante fórmulas —una para cada contrato— que, a pesar de su extraordinaria simplicidad, atienden a todas las situaciones que la vida real puede ofrecer.

Por otra parte, el autor del Código de 1829 conocía perfectamente el Código de comercio napoleónico y sus defectos —ya puestos de relieve por una parte de la doctrina— y no puede extrañar, por tanto, que se propusiera no caer en ellos.

Tales consideraciones —que sólo en parte son hipotéticas— explican perfectamente el mecanismo a que obedece el primer Código de comercio español, mecanismo que puede sintetizarse en las siguientes notas o características:

*Primera*.—Absolutización del concepto de «acto de comercio». Ya se ha visto que, para el legislador francés, este concepto es *relativo* en el sentido de que *sólo respecto de alguien* puede afirmarse o negarse que algo es acto de comercio, lo cual lleva como consecuencia la necesidad de atender a los *actos mixtos* —aquellos que son acto de comercio para una parte y no para la otra. El Código español de 1829 construye el concepto como *absoluto*: si algo es acto de comercio lo es para todos los que en él intervienen.

*Segunda*.—Eliminación de la falta de coincidencia que se produce en el Código francés entre actos sujetos a la legislación mercantil y actos sujetos a la jurisdicción de los Tribunales de Comercio. Ya se ha visto antes que, con arreglo al Código Napoleónico, es posible la existencia tanto de actos de comercio sujetos a la legislación civil como actos civiles sujetos a la jurisdicción de los Tribunales mercantiles. El Código español de 1829 dispone:

Artículo 1.199: La jurisdicción de los Tribunales de comercio es *privativa* para toda contestación judicial sobre obligaciones y derechos procedentes...de actos de comercio.

Artículo 1.203: La jurisdicción de los Tribunales de comercio no es prorrogable sobre personas o cosas ajenas a ella aun cuando convengan en la prorrogación las partes litigantes.

En consecuencia, los actos de comercio son de exclusiva competencia de los Tribunales de comercio y los actos civiles son de exclusiva competencia de los Tribunales civiles.

*Tercera:* Consecuencia ineludible de la absolutización del *acto de comercio*, es la construcción de éste al margen y con independencia del concepto de *operación comercial*. Si es imposible negar que la venta hecha por un comerciante a un consumidor es operación comercial para el primero y simple contrato civil para el segundo, la absolutización del acto de comercio no supone —como más de uno puede haber creído— que el legislador cae en un injustificado trato de favor para el comerciante. Lo que hace el legislador es desligar ambos conceptos: «acto de comercio» no es la denominación jurídica que se da al acto económico llamado *operación comercial*; la expresión «acto de comercio» no quiere decir otra cosa que «acto sujeto a la legislación y a la jurisdicción mercantiles» sean o no, formen parte o no de una operación comercial para una o para las dos partes contratantes.

«Operación comercial» y «acto de comercio» no son, pues, en el Código de 1829, expresiones sinónimas. El texto íntegro del artículo 1.199 del Código de 1829 es como sigue:

«La jurisdicción de los Tribunales de comercio es privativa para toda contestación judicial sobre obligaciones y derechos procedentes de las negociaciones, contratos y operaciones mercantiles que van comprendidas en las disposiciones de este Código, teniendo los caracteres determinados en ellas para que sean calificados de actos de comercio».

De cuyo texto resulta claramente que una negociación, un contrato o una operación mercantil, puede no ser acto de comercio. Para que la jurisdicción de los Tribunales mercantiles se extienda a ella no es suficiente con que sea una operación comercial; como tampoco es suficiente que una operación sea comercial para que reciba la calificación de «acto de comercio»; esta calificación la da el Código o la niega por otras muchas razones.

*Cuarta.*—En consecuencia, el comerciante no puede ser definido en función del «acto de comercio»: es acto de comercio aquél que queda sometido a la normativa y jurisdicción mercantiles y lo que hace el comerciante no son «actos sujetos a la legislación mercantil», sino operaciones comerciales no pocas veces sujetas a la legislación civil. De ahí que, apartándose de la fórmula utilizada por el Código francés, el artículo 1º dispone que:

«Se reputan en Derecho comerciantes los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se han inscrito en la matrícula de los comerciantes y tienen por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundando en él su estado político.

*Quinta.*—La conceptualización del «acto de comercio» como acto sujeto a la legislación y jurisdicción mercantiles plantea el problema de-

rivado de la colisión de ordenamiento que se resuelve en el Código de 1829 con arreglo a las siguientes normas de conflicto:

«Artículo 264: El contrato de compañía...es aplicable a toda especie de operaciones de comercio bajo las disposiciones generales del Derecho común, con las modificaciones y restricciones que establecen las leyes de comercio.

Artículo 354: Pueden los comerciantes...interesarse los unos en las operaciones de los otros contribuyendo para ello con la parte de capital que convengan y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos bajo la proporción que determinen.

Artículo 360.—No se considerarán mercantiles las compras de bienes raíces y efectos accesorios a éstos, aunque sean muebles. Las de objetos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se haga la adquisición, las ventas que hagan los labradores y ganaderos de los frutos de sus cosechas y ganados. Las que hagan los propietarios y cualesquiera clase de personas de los frutos o efectos que perciban por razón de renta, dotación, salario, emolumento u otro cualquier título remunerativo o gratuito. Y, finalmente, la reventa que haga cualquiera persona que no profese habitualmente el comercio del residuo de los acopios que hizo para su propio consumo. Siendo mayor cantidad la que estos tales ponen en venta que la que hayan consumido, se presume que obraron en la compra con ánimo de vender y se reputarán mercantiles.

Artículo 386: Las permutas mercantiles se califican y se rigen por las mismas normas que van prescritas sobre las compras y ventas en cuanto éstas sean aplicables a las circunstancias especiales de este género de contratos.

Artículo 387.—Para que los préstamos se tengan por mercantiles es necesario: 1.º Que versen entre personas calificadas de comerciantes con arreglo al artículo 1 de este Código o que al menos el deudor tenga esta calidad. 2.º Que se contraigan en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio y no para necesidades ajenas a éste.

Faltando cualesquiera de estas dos condiciones se considerarán como préstamos comunes y se regirán por las Leyes comunes del Reino.

Artículo 404: El depósito no se califica mercantil ni está sujeto a las reglas especiales de los de esta clase si no reúnen las circunstancias siguientes: 1.º Que el depositante y el depositario tengan la calidad de comerciantes. 2.º Que las cosas depositadas sean objeto del comercio. 3.º Que se haga el depósito a consecuencia de una operación mercantil.

Artículo 412: Para que un afianzamiento se considere mercantil no es necesario que el fiador sea comerciante, siempre que lo sean los principales contrayentes y que la fianza tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil.

Artículo 417: Pueden asegurarse los efectos que se transporten por tierra recibiendo de su cuenta el mismo conductor o un tercero los daños que en ellos sobrevengan.

Artículo 434: No siendo comerciantes los libradores o aceptantes de las letras de cambio, se considerarán éstas, en cuanto a los que no tengan aquella cualidad simples pagarés sobre cuyos efectos serán juzgados por las leyes comunes en los Tribunales de su fuero respectivo sin perjuicio del derecho de los tenedores a exigir el importe de estas letras, conforme a las reglas de la jurisprudencia mercantil de cualquier comerciante que haya intervenido en ellas.

Pero si dichas personas no comerciantes hubieren librado o aceptado las letras por consecuencia de una operación mercantil, probando el tenedor esta circunstancia, quedarán sujetas a la responsabilidad contraída en ellas a las leyes y jurisdicción del comercio.

El endoso, sea o no comerciante el que lo ponga, produce garantía de valor de la letra endosada, salva la reserva de su fuero respectivo a los endosantes que no sean comerciantes.

Artículo 558: Las libranzas a la orden de comerciante a comerciante y los vales o pagarés también a la orden que procedan de operaciones de comercio producirán las mismas obligaciones y efectos que las letras de cambio menos en cuanto a la aceptación y guardándose la restricción que previene el artículo 567.

Artículo 572: Para que se reputen contratos mercantiles las cartas órdenes de crédito han de ser dadas de comerciante a comerciante para atender a una operación de comercio».

Si el lector compara estas «normas de conflicto» con las contenidas en el Código actualmente vigente, anteriormente transcritas, comprobará su sustancial identidad. Salvo el cambio completo producido en la letra de cambio, el Código de 1885 se limitó a hacer pequeñas correcciones, no siempre acertadas, a las normas paralelas del de 1829 y a añadir algunos «actos de comercio» nuevos: comisión, préstamo con garantía de efectos cotizables, transporte y cheque —aparte de introducir la posibilidad, *por analogía*, de otros. Tales circunstancias y la conveniencia de evitar repeticiones innecesarias aconsejan tratar directamente de las normas de conflicto del Código vigente, utilizando las del Código de 1829 como simple punto de origen y de constante referencia.

E) *El Código de comercio de 1885.*—Suprimidos los Tribunales de comercio, el problema clásico del alcance de su competencia desapareció: la legislación mercantil regula *sustantivamente* algunos contratos de modo distinto a como lo hace la legislación civil y, lo que es infinitamente más importante, califica de mercantiles, con consecuencias decisivas, las obligaciones derivadas de los denominados «actos de comercio» e invierte parcialmente el orden de prelación de fuentes.

Por lo demás, el Código vigente no modificó en lo más mínimo el mecanismo básico del Código derogado. Como éste, no pretende

regular *directamente* las *actividades* típicamente comerciales; siendo éstas inalcanzables por el Derecho como unidades mínimas jurídicamente significativas, lo que contempla el Código actual, siguiendo al pie de la letra el mecanismo ideado por el de 1829, son los negocios en que, en último término, se descomponen las actividades de los comerciantes, es decir: los contratos tradicionales más la letra de cambio y restantes títulos de crédito. Como se ha visto, los retoques en este punto son mínimos, siendo el más importante de ellos la regulación de los contratos de sociedad colectiva, comanditaria y anónima —y, desde 1953, la de responsabilidad limitada— como contratos típica y exclusivamente mercantiles, es decir, como actos de comercio y no como simples peculiaridades del contrato civil de sociedad. Respecto de ellos, por tanto, no hay superposición de normativas —civil y mercantil— ni, en consecuencia, necesidad de norma de conflicto de ninguna clase. Lo mismo podría decirse de la letra de cambio si no se tratara de un simple título de crédito y, por tanto, de un documento que se limita a materializar la consecuencia de un contrato anterior cuya naturaleza habría que tener en cuenta.

Como en el Código de 1829, en el actual el concepto y la calificación de «acto de comercio» son *absolutos* tanto en el sentido de que un determinado negocio es o no es «acto de comercio» para todos los que en él intervienen como en el de que esta calificación arrastra consigo un bloque invariable de consecuencias. De forma taxativa, el artículo 2.<sup>º</sup> establece:

Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.

De forma más explícita que en el Código de Sáinz de Andino, se elimina la posibilidad de que un acto sea *jurídicamente mixto*.

Igualmente, como en el Código de 1829, la «operación comercial» es un fenómeno meramente económico sin traducción jurídica; la expresión «acto de comercio» quiere decir «acto sujeto a la legislación mercantil», importando poco que sea o no para una o para ambas partes una operación comercial. Que una operación de este tipo puede no ser acto de comercio resulta claramente esta vez del artículo 303, que tanta perplejidad ha producido en no pocos autores; pero, para aquéllos que quieren seguir creyendo en una lamentable distracción del legislador bastará, para negar que acto de comercio y operación comercial sean expresiones sinónimas, tener en cuenta el carácter absoluto de aquella calificación; nadie puede negar que *económicamente* un acto puede ser y con enorme frecuencia es *unilateral*, es decir, de especulación para una parte y de consumo para la otra; el carácter *jurídicamente* absoluto del acto de comercio demuestra que acto de comercio y operación comercial son dos cosas distintas: sólo un pensamiento ingenuamente unilateral puede considerar obvio que el ca-

rácter evidentemente comercial *para el comerciante* de la reventa al consumidor permite calificar a la operación de *comercial para todos*; con el mismo fundamento —o en la misma falta de fundamento— se podría considerar a toda operación como *civil para todos*, por el solo hecho de serlo para una de las partes.

En cuarto lugar y a pesar de la fórmula del artículo 1.<sup>º</sup> del Código de comercio francés y de su reiteración en el Código Albertino, el Código español de 1885 insiste en desconectar al comerciante del acto de comercio: es comerciante quien, teniendo capacidad para ejercer el comercio, se dedica a él habitualmente. El «ejercicio del comercio» es un concepto económico y sociológico, no jurídico, y, contra lo que afirma la doctrina y la jurisprudencia, no es la realización de «actos de comercio» lo que atribuye la condición de comerciante: no son comerciantes ni el comisionista profesional (art. 244) ni quien «se dedica habitualmente a realizar transportes para el público» (art. 349), a pesar de que uno y otro, por definición, realizan actos de comercio y —con terminología francesa— hacen de ellos su profesión habitual.

Por último, los artículos que encabezan la regulación de los contratos de sociedad, cuentas en participación, comisión, depósito, préstamo, compraventa, permuta, transporte, seguro, fianza, letra de cambio, libranza, pagaré, cheque y carta orden de crédito no contienen definición alguna de ninguna operación comercial sino que constituyen, simplemente, un *sistema de normas de conflicto* en un todo parecido al contenido en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil.

Con tales normas Sáinz de Andino ideó —y el Código actual recogió y completó— un procedimiento con el cual resolver con un solo artículo y con una fórmula única para cada contrato los complejos problemas planteados por la colisión de las normativas civil y mercantil y por la existencia de actos principales, accesorios, atípicos, mixtos y unilaterales. La perfección de la técnica legislativa llegó al virtuosismo —cualidad esta que, vista la doctrina posterior y actual ha resultado paradójicamente perjudicial para la comprensión y para el funcionamiento del sistema—. Lo cual no quiere decir que tales preceptos no adolezcan de imperfecciones terminológicas fácilmente subsanables, ni que sean acertadas o estén inmunes de crítica todas las soluciones adoptadas.

Crítica que debe hacerse en el propio terreno en que tales normas actúan —el de la colisión de ordenamientos— y no en otro terreno distinto: un sistema de normas de conflicto no tiene por objeto determinar la «esencia» de los actos a que se refiere ni, mucho menos, localizar la «materia» del ordenamiento de que forman parte; tiene por objeto contemplar los múltiples supuestos posibles ponderando los intereses en juego y dando la solución que, para cada caso, se estima más oportuna. Por tal razón la actitud crítica no puede ser global ni precipitada; y si, atendiendo a todos los supuestos posibles de unicidad o bilateralidad, accesoriedad y tipicidad, un caso relativamente sencillo cual es el de préstamo da lugar a cuarenta y ocho supuestos, de

los cuales, con arreglo a la norma de conflicto contenida en el artículo 311 del Código de Comercio, treinta y cuatro quedan sometidos a la legislación mercantil y catorce a la legislación civil, se caerá en la cuenta de la complejidad del sistema y de la economía de medios, con que ha sido formulado. Siguiendo con este mismo ejemplo su análisis detallado revela que las soluciones adoptadas obedecen al siguiente esquema:

- a) Todo préstamo que, con carácter principal o accesorio se concluye entre comerciantes por razón del comercio a que se dedican está sujeto a la legislación mercantil.
- b) Todo préstamo de consumo, cualquiera que sea la profesión de los que lo concluyen está sujeto a la legislación civil.
- c) Todo préstamo en que lo prestado se destine a financiar algún acto de comercio y en el que el prestamista no sea comerciante está sujeto a la legislación mercantil.
- d) Todo préstamo de la clase anterior en el que el prestatario no sea comerciante está sujeto a la legislación mercantil.
- e) Los préstamos de la clase anterior en los que ninguna de las partes sea comerciante están sujetos a la legislación civil.

Las «razones» del sistema legal, son totalmente claras: el supuesto a) constituye, como veremos, la regla general que delimita el núcleo más importante regido por el Derecho mercantil; el supuesto b) supone una posición de debilidad del deudor al que se beneficia con el *favor debitoris* propio de la regulación civil; el supuesto c), ante la colisión de intereses civiles y mercantiles beneficia al acreedor no comerciante con el *favor creditoris* propio del Derecho mercantil; el supuesto d) coloca al no comerciante especulador en la misma situación que tendría si fuera comerciante evitando con ello que pueda gozar de los beneficios de una actividad mercantil sin soportar sus exigencias; el supuesto e) da la solución derivada de la falta de razones que aconsejan la aplicación de una normativa pensada para el comercio profesional.

Análisis como el esbozado son los que espera nuestro Código de Comercio; porque es en el terreno de las *razones* que hayan podido tener el legislador para sujetar o no un contrato a la normativa mercantil y no en el que hasta ahora se ha movido la doctrina donde se hace posible y necesaria y una actitud responsablemente crítica.

Curiosamente, es a partir del momento en que el sistema de normas de conflicto interdisciplinario de nuestro Código de Comercio queda liberado de la carga que suponía la obligación de dar respuesta a preguntas incongruentes con su objeto y finalidad, cuando esta respuesta se hace posible. Porque del meticuloso, largo y aparentemente excesivo e inútil análisis de los centenares de supuestos que tal sistema, en pocos artículos contempla y resuelve, surge, no sólo la posibilidad de enumerar los diversos principios que el legislador ha sopesado y tenido en cuenta, sino la sorpresa de hallar un principio de aplicación general: porque el análisis exhaustivo del articulado antes transcritó

(artículos 116, 239, 244, 303, 311, 320, 325, 326, 346, 349, 380, 439, 443, 532 y 567 del Código de Comercio) permite descubrir la existencia de una regla básica común a todos los contratos regulados por el Código, que puede ser formulado del siguiente modo: *tales contratos son siempre actos de comercio —y, por tanto, están regulados por la legislación mercantil y dan origen a obligaciones y créditos mercantiles— cuando se realizan, como principales o accesorios entre comerciantes por razón del comercio a que se dediquen*; fórmula que no desmerece en nada de la que, a finales de siglo adoptó el legislador alemán.

Si esta —para algunos, sorprendente— constatación se hubiera materializado en un artículo destinado a enunciarla explícitamente, la doctrina española se habría abstenido de descalificar a nuestro Código y habría afirmado que el Derecho mercantil español regula los negocios jurídicos realizados entre comerciante por razón de su comercio, si bien en algunos casos y por razones perfectamente atendibles también somete a su regulación los contratos mixtos, los unilaterales y los atípicos —e incluso en algún caso los concertados entre no comerciantes. Pero también habría tenido la doctrina razón sobrada para calificar dicho precepto de redundante e innecesario al resultar de la aplicación de las normas de conflicto transcritas. Que es lo que supone decidió a Sáinz de Andino a no formularlo; aunque con este exceso de economía legislativa lo que consiguió fue que en la lectura del Código los preceptos de detalle reguladores de situaciones marginales, fronterizas y secundarias no dejaran ver lo que constituye, implícitamente, su núcleo fundamental.

Puede acusarse a la regulación de nuestro Código de comercio de haber incurrido en el error técnico de presentar como normas determinadoras de los requisitos mínimos exigidos para que algo sea calificado de acto de comercio, lo que en realidad no son otra cosa que excepciones a la regla general antes formulada; pero lo que, en todo caso hay que reconocer es que la regulación de los supuestos que no caben en la regla general —cualquiera que sea la crítica que pueda hacerse de las soluciones adoptadas para cada supuesto y de sus razones— es, técnicamente, muy superior a la fragmentaria e incompleta del Código francés y a la detallista, casuística y premiosa del Código alemán.

F) *El apartado segundo del artículo 2.º del Código de comercio.*— Las conclusiones que se derivan de las anteriores consideraciones permiten, ya, enfrentarse con los problemas que suscita el párrafo 2.º del art. 2.º del Código de comercio al disponer que serán reputados actos de comercio los comprendidos en el Código y cualesquiera de naturaleza análoga.

a) *Los actos comprendidos en el Código.* Antes de entrar en materia es conveniente recordar que el nudo de la cuestión se encuentra en el sistema de prelación de fuentes establecido en el párrafo 1.º del mismo artículo. Quiero con ello subrayar que el tema sólo merece ser estudiado y discutido cuando esté en juego la aplicación de tal sistema

de fuentes; en otro caso se trata de una mera cuestión académica que puede ser pasada por alto.

Como es sabido, la doctrina, al comentar el texto de referencia topa con la necesidad de precisar el significado de la expresión «comprendidos en este Código». Creo, sin embargo, que las dificultades a que esta expresión da lugar son más supuestas que reales y que, en el fondo, no son otra cosa que consecuencia de un inconsciente deseo de ampliar las esfera de actuación de la legislación mercantil, extendiéndola a lo que secularmente ha sido considerado de competencia de la legislación civil. Si nos negamos a la pretensión de *sustituir* —bajo el pretexto de *unificar*— el derecho patrimonial civil por las reglas de juego mercantiles y si conservamos la claridad de ideas suficiente para seguir creyendo que no son la ética y el Derecho civiles los admitidos o tolerados en tanto en cuanto ello sea ventajoso para los comerciantes, sino todo lo contrario, las dificultades que para una parte de la doctrina presenta la interpretación del citado texto legal, desaparecen casi por completo.

Si eliminamos, por meramente académicos —por las razones antes apuntadas— las cuestiones que plantean los quasi-contratos y los hechos ilícitos —contractuales o extracontractuales—, la cuestión queda reducida, para el comercio terrestre, a determinar cuáles son los actos «comprendidos» en los dos primeros libros del Código de comercio. Así, simplificando el problema, resulta claro que todos los actos —o contratos— contenidos en el libro II son actos de comercio, no sólo por su propio enunciado («De los contratos especiales de comercio»), sino por la declaración solemne con que empieza la regulación de cada uno de ellos.

En lo que respecta a los distintos títulos que componen el libro primero cabe hacer las siguientes observaciones:

El título primero no parece que ofrezca dificultades; nadie ha pretendido nunca que la «autorización» del cónyuge (arts. 7 a 11) y las capitulaciones matrimoniales (art. 12) quedan convertidas por su sola «mención» en actos «comprendidos» en él y, por tanto en actos de comercio, con la consecuencia de quedar sometidos al orden de prelación de fuentes del párrafo 1.<sup>º</sup> del artículo 2.<sup>º</sup> Pero tampoco se ha caído en la cuenta de que nos encontramos ante normas que, sin pertenecer realmente al ordenamiento mercantil —quiero decir, a un ordenamiento *especial*— son, sin embargo, normas *excepcionales* en el sentido de que constituyen excepción a la normativa civil de la que, en realidad, forman parte; excepcionalidad que resultaría mucho más visible si se hubieran incluido en el Cuerpo legal que les corresponde —como puede comprobarse, por ejemplo, en el supuesto contemplado por la norma *civil* contenida en el artículo 321 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña—. Queda, de lo dicho, la idea de que un cuerpo legal cualquiera puede contener —y de hecho contiene no pocas veces— normas *excepcionales* que en realidad no forman parte del Ordenamiento especial donde se encuentran.

Tampoco los títulos II, III y IV ofrecen dificultades. En cuanto

al primero, su propia regulación reglamentaria se remite, como derecho supletorio, a la legislación hipotecaria —con lo que queda fuera del sistema de fuentes derivado de la calificación de algo como «acto de comercio»—, aparte de lo sorprendente que resultaría de calificar a los actos del Registrador Mercantil de «actos de comercio».

El título III (*De los libros y de la contabilidad del comercio*) carece de la posibilidad de ser complementado por el «Derecho común», por lo que su calificación como título que regula «actos de comercio» carece de trascendencia; el problema que suscita la inversión del orden de prelación de fuentes establecida en el párrafo primero del artículo 2.<sup>º</sup> no se plantea al carecer la legislación civil de normas que —ni remotamente— puedan ser aplicadas como supletorias.

Respecto del título IV (*Disposiciones generales sobre los contratos de comercio*) poco cabe decir: se trata de un título que no sólo establece normas aplicables a los contratos regulados en el Libro II —y, como se verá más tarde, a los contratos «análogos» no comprendidos en él— sino que establece su propia prelación de fuentes, en virtud de la cual los artículos 50 al 63 deben ser complementados por los artículos 1.254 a 1.314 (en cuanto no hayan sido modificados por aquéllos), negándose toda beligerancia a los usos de comercio. La calificación como «actos de comercio» a los comprendidos en el título IV no arrastra, por tanto, la aplicación del orden de prelación de fuentes propia del Derecho mercantil.

El título VI (*De los Agentes mediadores de Comercio y de sus obligaciones respectivas*) establece expresamente (art. 88) el estatuto personal mercantil de las personas a las que se refiere. Y es de advertir que el carácter «personal» de este título convierte en simples «menciones», sin trascendencia calificadora, a las referencias a actos en que los Agentes Mediadores intervienen. La naturaleza mercantil o no de éstos resulta del restante articulado del Código y muy particularmente de su Libro II.

Queda por examinar el título V —objetivo de todas las pretendidas dudas suscitadas por el primer inciso del texto legal que nos ocupa. Porque la introducción, por ejemplo, de las ventas hechas en establecimientos abiertos al público en la categoría de «actos comprendidos en el Código» lleva prácticamente a someter la casi totalidad de los actos patrimoniales del consumidor a las reglas de juego mercantiles —y a incluir, a la fuerza, al no comerciante, en el territorio de caza del comerciante. Lo cual, doctrinalmente, sólo es posible forzando de un modo inadmisible la economía de nuestro Código de comercio y silenciando el origen y naturaleza de la regulación contenida en este título.

En cuanto a lo primero, creo que hay que empezar por negarse a admitir que nuestro Código puede ser despachado con unos cuantos epítetos despectivos —por lo menos hasta que no se demuestre disponer de la ciencia y de la capacidad suficiente para hacer lo que fueron capaces de hacer nuestros legisladores ochocentistas. El Código

de comercio no es un informe centón ni sus normas están amontonadas al azar; por el contrario, obedece a un esquema simple y coherente del que no es lícito prescindir como si no existiera.

El Libro II, como se ha visto, establece las normas de conflicto a aplicar en los supuestos de colisión entre los ordenamientos civil y mercantil y es en él donde hay que hallar las que deciden cuándo un contrato es y cuándo no es mercantil —es decir, cuándo queda sujeto a la normativa mercantil y cuándo a normativa civil; y lo cierto es que no hay, en dicho Libro, mención alguna de los contratos concluidos en ferias, mercados o tiendas abiertas al público; pretender «completar» lo dispuesto en este Libro II —o, más concretamente, lo dispuesto en la sección primera del título VI de este libro II— con lo establecido en el título V del Libro I, amparándose en el ambiguo significado de la palabra «comprendidos» utilizada en el artículo 2.<sup>º</sup>, es evidentemente excesivo e indisimulablemente tendencioso; es necesaria una muy firme convicción de la absoluta falta en el legislador de la más elemental técnica legislativa para encontrar «normal» que al negar el artículo 326 la condición de mercantiles a las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquirieren no se añadiera «salvo que fueren hechas en almacenes o tiendas abiertas al público». Tanto más cuanto que esta interpretación supondría en el legislador la voluntad de romper con una tradición secular continuada y admitida en todos los códigos ochocentistas.

En cuanto a lo segundo —origen y naturaleza de la regulación contenida en el título V del Libro I del Código de comercio —no siendo éste el lugar indicado para una exposición pormenorizada— me limitaré a unas breves consideraciones reducidas en lo esencial a poner de relieve que dicho título contiene —con formulación muy aceptable— y extiende a situaciones más acordes con la realidad actual los restos de lo que en otros tiempos fuera el denominado «privilegio ferial». Privilegio que, contra lo que una visión simplista de las cosas permitiría suponer, tanto por su origen como por su ámbito y su contenido poco tuvo que ver con el *ius mercatorum*. A diferencia de éste, que tiene su origen en los propios comerciantes y su desarrollo en los gremios, en sus estatutos y en los estatutos de las ciudades italianas, el privilegio ferial es un acto de soberanía o de concesión por la autoridad política. Por su ámbito, si aquél se determina *ratione materiae* o *ratione personae*, éste se determina *ratione loci*; por su contenido, el privilegio ferial contiene, entre otros, tres importantes extremos: el tributario o fiscal —exención de impuestos—, el sustantivo —irreivindicabilidad de las mercancías adquiridas en feria— y el procesal —nombramiento del Juez (y del Notario) de la feria que, con el carácter de funcionario público dotado de conocimientos técnicos resuelve *sumariamente*, pero no por equidad sino con arreglo al derecho aplicable en cada caso las cuestiones originadas en el espacio y en el tiempo acotados por la feria; debiendo advertirse que tales cuestiones

tanto pueden ser de índole civil como de índole mercantil o de naturaleza criminal.

La jurisdicción feria no impidió que, *en su interior* y sometidas a ella se establecieran otras jurisdicciones, como las representadas por los consulados de los comerciantes de las distintas naciones. Cuando —tras no pocas luchas— se produjo la absorción de la jurisdicción feria por la jurisdicción mercantil, las cosas cambiaron por completo; así, por ejemplo, en la sustitución del Juez de la Feria de Lyon por un Tribunal de comercio, los jueces dejaron de depender de la autoridad real y fueron nombrados por los comerciantes, el Derecho que se aplicó fue exclusivamente el *ius mercatorum* y su ámbito se redujo a los litigios entre «*tous ceux qui vendent des marchandises et qui en achetent pour les revendre ou qui portent Bilan et tiennent Libres de Marchand ou qui stipulent des payements en temps de Foires*» (Edicto de julio de 1669).

La relación meramente tangencial entre el denominado *ius nundinarum* y el *ius mercatorum* explica la escasísima atención que a aquél dedican los autores clásicos. Stracca no habla de él, y en la compilación de Landry sólo hay una superficial referencia en los capítulos 7 y 9 del *De iure sistendi et manuum injectione* de Petrus Peckius. Para Ansaldo un par de párrafos en su *Discursus Generalis* y, para Casarregis, no más de media docena de líneas son suficientes. La razón de esta parquedad se revela en De Luca cuando coloca el estudio de esta materia en el Libro II de su *Theatrum* que trata de las Regalías (Decs. 129 y 132 y *Summario* al final del Libro); porque esta circunstancia nos pone en la pista de la verdadera naturaleza del *ius nundinarum*. Se trata, pura y simplemente, de un privilegio de Derecho público, y por tanto de una normativa no especial sino excepcional de origen soberano y sujeta a revocación, reducción, modificación o ampliación según las necesidades políticas o económicas del momento.

Lo que hace nuestro Código es silenciar un aspecto tan antiguo como el fiscal —que ya fuera objeto único del capítulo LX del Libro IV del *Codex justinianeo*—, conservar en forma rudimentaria su origen de concesión soberana (arts. 65, 81 y 82) y su especialidad procesal (art. 84) y extender al privilegio de irreivindicabilidad a las compras de mercaderías hechas en almacenes abiertos al público (art. 85). Consecuencia de todo ello no es la modificación de lo dispuesto en el libro II, sino el establecimiento de una normativa privilegiada —los autores clásicos hablan siempre de *privilegia nundinarum* —que excepciona tanto el Derecho civil común como al Derecho mercantil especial: prueba de lo primero es la repetición en el Código civil (artículos 464 y 1.500) de las normas sustantivas más importantes de este título —hecho que carecería de justificación si no se refiriera a compraventas civiles; y de lo segundo que tales normas también excepcionan las generales contenidas en el libro II del Código de comercio: no todas las ventas mercantiles gozan del privilegio de la irreivindicabilidad.

Los actos «comprendidos» en el título V del Libro I del Código

de comercio, «no son, pues, *por su sola inclusión en él* actos de comercio sujetos al sistema de fuentes de nuestro Derecho mercantil; son actos que, pudiendo ser —por aplicación de la normativa del libro II— tanto civiles como mercantiles gozan en ambos casos de los *privilegios* —resto histórico del privilegio feria— en aquel título consignados.

b) «*Y cualesquiera otros de naturaleza análoga*». La aislada referencia a la analogía contenida en el texto que estudiamos ha producido no poca perplejidad y ha sido origen de no pocos quebraderos de cabeza, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia. La influencia del Derecho francés y, con ella, el empeño nunca abandonado de considerar a la regulación legal de los actos de comercio como un intento de traducir en términos jurídicos el fenómeno económico de «operación comercial» ha llevado a denunciar la inexistencia de criterio alguno que sirva a justificar el —desde este punto de vista— enmarañado sistema de nuestro Código. La simple mención de la palabra «analogía» lleva inexorablemente al concepto de *ratio legis*; y si la doctrina no encuentra *ratio* alguna en las normas del Código que «definen» —según ella— los contratos mercantiles, ¿cómo es posible encontrar los «actos análogos» de que habla el párrafo segundo del artículo 2? La jurisprudencia (S.T.S. 4 julio 1925, 26 enero 1926, 15 junio 1926, 8 octubre 1929, 16 de febrero 1933, 19 noviembre 1933, 5 octubre 1940, 16 abril 1942, 9 mayo 1944, etc.) partiendo de la errónea identificación entre el concepto jurídico de acto de comercio —y, por tanto, de acto sujeto a la legislación mercantil— y el concepto económico de operación comercial da a la palabra «analogía» un significado no jurídico sino vulgar y califica de acto de comercio todo aquello que le parece *económicamente* comercial; como resume perfectamente la Sentencia de 13 de marzo de 1936: «La reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar el artículo 2.º del Código de comercio, apartándose de las teorías desarrolladas en el terreno doctrinal sobre el concepto civil y mercantil que adquieren ciertos negocios jurídicos, atiende, para calificar de uno u otro modo a los actos enjuiciados a la índole y finalidad de las operaciones habituales realizadas».

Acertadamente, Jesús Rubio se opone a esta manera de ver las cosas: si se prescinde del concepto *jurídico* de analogía y se presupone que el texto legal alude a una caracterización *económica* ligada a las concepciones usuales del tráfico, de lo que en realidad se prescinde es del texto legal; éste no hace referencia a actos análogos a los tenidos por comerciales en el mundo de los negocios sino a *actos análogos a los comprendidos en el Código*.

Creo que la salida de este callejón que parece no tenerla puede encontrarse a partir de las siguientes consideraciones. En primer lugar, del mecanismo ideado por Sáinz de Andino y de la propia dicción del Código de comercio resulta que *cualquier contrato nominado o innombrado, inventado o por inventar, regulado por el Código o no regulado por él puede formar parte, como principal o como accesorio, de una operación comercial*. En esta materia no creo haya límite algu-

no —como no sea el de la propia capacidad inventiva del comerciante. No es, por tanto, en el *tipo* de contrato donde hay que buscar analogía alguna; quiero decir que el Código, en su artículo segundo, no se refiere a contratos que sean *análogos* a los de sociedad, cuentas en participación, depósito, préstamo, compraventa, permuta, transporte, seguro, fianza, letra de cambio, libranza, pagaré, cheque o carta orden de crédito.

En segundo lugar, tampoco hay que buscar la analogía en el hecho de que tales contratos forman parte de operaciones comerciales o de que sean normales o «típicos» en la explotación de una empresa mercantil: *ninguno de los contratos mencionados en el libro II del Código es calificado por éste de mercantil por el solo hecho de que forme parte de una actividad comercial*; incluso, según nuestro Código, contratos o actos tan típicamente comerciales como la letra de cambio, el pagaré o la carta orden de crédito pueden no ser actos de comercio.

En tercer lugar hay que partir del concepto riguroso de *analogía legis*; según el artículo 4.º-1 del Código civil, procede la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Traslado este precepto al tema que nos ocupa, un acto será mercantil cuando, sin estar incluido en el Código, sea semejante a otro que, según el Código, lo sea y entre ambos se aprecie una identidad en la razón o razones por la cual o por las cuales este último ha sido legalmente calificado de mercantil —es decir, por la cual o por las cuales ha quedado sometido a la legislación mercantil.

Lo cual nos llevará en primer lugar a extender la fórmula general de que antes se ha hablado, afirmando que *cualquier contrato será mercantil si se realiza entre comerciantes con carácter principal o accesorio de su actividad típica comercial*.

Pero, en segundo lugar, y para todos los supuestos no incluidos en la regla general, obligará a estudiar la *ratio* por la cual el Código concede o niega la condición de actos de comercio a los contratos incluidos en su libro II. Tarea inexcusable y que lleva a no pocas sorpresas; por ejemplo, la que resulta de comprobar que la sumisión de ciertos contratos a la normativa mercantil tiene por *ratio* la de favorecer al *no comerciante*.

Quede sin embargo para el estudio de cada uno de los contratos mercantiles la exposición y crítica de las soluciones dadas por nuestro legislador —y, con ellas, la enumeración de sus *razones*.



# La doctrina del interés nacional y su ámbito espacial de aplicación

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA,

*Profesor Adjunto Interino de Derecho Internacional  
de la Universidad de Murcia*

**SUMARIO:** I. Objeto de estudio.—II. La bilateralización: 1. Concepto y grados. 2. Derecho comparado: A) Examen de los distintos ordenamientos jurídicos: a) Regla de conflicto unilateral no bilateralizable. b) Regla de conflicto unilateral bilateralizable. c) Regla de conflicto bilateral incompleta. d) Regla de conflicto bilateral completa. B) Conclusiones. 3. Actitud de la doctrina: A) Posición contraria a la bilateralización. B) Posición favorable. C) Solución intermedia: la teoría del reenvío condicionado.—III. La determinación del punto de conexión: 1. Negocios cambiarios y contratos entre presentes. 2. Contratos entre ausentes: A) Aplicabilidad de la doctrina del interés nacional. B) Calificación del punto de conexión.—IV. Conclusiones.

## I. OBJETO DE ESTUDIO

En D. i. pr., se denomina *doctrina del interés nacional* a la que propone el empleo subsidiario a la ley personal, normalmente competente para regular las cuestiones de capacidad, de la ley del lugar donde se ha celebrado un contrato o se ha librado o transmitido un título-valor, con el fin de salvaguardar la buena fe neocial o, en general, de proteger la seguridad en el tráfico jurídico (1). El propósito de este trabajo es analizar los dos grandes

(1) Sobre la doctrina del interés nacional, *vid.* ARANGIO-RUIZ, G.: «Assegno e assegno bancario (dir. int. priv.)», en *Enciclopedia del Diritto*, III, 1958, pp. 348-352; Id.: «Cambio (dir. int. priv.)», en *Enciclopedia del Diritto*, V, 1959, pp. 921-939; BATIFFOL, H.: *La capacité civile des étrangers en France. Influence de la loi française*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, 322 p.; CLARENCE SMITH, J. A.: «Capacity in the Conflict of Laws: a Comparative Study», *I. C. L. Q.*, 1952, pp. 446-471; DE LASALA LLANAS, M.: «La capacidad contractual del Extranjero en el nuevo Código civil italiano y en Derecho español», *Universidad*, 1943, pp. 35-48; FRANCESCAKIS, Ph.: «Capacité», en *Répertoire de droit international*, *Encyclopédie Juridique Dalloz*, I, 1968, pp. 251-256; GLENN, H. P.: *La capacité de la personne en droit international privé français et anglais*, Paris, Dalloz, 1975, 284 p.; GRAULICH, L.: «Quelques

problemas que plantea su ámbito espacial de aplicación: el de su bilateralización y el de la determinación del punto de conexión.

## II. LA BILATERALIZACION

### 1. CONCEPTO Y GRADOS.

El D. i. pr. ha hecho suya, al admitir la doctrina del interés nacional, una noción elaborada originariamente como un principio de Derecho interno: la seguridad del tráfico jurídico (2). Con ella no se pretende la tutela de ningún interés particular, sino la protección de un interés general existente en el lugar de contratación (3). Es interesante saber, por consiguiente, si con la doctrina del interés

réflexions sur les conflits de lois relatifs à la capacité de contracter», en *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, II, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935, pp. 644-656; GUINAND, J.: *Les conflits de lois en matière de capacité (étude comparative)*, Neuchatel, Editions Ides et Calendes, 1970, 109 p.; Istituto per la Documentazione e gli Studi Legislativi (ISLE): *Prospettive del diritto internazionale privato. Un simposio*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, 615 p.; MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: «Conflictos de leyes en materia de capacidad y representación legal», en *Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título preliminar del Código civil*, Barcelona, Ilustres Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, 1975, pp. 205-232; MOSER, R.: «Nach welchem Recht -Heimatrecht oder schweizerischem Recht- bestimmt sich seit dem 1. Jan. 1953 die Handlungsfähigkeit der Ausländer in der Schweiz? Der Leidensweg einer Kollisionsnorm», *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1953, pp. 72-75; ORTIZ-ARCE, A.: «Art. 10.8», en *Comentarios a las Reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, I, Madrid, Editorial Tecnos, 1977, pp. 540-543; PAGENSTECHER, M.: «Zur Geschäftsfähigkeit der Ausländer in Deutschland. Ein Beitrag zur Problematik des Art. 7 EG BGB», *RabelsZ.*, 1949, pp. 189-239; REMIRO BROTONS, A.: «Art. 10.8», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, I, Madrid, Edersa, 1978, pp. 346-359; RUINI, A.: «Considerazioni su di una recente proposta di riforma legislativa del diritto internazionale privato italiano», en *Studi in Memoria di Pietro Rasi Caldogni*, Annali della Facoltà Giuridica, Università degli Studi di Camerino, vol. XXXV, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1969, pp. 415-667; SURVILLE, F.: «De la validité des contrats passés en France par un étranger incapable d'après sa loi nationale, mais capable d'après la loi française», *Clunet*, 1909, pp. 625-640; VITTA, E.: «L'art. 17 comma 2 disp. prel.», en *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, IV, Milano, Giuffrè Editore, 1967, pp. 909-917.

(2) *Vid.*, por todos, DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, Editorial Tecnos, 1970, pp. 47-48. Por lo demás, hay que señalar que la concepción francesa del interés nacional y la idea alemana de la protección del tráfico no están tan alejadas como aparentan. En este sentido, hay que pensar con PÉREZ VOITURIEZ, A.: «Exigencias de un concepto autónomo del tráfico externo», en *Homenaje al profesor Luis Sela Sampil*, II, Oviedo, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1970, p. 870, que: «...en cuanto al principio de seguridad cuando la jurisprudencia francesa, en el caso Lizardi, argumenta con el interés nacional de la seguridad del comercio, está defendiendo una visión estatal de la seguridad del tráfico externo». *Vid.* las consideraciones de FEDOZZI, P.: *Il Diritto Internazionale Privato. Teorie Generali e Diritto Civile*, 2.<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 1939, p. 378.

(3) GRAULICH, L.: «Quelques réflexions...», p. 651.

nacional, además de protegerse la seguridad del tráfico jurídico externo que se realiza en el territorio del foro, se protege también al que se desenvuelve fuera de él. Es a este problema al que se conoce con el nombre de *bilateralización* de la doctrina del interés nacional. En último término, esta cuestión permite saber si la doctrina del interés nacional es un correctivo a los abusos de la imperatividad de la ley personal fundado pura y simplemente en el *favor negotii* o si sólo se producen los efectos convalidantes del negocio jurídico, cuando la aplicación de este correctivo supone una ampliación del ámbito material de la ley del foro, un *favor legis domesticae* (4).

El planteamiento de este problema obedece tanto a una necesidad o interés práctico como a una exigencia metodológica (5). Se trata, en cualquier caso, de una cuestión distinta de la de la técnica normativa de la doctrina del interés nacional. Sin embargo el modo como ésta se resuelva condiciona la solución que se le dé a aquél.

Aun cuando el tema es mucho más complejo, *grosso modo* puede decirse que existen tres concepciones doctrinales sobre la técnica utilizada por el legislador en la doctrina del interés nacional: a) la que considera que se trata de una regla de conflicto que emplea, como puntos de conexión, dos criterios alternativos jerarquizados; b) la que ve en la misma una cláusula especial de reserva; c) y la que encuentra en dicha doctrina una ley de policía del mercado o —con terminología más moderna— una norma de aplicación inmediata. Los dos primeros supuestos no plantean particular dificultad a la bilateralización (6). Más delicada es la bilateralización de las denominadas normas de aplicación inmediata. Con todo, parece posible. Así, según un sector doctrinal que niega autonomía a este tipo normativo —el de los neoconflictualistas—, la norma de aplicación inmediata es una regla de Derecho interno que va acompañada por una regla de conflicto unilateral, expresa o tácita. Por consiguiente, según estos autores, el interés de los internacionalistas debe centrarse, no en la norma sustantiva, sino en la regla de conflicto con la que va unida. Desde este punto de vista, su bilateralización no plantea mucha mayor dificultad que la de cualquier regla de conflicto (7). Para el resto de la doctrina,

(4) La expresión *favor legis domesticae* es empleada por LEWALD, H.: «Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé», *Recueil des Cours*, 1939-III, t. 69, p. 29, si bien en un contexto totalmente distinto de éste. Por otra parte, hay que observar que la aplicación de la ley del foro, mediante la intervención de la regla de conflicto, tiene que ser entendida en los justos términos que señala PICONE, P.: *Norme di diritto internazionale privato e norme materiali del foro*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1971, p. 53.

(5) Vid. PICONE, P.: *Norme...*, p. 8, n. 12.

(6) Vid. supra la teoría de la *Inlandsbeziehung* y del reenvío condicionado (*bedingte Verweisung*) por lo que respecta a la segunda tesis doctrinal.

(7) En este sentido, vid., ad. ex., DEBY-GÉRARD, F.: *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Librairie Dalloz, 1973, p. 54 y ss.

que considera que la norma de aplicación inmediata es una técnica normativa autónoma, la bilateralización de la misma es también un proceso, en principio, posible. Cuando la regla conflictual del foro declara competente a un Derecho extranjero, hay en éste normas dispositivas y normas imperativas —unas que son de aplicación inmediata, otras que no lo son—. Las normas de aplicación inmediata podrán aplicarse entonces, pero no como tales normas de aplicación inmediata, sino como normas jurídicas integrantes del ordenamiento extranjero designado por la regla de conflicto, con dos puntualizaciones: 1.<sup>a</sup> que se respete la voluntad legislativa del ordenamiento extranjero, no concediéndoles un ámbito de aplicación mayor que el que su legislador ha querido darles, y 2.<sup>a</sup> que tales normas no sean contrarias al orden público del foro —*ad. ex.*, leyes políticas—. Mucho más dividida se encuentra esta doctrina, cuando la norma de aplicación inmediata extranjera forma parte de un tercer ordenamiento, distinto al declarado competente por la regla de conflicto —*ad. ex.*, cuando la prohibición de transferencias de capitales al extranjero repercute sobre las obligaciones contraídas con arreglo a la ley del contrato— (8). Este sector doctrinal sólo permite contemplar, por consiguiente, la hipótesis del negocio del tráfico concluido en un Estado cuyo ordenamiento admite la doctrina del interés nacional y cuya validez sea cuestionada ante el tribunal de un tercer Estado. Otra cara del problema, a la que este sector doctrinal no responde de manera inmediata, es la de si el juez de ese tercer Estado estará dispuesto a admitir la doctrina del interés nacional en el caso de que no la recoja el ordenamiento jurídico local. Como es sabido, en el caso de las normas de aplicación inmediata, la convergencia absoluta de la competencia judicial con la legislativa supone que: a) admitida la competencia judicial internacional del órgano encargado de resolver el asunto, éste aplica su propia ley en todo caso y nunca la ley extranjera; b) de no aplicársele a la cuestión la norma de aplicación inmediata, el órgano judicial se declara incompetente y, por tanto, no aplica ni su ley ni ninguna otra. En definitiva, queda claro, como observa Glenn, que la configuración de la doctrina del interés nacional

(8) *Vid.*, entre otros, BATIFFOL, H.: «Le pluralisme des méthodes en droit international privé», *Recueil des Cours*, 1973-II, t. 139, p. 144; DEBY-GÉRARD, F.: *Le rôle...*, p. 28; DE NOVA, R.: «Conflits des lois et normes fixant leur propre domaine d'application», en *Mélanges offerts à Jacques Mauvy*, I, París, Librairie Dalloz et Sirey, 1960, pp. 398-399; I. D. I.: *Annuaire*, 1950, vol. 43, t. II, p. 1 y ss.; Id.: *Annuaire*, 1954, vol. 45, t. II, p. 228 y ss.; LALIVE, P.: «Sur l'application du droit public étranger», *A.S.D.I.*, 1971, p. 122 y ss.; LOUSSUARN, Y.: «Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours*, 1973-II, t. 139, pp. 334-337; MARÍN LÓPEZ, A.: «Las normas de aplicación necesaria en Derecho Internacional Privado», *R.E.D.I.*, 1970, pp. 35-37; MAYER, P.: *Droit international privé*, París, Éditions Montchrestein, 1977, p. 375; VAN HECKE, G.: «Principes et méthodes de solution des conflits de lois», *Recueil des Cours*, 1969-I, t. 126, pp. 494-495; ZWEIGERT, K.: «Droit international privé et droit public», *R. crit.*, 1965, p. 645 y ss., en especial desde la p. 649.

como una norma de aplicación inmediata pondría en riesgo su bilateralización (9).

Señalado el concepto de bilateralización de la doctrina del interés nacional y la relación que guarda con la técnica empleada, hay que subrayar que la formulación de este problema conoce dos grados. Se trata en primer lugar de saber si la sustitución de la ley personal normalmente competente por la ley local va a ser mantenida, cuando el contrato haya sido concluido o el acto jurídico realizado fuera del Estado del foro: bilateralización por razón del lugar (*ratione loci*). Junto a esta extensión espacial de la doctrina del interés nacional, existe otra perspectiva diferente: la de su bilateralización por razón de la persona (*ratione personae*). En esta última, se da por supuesto que se admite la validez de los contratos concluidos o actos realizados en el extranjero por extranjeros incapaces conforme a su ley personal, pero capaces con arreglo a la ley local. De lo que se trata es de verificar si el legislador o, en su caso, el juez estarán dispuestos también a considerar, en esas circunstancias, válidos los contratos estipulados o actos jurídicos realizados por una persona incapaz según su ley personal, pero capaz según la ley local, cuando ésta tenga la nacionalidad o el domicilio en el foro, de tal manera que la ley del foro —a título de ley personal nacional o domiciliar— sea desplazada por la ley de otro Estado, la ley local, en aras de la protección de la seguridad en el tráfico.

Conviene distinguir, por una parte, la posibilidad de que tal bilateralización se produzca y, por otra, la conveniencia de la misma. Si para comprobar la primera, debe procederse a un examen de Derecho comparado, para resolver la segunda cuestión, una vez contestada la primera, debe estudiarse fundamentalmente la actitud contraria o favorable de la doctrina.

## 2. DERECHO COMPARADO.

A. *Examen de los distintos ordenamientos jurídicos.*—Los ordenamientos jurídicos pueden clasificarse en cuatro grupos según formulen la doctrina del interés nacional mediante una regla de conflicto unilateral —bilateralizable o no— o bilateral —completa o incompleta—.

a) *Regla de conflicto unilateral no bilateralizable.*—En un primer grupo de países, la doctrina del interés nacional es formulada por una regla de conflicto que tiene carácter *unilateral* y que además *no es bilateralizable*. Es el caso de Polonia (ley de 1965, art. 10) y de países del Próximo Oriente, como Egipto (C. c. de 1948, art. 11.1), Irak (C. c. de 1951, art. 18.2), Kuwait (ley de 1961, artículo 33.2) y Siria (C. c. de 1949, art. 12.1), en los que la intención del legislador de que sólo se aplique la doctrina del interés nacio-

(9) GLENN, H. P.: *La capacité...*, p. 131, n. 10.

nal, cuando suponga la aplicación de la ley del foro, resulta manifiesta; porque la referencia a esta ley está acompañada por la exigencia, como una condición de aplicabilidad de la doctrina del interés nacional, de que el acto o contrato deba producir sus efectos en el territorio del foro (10). En estos países, no tiene sentido plantearse el problema de la bilateralización de la doctrina del interés nacional, al menos de *lege lata*, ya que, en este contexto, es jurídicamente imposible.

b) *Regla de conflicto unilateral bilateralizable*.—En la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídico que admiten la doctrina del interés nacional, la regla de conflicto que la recoge se limita a regular la hipótesis de que el contrato haya sido concluido en el foro y, por consiguiente, sea competente la ley propia. No se contempla, en ellos, la posibilidad de que una ley extranjera se aplique, en cuanto ley local, a contratos concluidos en el extranjero, en los que el incapaz sea un extranjero o un nacional del foro. En estos casos, la regla de conflicto sigue teniendo un carácter *unilateral*, pero es *bilateralizable* (11). Un autor ha descrito a este tipo de reglas de conflicto con una expresión afortunada: reglas de conflicto con una cláusula-país (*clause-pays*) (12).

(10) Han sido representativos de esta tendencia el Código general de bienes para el Principado de Montenegro del año 1888 (art. 788. 2), el proyecto húngaro de ley sobre D. i. pr. elaborado por István de Szaszi, adoptado en 1947 por la Comisión de reforma jurídica, en el que se preveía la aplicación de la doctrina del interés nacional a los actos de comercio realizados en Hungría que debiesen producir en ella sus efectos (art. 47). GRAULICH, L.: «Quelques réflexions...», p. 655, ha puesto de relieve que esta exigencia de que el acto produzca sus efectos en el país de su conclusión crea dos difíciles problemas: a) ¿qué se entiende por efectos de un acto? ¿cómo se diferencian de las consecuencias?; b) ¿cómo se pueden localizar tales efectos, salvo en las operaciones al contado?

(11) Es la situación en que se encuentran Albania (Ley de 1964, art. 3. 2), Alemania (RFA: EG GBG de 1896, art. 7. 3; RDA ley de 1975, art. 6. 2), Corea del Sur (ley de 1962, art. 6. 2), Checoslovaquia (ley de 1963, art. 3. 2), España (Tít. Prel. de 1974 al C. c., art. 10. 8), Grecia (C. c. de 1940, art. 9), Italia (preleggi de 1938, art. 17. 2), Japón (Horei de 1898, art. 3. 2), Suiza (ley de 1891, art. 7 b, 1), Tailandia (ley de 1898, art. 10. 2), Taiwán (ley de 1953, artículo 1. 2), etc. Es el caso también del Anteproyecto oficial (Decreto 51005 de 1961 y 1490 de 1962) de reforma de la *Lei de Introduçao ao Código civil* brasileño elaborado por el profesor Haroldo VALLADAO en 1964 (art. 25.1), actualmente instituido por el *Projeto de Aplicação das Normas Jurídicas de 1970* (art. 26. 1), que sigue asimismo la línea marcada por el Anteproyecto anterior.

(12) KISCH, I.: «La loi la plus favorable. Réflexions à propos de l'article 9 (3), 2 de la loi uniforme Benelux», en *Ius et Lex: Festgabe zum 70. Geburstag von Max Gutzwiller*, Basel, Verlag Helbing und Lichtenhahn, 1959, p. 375: «Por cláusula-país entendemos todo elemento, en la regla de conflicto, que restringe el campo en que opera, introduciendo en él e imponiendo una hipótesis donde aparece un país, expresamente nombrado y preestablecido. La cláusula-país puede referirse a la nacionalidad de las personas interesadas, su domicilio, el territorio donde un acto ha sido realizado o cometido: en todos estos casos, lo que marca su carácter es que

Resulta obligada la mención del intento por parte de cierto sector de la doctrina francesa de sostener que el sistema francés de la doctrina del interés nacional —de formulación jurisprudencial— sea bilateral, apoyándose en argumentos de *lege lata*. En concreto, se han empleado algunas sentencias en favor de esta argumentación (13). El resto de la doctrina francesa se ha opuesto a la tesis anterior sobre la base del Derecho positivo jurisprudencial y legal (14).

ella obstaculiza el obrar de la regla de conflicto, restringiendo, desde el primer momento, su hipótesis «disnacional», su contexto «dislocal». «La doctrina prefiere generalmente hablar de reglas de conflicto unilaterales o incompletas, según los casos. KISCH emplea otra terminología; porque considera que el nombre de reglas con una cláusula-país o una hipótesis-país evoca mejor en qué consiste la especialidad de su carácter.

(13) En especial, las siguientes: 1.<sup>a</sup>) Así, se dice, el Tribunal de Amiens, en sentencia de 6 de diciembre de 1888, en que tuvo que pronunciarse sobre la validez de las obligaciones contraídas en Suiza por un pródigio francés, consideró que eran anulables, porque el acreedor del pródigio se había informado de la condición de éste—*Gazette du Palais*, 1889. 1.612—. Por consiguiente, la razón de que no se declarasen válidos los compromisos contraídos por un francés incapaz en el extranjero fue la falta de ignorancia excusable en el otro contratante y no la negativa, como principio, a bilaterarizar esta doctrina. 2.<sup>a</sup>) El Tribunal civil del Sena, en sentencia de 30 de junio de 1919, denegó la acción de pago a un procurador inglés (*solicitor*), que había litigado en Gran Bretaña en nombre de un francés sujeto a consejo judicial, dado que se probó que su cliente no había ocultado su capacidad—*R. crit.*, 1920, p. 136, DUTOIT, B.: «La protection des incapables majeurs en droit international privé», *R. crit.*, 1967, p. 494, n. 1, y MAYER, P.: *Droit...*, p. 376, n. 13—. La *ratio decidendi* de esta sentencia, viene a decirse en la misma que en la anterior. 3.<sup>a</sup>) Asimismo, la sentencia del Tribunal de París de 10 de abril de 1957 consideró válida una cláusula compromisoria estipulada en el extranjero por el Estado francés—*R. crit.*, 1958, p. 120, nota de LOUSSOUARN—.

(14) *Jurisprudencialmente*: a) Las sentencias del Tribunal de Amiens y del Tribunal civil del Sena no son concluyentes, puesto que no llegaron siquiera a plantearse la posibilidad de bilaterarizar la doctrina del interés nacional, aplicando la ley local en detrimento de la ley francesa; b) como tampoco es concluyente la sentencia del Tribunal de París, dado que, en realidad, no se trata de una cuestión de incapacidad, sino de saber si la prohibición del Derecho interno francés de que el Estado sea parte en una cláusula compromisoria se extiende a los supuestos de tráfico jurídico externo: en este sentido, hay varias sentencias que no admiten la calificación de estos casos como cuestiones de capacidad—*Cour de cassation* (Ch. civ., 1re sect. civ.), 14-IV-1964 (Office National Interprofessionnel des Céréales c. Capitaine du S/S San Carlo), *Clunet*, 1965, pp. 646-647, nota de GOLDMAN y *R. crit.*, 1966, pp. 68-69, nota de BATIFFOL; *Cour de cassation* (Ch. civ., 1re sect.), 2-V-1966 (Trésor public c. Galakis), *Clunet*, 1966, pp. 648-649, nota de LEVEL y *R. cit.*, 1967, pp. 553-554, nota de GOLDMAN—, así como voces autorizadas entre la doctrina que comparten esta opinión—vid. DEBY-GÉRAD, F.: *Le rôle...*, pp. 112-116—; c) hay sentencias que han mantenido la incapacidad de un francés en el extranjero sin plantearse siquiera si el cocontratante había obrado de buena fe o no—*Chambre des Requêtes de la Cour de cassation*, 6-VII-1868, *Sirey*, 1868. 1.325 y Trib. Seine, 19-I-1889, *Clunet*, 1890, p. 870—. *Legalmente*: es un obstáculo insalvable, al menos por lo que refiere a la capacidad de los franceses en el extranjero, el principio de imperatividad del estatuto personal de los nacionales (C. c., art. 3.3)—GLENN, H. P.: *La capacité...*, p. 117—.

c) *Regla de conflicto bilateral incompleta.*—Sin duda, es mucho más progresista la solución acogida por las Convenciones de Ginebra de 7 de junio de 1930, sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagarés a la orden, y de 19 de marzo de 1931, sobre conflictos de leyes en materia de cheques, cuyo artículo 2.2, común a ambas, dispone que la persona que sea incapaz, según su ley nacional, sea considerada capaz, si la firma se dio sobre el territorio de un país, con arreglo a cuya legislación la persona habría sido capaz. Estas referencias a la persona —con abstracción de su nacionalidad— y al territorio —con abstracción del Estado a que pertenezca— hacen que esta regla sea bilateral. Sin embargo, el artículo 2.3 reserva a los Estados parte la facultad de no reconocer como válida la firma dada por uno de sus nacionales, que no hubiera sido capaz para ello más que en las condiciones prescritas por el artículo 2.2. Esta reserva fue enormemente criticada en su tiempo por el peligro que suponía de que, haciendo uso de la misma unos Estados, otros siguieran su ejemplo y se le atribuyese, en cuestiones cambiarias, a la doctrina del interés nacional, la unilateralidad que ya en el siglo XIX le censuraron algunos autores (15). Efectivamente, son varios los Estados que, al incorporar este artículo a su legislación interna, han recogido también la reserva *ratione personae* (16). En todos estos países, la regla

(15) GRAULICH, L.: «Quelques réflexions...», p. 646. NIBOYET, J.-P.: *Traité de Droit International Privé Français*, V, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 549, se lamentaba de que se hubiese hecho «un trabajo de Pénelope, donde un progreso muy claro en el orden internacional es inmediatamente minimizado por una decisión de puro nacionalismo jurídico contrario a todo espíritu unionista». También MONACO, R.: *L'efficacia della legge nello spazio (diritto internazionale privato)*, reimpresión revisada y actualizada de la 1.<sup>a</sup> ed., Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1954, p. 276, n. 2, critica a esta disposición el que permita que prevalezca un pretendido interés del Estado nacional sobre el normal desenvolvimiento de la seguridad de la circulación cambiaria, rompiendo así la uniformidad y armonía de soluciones de este sistema conflictual convencional: la misma persona podrá obligar a cualquier Estado parte de la Convención a que admita la validez de la firma que figura en el título-valor, *menos* al suyo, que podrá no reconocerla.

(16) Alemania (ley de 1933 sobre letra de cambio, art. 91. 2; ley de 1933 sobre cheque, art. 60. 2), Austria (ley de 1933 sobre letra de cambio, art. 91. 2; ley de 1933 sobre cheque, art. 60. 2), Brasil (Decreto de 1908 sobre letras de cambio, art. 42; Decreto de 1912, regulador de la emisión y la circulación de cheques, art. 15); Dinamarca (ley de 1932 sobre letra de cambio, art. 79. 2; ley de 1932 sobre cheque, art. 58. 2), Finlandia (ley de 1932 sobre letra de cambio, art. 79. 2; ley de 1932 sobre cheque, art. 58. 2), Hungría (ley de 1876 sobre letra de cambio y pagaré a la orden, arts. 95. 2 y 112. 11; ley de 1908 sobre cheque, art. 22. 17; obsérvese que esta legislación es anterior a las Convenciones de Ginebra), Italia (ley de 1932 sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagarés a la orden, art. 2. 3; ley de 1934 sobre conflictos de leyes en materia de cheque, art. 2. 3), Noruega (ley de 1932 sobre letra de cambio y pagaré a la orden, art. 79. 2; ley de 1932 sobre cheque, art. 58. 2), Polonia (ley de 1936 sobre letra de cambio y pagaré a la orden, art. 77. 2; ley de 1936 sobre cheque, art. 62. 2), Suecia (ley de 1932 sobre letra de cambio y pagaré a la orden, art. 79. 3; ley de 1932 sobre el cheque, art. 58. 3), etc.

de conflicto que formula la doctrina del interés nacional en materia de capacidad cambiaria es una norma *bilateral incompleta*, puesto que admite la bilteralización *ratione loci*, pero no así *ratione personae*.

Fuera de la legislación en materia de capacidad cambiaria, hay algunos ejemplos esporádicos de normas que acogen la doctrina del interés nacional mediante una regla de conflicto bilateral incompleta.

Así la ley sueca de 1904 reguladora de ciertas cuestiones de Derecho internacional sobre el matrimonio, la tutela y la adopción protege de manera expresa la buena fe de quienes contratan con un menor (cap. IV, art. 5.2) o un interdicto (cap. V, art. 6) e, incluso, en el caso del menor, extiende dicha protección en favor de quienes contraten con menores suecos domiciliados en el extranjero (cap. IV, art. 1) (17). Obsérvese que expresamente no se dice nada respecto de la posible aplicación de la doctrina del interés nacional a los menores suecos no domiciliados en el extranjero ni a los extranjeros que contraten fuera del territorio sueco.

El nuevo Código civil portugués (1966) dispone la aplicación de la ley local a los contratos celebrados en un país extranjero por un incapaz, con tal de que en ese país se reconozca la doctrina del interés nacional (art. 28.1 y 3). Este precepto cubre, pues, la incapacidad del propio nacional en el extranjero y deja al descubierto los contratos concluidos en el extranjero por un incapaz —sea nacional o extranjero—, cuando el D. i. pr. del lugar de contratación desconozca este correctivo de la ley personal.

d) *Regla de conflicto bilateral completa.*—Son reglas de conflicto bilaterales completas las de los países que, en su legislación conflictual cambiaria, no han introducido una reserva semejante a la del artículo 2.3 de las Convenciones de Ginebra sobre conflictos de leyes en materia de letra de cambio, pagaré a la orden y cheque (18).

Fuera del ámbito del Derecho conflictual cambiario, existen algunas reglas conflictuales de carácter bilateral y completas, como la del Código de Georgia (EE. UU.) de 1948, en que se admite la sustitución de la ley personal por la ley local en materia de capaci-

(17) El cap. IV, que trata de la tutela de los menores, fue introducido por una Ley de 1924.

(18) Checoslovaquia (ley de 1950 sobre letra de cambio, pagaré a la orden y cheque, 1.<sup>a</sup> secc., art. 91. 2 y 2.<sup>a</sup> secc., art. 69. 2), Grecia (ley de 1932 sobre letra de cambio y pagaré a la orden, art. 90. 2; ley de 1933 sobre el cheque, art. 70. 2), Japón (ley de 1932 sobre letra de cambio, art. 88. 2; ley de 1933 sobre el cheque, art. 76. 2), Panamá (C. co. de 1916, arts. 912. 2 y 917; obsérvese que es anterior a la Convención de Ginebra), Suiza (Código de las obligaciones,, arts. 1086. 2 1143. 21), Turquía (C. co. de 1926, arts. 601 2, 606 y 636), la U.R.S.S. (Reglamento de 1929 sobre el cheque, art. 36. 2), Venezuela (C. co. de 1919, art. 463. 2; anterior a las Convenciones de Ginebra), Yugoslavia (ley de 1946 sobre letra de cambio, art. 94. 2; ley de 1946 sobre cheque, art. 23. 15), etc.

dad contractual, al objeto de salvar la validez de los contratos, salvo que las circunstancias muestren un intento de defraudar al Derecho del foro o los contratos concluidos sean contrarios a su orden público (19). Mas recientemente el Código de la familia de 1972, en el que se contienen las reglas del D.i.pr. del Senegal, ha declarado la inoponibilidad de la incapacidad de una de las partes, establecida *ope legis* o mediante declaración judicial, contra un cocontratante extranjero —es decir, de otra nacionalidad—, que la haya ignorado, contratando sin imprudencia en un Estado cuya ley no admite esta incapacidad (art. 845. 2). Obsérvese, pues, la presencia de una regla bilateral perfecta, que sustituye la ley nacional por la local sin más requisitos que la buena fe del contratante capaz, la diversa nacionalidad de los contratantes y el carácter más favorable para la validez del contrato de la ley del Estado de conclusión del contrato, sea o no el del foro. En el terreno convencional, es también una norma bilateral completa la prevista por el Convenio sobre reconocimiento mutuo de las sociedades y personas morales firmado por los países miembros de la C.E.E. (Bruselas, 1968), cuyo artículo 7. 2 aplica, con redacción poco clara, la doctrina del interés nacional a las personas jurídicas.

A nivel de proyectos, también encontramos formulada la doctrina del interés nacional por reglas de conflicto bilaterales completas. Tal es el caso, en Francia, del primer proyecto de reforma del D.i.pr. (1948-1950), que disponía con toda claridad, después de señalar que el contrato celebrado en Francia por un extranjero, incapaz según la ley extranjera competente, pero capaz según la ley francesa, sería válido, cuando hubiera sido concluido sin imprudencia por una persona que ha ignorado esta incapacidad (art. 29. 1), que sería lo mismo para «el contrato celebrado en el extranjero por un francés, incapaz según la ley francesa, pero

(19) Este es un caso dudoso de regla bilateral completa. El texto completo de la norma dice así: «*Competencia de la lex loci para establecer la capacidad de celebrar un contrato.*—Hay casos en que personas que son capaces de celebrar un contrato según la ley del lugar de su celebración, pero no lo son según la ley de Georgia. En regla general la ley del lugar de la celebración del contrato es competente en un caso así, si las circunstancias no revelan un fraude a la ley de Georgia o si el contrato no es incompatible con el orden público de nuestra legislación». El centro de gravedad del problema reside en la interpretación que se le dé a la expresión *ley de Georgia*, referida solamente a la ley sustantiva o también a la conflictual de este Estado? Si la interpretación literal parece inclinar por la configuración de esta norma como una regla de conflicto bilateral incompleta, la interpretación sistemática y teleológica parece favorecer su consideración como una regla de conflicto bilateral completa. En cualquier caso, lo que interesa destacar es la apreciación de la doctrina del interés nacional en los contratos celebrados en el extranjero por los propios ciudadanos del foro. De admitirse la interpretación más restrictiva de este precepto, no se impediría su extensión analógica a los contratos celebrados en el extranjero por incapaz no ciudadano del foro.

capaz según la ley del país en que contrata» (art. 29.2) (20). Los proyectos que han seguido a éste, el de 1959 (art. V) y 1967 (artículo 2.291) no reproducen literalmente esta disposición: sin embargo sí que recogen otra semejante, en la que la referencia a las partes del contrato, en lugar de al nacional o al extranjero, ha de interpretarse en favor de una eventual bilateralización de la doctrina del interés nacional (21).

También en el orden convencional se constata la presencia de proyectos que dibujan la doctrina del interés nacional con perfiles bilaterales. Así, en primer lugar, el Tratado de 1951 sobre ley uniforme de D. i. pr. para los países del Benelux (art. 2.2) (22). La exposición de motivos que acompaña a este proyecto expresivamente declara que: «Si es razonable que los nacionales sean protegidos contra los extranjeros que invocan su incapacidad en virtud de su ley nacional, es igualmente razonable que los extranjeros sean protegidos contra los nacionales que invocan su incapacidad, cuando éstos últimos han obrado en un país que no conoce esta incapacidad». Por último, hay que señalar en un lugar privilegiado, tanto por el amplio espectro de países que forman parte de él, como por las posibilidades de que prospere, el proyecto de Convención de la C. E. E. sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales, cuyo artículo 20 prescinde por completo de toda referencia local o personal que pueda mermar la amplitud con que se reconoce la doctrina del interés nacional:

«Ninguna persona física puede invocar su incapacidad contra el que, en un acto jurídico, la haya de buena fe y sin imprudencia, conforme a la ley del lugar del acto, considerado como capaz» (23).

**B. Conclusiones.**—De esta panorámica del Derecho comparado pueden extraerse algunas conclusiones. Por lo pronto, resulta evidente que no tiene sentido plantearse de *lege lata*, sino a lo sumo

(20) *R. crit.*, 1950, p. 115.

(21) *R. crit.*, 1970, pp. 833 y 842. En este sentido, *ad. ex.*, FOYER, J.: «Le nouvel avant-projet de réforme du Droit international privé français», *Clunet*, 1971, pp. 41-42, entiende que: «El artículo 2.291 no hace más recoger la solución clásica, aunque raramente utilizada, adoptada por la célebre sentencia Lizardi, de la ignorancia excusable de una ley extranjera, pero en una redacción muy internacionalista, para responder a las críticas eventuales de chauvinismo».

(22) Las dos versiones posteriores, de noviembre de 1961 y julio de 1969, han respetado el texto que, en la primera, se daba al art. 2. 2. Las autoridades del Benelux han creído preferible, por diversas razones, dar un carpetazo a este proceso codificador. *Vid. Clunet*, 1978, pp. 328-329.

(23) *R. crit.*, 1973, p. 209. *Vid. LAGARDE*, P.: «Examen de l'avantprojet de convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé 1971-1973*, Paris, Dalloz, 1974, p. 158; *LANDO*, O.: «The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations», *RabelsZ.*, 1974, p. 54.

de *lege ferenda*, la posibilidad de bilateralizar la doctrina del interés nacional en los ordenamientos jurídicos del primer grupo de países que hemos señalado: la referencia expresa a su ley material junto con la exigencia de la producción de efectos en el foro impide totalmente su bilateralización, cosa que no ocurre con la sola referencia a la ley del foro —caso de los países del segundo grupo— o la exigencia de que el acto produzca efectos en el territorio del foro —supuesto asumido por la resolución del Instituto de Derecho Internacional adoptada en su sesión de Cambridge (1931)—. Tampoco tiene razón de ser en los sistemas del tercer y cuarto grupos; puesto que, en ellos, es un problema que ha sido resuelto generalmente sólo en favor de la bilateralización *ratione loci*. Son los ordenamientos jurídicos del segundo grupo los que tienen un mayor interés. Esto es así por varias razones: a) porque, en ellos, esta problemática sigue teniendo actualidad, al no haber sido resuelta; b) porque es la situación en la que se encuentra la mayoría de los ordenamientos jurídicos: la configuración de la doctrina del interés nacional como una regla de conflicto con una cláusula-país. Ahora bien, ¿es posible la bilateralización de este tipo de reglas de conflicto? La respuesta es afirmativa. Técnicamente sólo existen dos clases de reglas de conflicto que no sean susceptibles de bilateralización: las que constituyen un privilegio de nacionalidad y las que utilizan, como punto de conexión, un criterio opuesto al de los demás ordenamientos (24). Fuera de estos dos supuestos, en ninguno de los cuales tiene cabida la doctrina del interés nacional, la bilateralización es posible.

Este examen del Derecho comparado ha sido también útil para observar cómo no es un defecto inherente a la doctrina del interés nacional misma el favorecimiento del fraude a la ley personal. Se ha dicho que la doctrina del interés nacional y su bilateralización suponen el peligro de que un Estado vea cómo se defrauda su ley personal o se convierta en refugio de gente deseosa de defraudar a la ley personal de su Estado (25). Ciertamente este inconveniente es mayor en los ordenamientos jurídicos —como el español— en que la doctrina del interés nacional funciona con independencia de la buena o mala fe del contratante capaz, de la importancia económica del contrato o de que la nacionalidad de los contratantes sea la misma o distinta. Pero no es menos cierto que también cabe la posibilidad de que la exigencia de buena fe, de que los contratos a los que se aplique la doctrina del interés nacional sean los referidos a la satisfacción de las necesidades más urgentes y ordinarias de la vida, o de que los contratantes deban tener

(24) *Vid.* VAN HECKE, G.: «Principes...», p. 453.

(25) AUDINET, E.: *Principios de Derecho internacional privado*, T. I., trad. española de J. Moreno Barutell, Madrid, La España Moderna, s. f., página 287, censuraba a la doctrina del interés nacional el que cayese en el olvido de que aplicar a un extranjero su ley nacional es el mejor medio de asegurar a los franceses un trato de reciprocidad en el extranjero.

distinta nacionalidad son elementos configuradores de la regla de conflicto que disminuyen ese riesgo. En último extremo, siempre es posible recurrir a la excepción del fraude a la ley, entendida en un sentido amplio —puesto que el sujeto activo del fraude no cambia de punto de conexión y esto impide que haya fraude en sentido técnico—, como hace la legislación de Georgia, en Estados Unidos, y propone algún autor (26).

Por lo que respecta a la bilateralización *ratione personae*, hay que hacer constar un hecho y una explicación. El hecho es que sólo ha sido aceptada por la legislación cambiaria de algunos países, algunos tratados internacionales elaborados en el marco de grupos de países sujetos a un proceso de integración (Benelux, C. E. E.), la legislación del Estado de Georgia y algunos modernos sistemas de D. i. pr. como el portugués, el senegalés o los proyectos franceses. La explicación de esto hay que encontrarla en que, a las dificultades que se presentan en contra de la bilateralización *ratione loci*, se suman especiales dificultades, que exigen un tratamiento específico de la bilateralización *ratione personae*. En concreto, salvo que el legislador la autorice, esta bilateralización absoluta de la doctrina del interés nacional tropieza con dos escollos técnicamente insalvables: 1.º el principio de imperatividad del estatuto personal de los ciudadanos del foro; 2.º la imposibilidad, salvo autorización expresa del legislador, de que el término *extranjero* sea calificado *lege causae* y por tal no se entienda el *no nacional del foro*, sino la *persona no nacional del Estado de contratación o del lugar de emisión de la declaración*. Lo más probable es que ninguna jurisprudencia se atreva a realizar una interpretación correctora de ese término, mientras la imperatividad del estatuto personal de los propios ciudadanos sea uno de los pilares básicos de ciertos sistemas de D. i. pr., especialmente los que utilizan, como conexión para el estatuto personal, la nacionalidad.

### 3. ACTITUD DE LA DOCTRINA.

Aclarados los límites en los que la bilateralización es un tema a plantear y resolver, hay que preguntarse si es deseable. Es esta una cuestión que tiene dividida a la doctrina.

A. *Posición contraria a la bilateralización*.—Un sector doctrinal importante se limita a constatar el hecho de que tales disposiciones se refieren únicamente a los contratos celebrados en el territorio del propio Estado y, por consiguiente, la ley personal extranjera sólo puede ser excluida por la *lex fori* (27). En general,

(26) En este sentido, GUINAND, J.: *Les conflits...*, p. 67.

(27) Así, entre otros, CAPOTORTI, F.: «La capacité en droit international privé», *Recueil des Cours*, 1963-III, t. 110, p. 224; DICEY and MORRIS: *The Conflict of Laws*, 8.<sup>a</sup> ed., London, Stevens and Sons Limited, 1967, p. 747,

se aducen como razones: a) la imposibilidad de superar una interpretación literal de estos preceptos, en los que la voluntad del legislador aparece bastante clara (28); b) o el deber de interpretarlos restrictivamente, en cuanto que son disposiciones de carácter excepcional (29). En la doctrina alemana, se señaló que la remisión que hace que el artículo 7.1 EG BGB al Derecho extranjero incluye las normas conflictuales de éste, mientras que la remisión que hace el artículo 7.3 de este mismo cuerpo legal se refiere tan sólo a las normas materiales alemanas (30). Es comprensible que así sea; porque la consideración por este sector de la doctrina germánica de que la doctrina del interés nacional es un caso especial de orden público ha supuesto la aplicación de la doctrina de la *Inlandsbeziehung*: en las cláusulas especiales de reserva es la propia ley la que señala cuál es la conexión entre el supuesto de hecho y el foro, para que el orden público actúe. En el caso del artículo 7.3 EG BGB, sería que el contrato se hubiese concluido en Alemania. No habiendo nacido el contrato en el territorio del foro, no se podrá oponer a la ley nacional del extranjero incapaz la ley alemana (31). En Italia, esta cuestión surgió al hilo de la polémica de si el artículo 17.2 de las *preleggi* había sustituido o no y en qué términos al artículo 58 del Código de comercio. Bosco señaló que el artículo 17.2, aun cuando recogiese el espíritu del derogado artículo 58, supondría una disminución de su ámbito de aplicación. Mientras que el artículo 58 estaba formulado con una mayor generalidad, no excluía a ninguna relación obligatoria de carácter mercantil por el lugar de su conclusión, el artículo 17.2 suponía una disparidad de regímenes jurídicos para las obligaciones, según se concluyesen dentro o fuera de Italia (32.)

n. 52; MAKAROV, A. N.: *Grundiss des internationalen Privatrechts*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1970, pp. 110-111; NEUHAUS, P. H.: *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2.<sup>a</sup> ed., Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 139. GUINAND, J.: *Les conflits...*, p. 65, cita además a los alemanes RAAPE y WALKER y a los suizos BECK y CARASSO.

(28) *Vid.* BALLADORE PALLIERI, G.: *Diritto internazionale privato italiano*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 167.

(29) LEWALD, H.: «*Droit international privé de l'Allemagne (Conflits de lois)*», trad. francesa de Marcel Caleb, *Rép. LAPPRADELLE-NIBOYET*, VII, 1930, p. 322.

(30) *Vid.* PAGENSTECHER, M.: «*Zur Geschäftsfähigkeit...*», p. 197, n. 1.

(31) *Vid.* AGO, R.: *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1934, pp. 311-313. GOLDSCHMIDT, W.: *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado. Con especial consideración del de España y de la América Luso-Hispánica*, T. I, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 498, que ve en el art. 14. 4 C. c. argentino un supuesto *favor negotiorum patriae*, ha aplicado estas ideas al Derecho argentino y ha sostenido que dicho artículo no se refiere más que a los contratos concluidos o que deban ejecutarse en Argentina, sin que sea suficiente, para su aplicación, que los tribunales argentinos tengan competencia judicial internacional.

(32) BOSCO, G.: *Corso di diritto internazionale privato (Parte generale, diritto delle persone e diritto di famiglia)*, Firenze, Casa Editrice Poligrafica Universitaria, 1936, p. 186. Este autor, en un artículo suyo, aparecido

**B. Posición favorable.**—En el polo opuesto, se encuentran quienes creen que la bilateralización de la doctrina del interés nacional es un proceso técnicamente posible y que, por tanto, debe llevarse a cabo en la medida permitida por las leyes (33).

En favor de la bilateralización, pueden manejarse los siguientes argumentos:

1.<sup>º</sup> La doctrina del interés nacional ha sido y sigue siendo una elaboración jurisprudencial, legal y doctrinal creada para dar seguridad al tráfico jurídico externo, no para salvaguardar la soberanía legislativa de ningún Estado celoso de sus prerrogativas. Hay que prescindir de las concretas intenciones que tuvieron las personas físicas que redactaron tales preceptos y buscar la razón objetiva de la norma. Esta es la seguridad del tráfico, no la ampliación de la esfera de acción de la *lex fori*: el juez debe admitir una extensión analógica de esta norma, tratándose de contratos celebrados en el extranjero, cuando exista una misma *ratio iuris* (34).

2.<sup>º</sup> Una regla de conflicto unilateral es siempre una técnica normativa imperfecta, que, de no ser bilateralizada, se convierte

unos años antes, «Le norme di diritto internazionale privato nel progetto di codice civile italiano», *Riv. dir. civ.*, 1932, p. 212, propuso que se extendiese la aplicación de la doctrina del interés nacional a los contratos celebrados en el extranjero.

(33) *Ad. ex.*, GRAULICH, P.: *Principes de Droit international privé. Conflit de lois. Conflit de juridictions*, Paris, Librairie Dalloz, 1961, p. 77; REMIRO BROTONS, A.: «Art. 10. 8», pp. 353-355 y 358; VON OVERBECK, A. E.: «Persons», *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III (*Private International Law*), Chapter 15, 1972, p. 17.

(34) BETTI, E.: *Problematica del Diritto Internazionale*, Milano, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1956, pp. 347-349; DONNEDIEU DE VABRES, J.: *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois depuis le début du XXe siècle*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 688; MAURY, J.: *Derecho Internacional Privado*, trad. española de José M. Cajica Jr., Puebla, Pue., México, Editorial José M. Cajica Jr., 1949, p. 369. La antinomia entre interpretación literal o *contrario sensu* y la interpretación teleológica puede superarse, acudiendo a la analogía, la cual es admitida expresamente, entre otros ordenamientos jurídicos, tanto por el Derecho español (C. c., art. 4. 1) como por el italiano (*preleggi*, art. 12. 2). Sobre la analogía en general y datos de Derecho comparado, *vid.* FIGA FAURA, L.: «La analogía», *Ciclo de Conferencias sobre el nuevo Título preliminar del Código civil*, Barcelona, Ilustres Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, 1975, pp. 39-54 y TORRALBA, V.: 4. 1», *Comentarios a las Reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, I, Madrid, Editorial Tecnos, 1977, pp. 194-207. Si la interpretación analógica permite colmar una laguna, la interpretación objetiva permite independizar el sentido atribuible a un texto de la voluntad concreta de sus realizadores. Esto tiene importancia en el Derecho español; porque el Proyecto de 1965 restringía la doctrina del interés nacional a los contratos celebrados por español con extranjero incapaz, requisito éste, el de la españolidad de la parte capaz, que fue posteriormente abandonado, y porque la Ponencia defendió la Ley de Bases para la reforma del Tít. Prel. C. c., en el punto referente a la doctrina del interés nacional, como una «importante novedad en orden a la salvaguarda de la ley española», en palabras del ponente Rivas Guadilla.

en un imperativo jurídico que hiere los sentimientos de justicia. Buena prueba de que es una técnica imperfecta lo da el hecho de que la jurisprudencia de los diferentes países haya interpretado las reglas de conflicto unilaterales, bilateralizándolas (35). Una regla unilateral no bilateralizable —como ha dicho Batiffol a propósito del art. 2.3 de las Convenciones de Ginebra— «hiere fácilmente el sentido de la justicia en su acepción primera de la igualdad de tratamiento» (36). Una regla bilateral satisface mejor las exigencias de la seguridad jurídica (37) y posibilita su internacionalización (38). De otro modo, se llega a la inconsecuencia jurídica —que reprochaba Audinet a la doctrina del interés nacional— de que al contrato celebrado en el foro se le aplicase la ley personal o la ley del foro y al celebrado en el extranjero, la ley personal en todo caso (39).

3.<sup>º</sup> Por el momento, no es una regla de Derecho internacional general el llamado principio de igualdad de la ley extranjera y de la ley del foro (40). Pero es posible que, en un futuro no muy lejano,

(35) VALLINDAS, P. G.: «La structure de la règle de conflit», *Recueil des Cours*, 1960-III, t. 101, pág. 353.

(36) BATIFOL, H.: *Droit international privé*, T. I, 6.<sup>a</sup> ed., avec le concours de P. LAGARDE, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, p. 131, n. 17. Señala BALLARINO, T.: «Le norme costituzionale di egualanza e il diritto internazionale privato», en *Studi in onore di Manlio Udina*, II, Milano, 1975, p. 929, que, desde el punto de vista de los particulares, las normas bilaterales perfectas son las más idóneas para garantizarles la igualdad de trato, la no discriminación jurídica.

(37) VALLINDAS, P. G.: «La structure...», p. 354.

(38) *Ibidem*, pp. 371-372. Sobre la polémica entre unilateralistas y bilateralistas, es interesante, para una visión general, MIAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho Internacional Privado*, T. I, 7.<sup>a</sup> ed., Madrid, Ediciones Atlas, 1976, páginas 345-353. De entre los estudios más específicos, deben destacarse las aportaciones de GOTTHOT, P.: «Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé», *R. crit.*, 1971, pp. 1-36, 209-243, 415-450; REMIRO BROTONS, A.: «Regla de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado», *Temis*, 1973-1974, pp. 605-646; VALLINDAS, P. G.: «Les principes de la bilatéralité et de la possibilité d'internationalisation des règles du droit international privé», *R. hell.*, 1948, pp. 329-335. *Vid.* además la bibliografía indicada por PICONE, P.: *Norme di conflitto speciali per la valutazione dei presupposti di norme materiali. Gli artt. 27 e 84 del Code de la nationalité française*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene s.n.c., 1969, p. 123, n. 6.

(39) AUDINET, E.: *Principios...*, p. 286.

(40) Sobre el principio de igualdad entre la ley extranjera y la ley del foro, *vid.* ARIENS, W. H.: «Chauvinisme judiciaire», *N.I.L.R.*, 1962, p. 40; FERRER CORREIA, A. de A.: *El nuevo Derecho internacional privado portugués: algunos principios generales*, trad. española de Manuel Halfter, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1972, p., 30; MIAJA DE LA MUELA, A.: «Riflessioni sull'elaborazione di un nuovo sistema spagnolo di diritto internazionale privato e di diritto interregionale», *D.I.*, 1963, p. 319; SCHNITZER, A. F.: «L'égalité de la loi étrangère et de la loi interne dans les rapports internationaux», *R. hell.*, 1969, pp. 33-52; SZASZY (István), en ISLE: *Prospettive...*, pp. 447-449; VALLINDAS, P. G.: «La structure...», pp. 343-344; VITTA, E.: «Il principio dell'uguaglianza tra lex fori e diritto straniero. Con particolare riguardo al sistema italiano di diritto internazionale priva-

al menos a nivel regional, como una consecuencia del proceso europeo de integración supranacional, sí que pueda ser invocado como una regla de Derecho internacional público a título de norma convencional, consuetudinaria o de principio general de Derecho reconocido por estos Estados, y, en ese caso, aquellos Estados que conciban el interés nacional únicamente como un instrumento de ampliación de la esfera personal de aplicación de la *lex fori* —especialmente los Estados que, como Italia, se inspiran en un principio internacionalista de adaptación o incorporación automática a su ordenamiento interno del Derecho internacional general— tendrán que modificar legislativamente esta concepción o, sin modificar la norma en el orden legislativo, llevar a cabo una interpretación bilateral la jurisprudencia, si no quieren que esta normativa sea impugnada por anticonstitucionalidad o que se produzca la responsabilidad internacional del Estado (41). Mejor que modificar la legislación es sacar de ella el mayor provecho posible, interpretándola de manera que no sea contraria a las obligaciones internacionales del Estado (42). Parece, pues, más oportuno interpretar

---

to», estratto dalla *R. trim.*, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1964, 91 p.; WENGLER, W.: «Les conflits de lois et le principe d'égalité», *R. crit.*, 1963, *passim*. Recuérdese, a propósito de la influencia de los factores demográficos en la reglamentación del conflicto de leyes, la resolución del Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Siena (1952).

(41) La Constitución italiana (27-XII-1947) es prolífica en disposiciones referentes a materias internacionales: un total de 15. Los diversos grupos políticos que tuvieron un peso específico en el proceso constitucional quisieron, por razones ideológicas o coyunturales, que se abandonase el aislamiento nacionalista que caracterizó a la época del fascismo. *Vid.* CASSESE, A.: «Lo Stato e la comunità internazionale (gli ideali internazionalistici del costituente)», *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA. Principi fondamentali. Art. 1-12., Bologna, Nicola Zanichelli Editore, Roma, Soc. Ed. del Foro Italiano, 1975, pp. 461 y ss. El art. 10. 1 de la Constitución dispone que: «El ordenamiento jurídico italiano se conforma a las normas del Derecho internacional generalmente reconocidas». Esta es una norma en blanco, que se refiere no sólo al Derecho internacional general hoy vigente, sino también al futuro. Sobre este art., *vid.* *Id.*: «Art. 10», *ibidem*, pp. 485-564 y bibliografía allí señalada. Sobre el control de constitucionalidad y el D. i. pr., *vid.* VITTA, E.: *Diritto Internazionale Privato*, I, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1972, pp. 51-52, 235-240, 295-296 y bibliografía que señala en las pp. 254 y 301. Sobre la admisibilidad de la impugnación ante la *Corte Costituzionale* de normas jurídicas internas con rango legal contrarias al Derecho internacional adoptado por el Derecho del foro y los efectos *ex nunc* de la sentencia, *vid.* el último artículo de CASSESE citado, pp. 504-505. MIELE, M., en ISLE: *Prospettive...*, p. 368, ha lanzado la acusación de que el art. 17. 2 de las *preleggi* es anticonstitucional, contrario al art. 2 de la Constitución italiana, por discriminar al extranjero que contrata en Italia. Los estudios sobre este artículo de la Constitución no muestran la posibilidad de que, en él, se haga referencia alguna a la cuestión de la capacidad del extranjero. *Vid.*, por todos, BARBERÁ, A.: «Art. 2», *Commentario della Costituzione...*, pp. 50-122. Sobre el régimen de extranjería sancionado por la Constitución italiana, *vid.* el art. 10. 2 y su comentario a cargo de CASSESE, A.: «Art. 10», *ibidem*, pp. 508-526.

(42) CASSESE, A.: «Art. 10», *Commentario della Costituzione...*, p. 498. Entiende acertadamente que «si existen normas susceptibles de doble in-

estas normas bilateralmente desde ahora, que esperar a que, con el transcurso del tiempo, sea posible que, sin mutación en su formulación legal, se les dé una interpretación distinta. Así la interpretación de la doctrina del interés nacional ganaría uniformidad en el tiempo a al vez que en el espacio.

4.<sup>o</sup> La formulación unilateral de la doctrina del interés nacional es un factor perturbador de la armonía internacional de soluciones. Si un país no está dispuesto a bilateralizar esta doctrina, ni siquiera *ratione loci*, podrá producirse la situación de que aplique uno de sus jueces —tanto si conoce del asunto con competencia judicial directa como con competencia judicial indirecta— la ley personal a la capacidad de un extranjero que haya contratado en otro Estado, pese a que: a) no sea un nacional del Estado del foro o no esté domiciliado en él, pero tenga bienes suficientes para exigírselas en él su responsabilidad civil; b) tanto el Derecho conflictual del foro como el del lugar de contratación e, incluso, su propio sistema de D. i. pr. reconozcan la doctrina del interés nacional; c) y, de aplicársele la ley local, hubiera sido capaz. Caso, por ejemplo, del portugués declarado pródigo por un tribunal de su país, que tenga bienes en Italia y que haya concluido un contrato en Francia. Un tribunal francés, de haber mediado ignorancia excusable en la otra parte, le declararía capaz y el contrato válido; un tribunal portugués estaría dispuesto a admitir la bilateralización *ratione personae*; un tribunal italiano podría negarse a bilateralizar *ratione loci* la doctrina del interés nacional y, por consiguiente, considerar incapaz al portugués, al aplicarle la ley material portuguesa.

Estas son, pues, las razones que militan en favor de la bilateralización de la doctrina del interés nacional. Estas razones son comunes a la bilateralización *ratione loci* y *ratione personae*. Sin embargo, ésta presenta especiales dificultades, que exigen un tratamiento específico.

Son bastantes los autores que piensan que la bilateralización de la doctrina del interés nacional es, ante todo, una cuestión de coherencia. Si un Estado quiere ser coherente, tiene que admitir que, al igual que, concurriendo ciertas circunstancias, la ley local se sobrepone a la personal dentro del foro, fuera de él debe suceder lo mismo, incluso si el incapaz es un nacional y no un extranjero. De *lege ferenda*, son varios los autores que defienden esta solución (43). De *lege lata*, sin embargo, hay que decir que el estado actual del Derecho positivo no permite acogerla como regla general. El Derecho convencional cambiario pudo ser el inicio de una

---

interpretación, una conforme y la otra contraria a reglas internacionales, se debe preferir la primera interpretación». Es obvio que la incorporación automática del D. internacional general al Derecho interno refuerza el valor de esta observación.

(43) ARMINJON, P.: *Précis de Droit international privé commercial*, Paris, Librairie Dalloz, 1948, p. 39; GRAULICH, L.: «Quelques réflexions...», p. 652; MAYER, P.: *Droit...*, p. 376; NIBOYET, J. P.: *Traité...*, V, p. 529.

protección más uniforme de la seguridad del tráfico. Esta bilateralización total estaría justificada por la especial peligrosidad de las declaraciones que constan en títulos-valores. Pero los países que se niegan a admitir esta doctrina contra sus propios nacionales han truncado aquella esperanza (44). Como antes hemos visto, el estado del Derecho positivo y las razones que conducen a él son suficientemente expresivas.

C. *Solución intermedia: la teoría del reenvío condicionado* — Según una corriente de opinión doctrinal, en la que figuran los nombres prestigiosos del francés Arminjon, el italiano Betti y, sobre todo, los alemanes Kegel y Wolff, la doctrina del interés nacional no se limita a la protección del tráfico del foro (*Inlandsverkehr*), sino que también tutela el tráfico jurídico en el extranjero (*Auslandsverkehr*) (45). La conclusión a la que llegan estos autores es la de que el mejor modo de conciliar la imperatividad del estatuto personal de los ciudadanos del foro y la protección del tráfico jurídico es la de optar por una vía intermedia entre unilateralismo y bilateralización absoluta, que al mismo tiempo sea respetuosa del sistema conflictual vigente en el lugar de producción del acto jurídico. En consecuencia, será válido el contrato concluido por un *extranjero en el extranjero* siempre que su incapacidad no esté reconocida por la ley local y que además exista una norma semejante a la del foro en el lugar de contratación; pues, «de otro modo —dice Kegel— nuestros esfuerzos serían ilusorios» (46). Esta es una aplicación a la doctrina del interés nacional de la teoría alemana del *reenvío condicionado* (*bedingte Verweisung*) (47). El nuevo Derecho conflictual portugués —como antes se señaló— se ha hecho eco de esta solución e, incluso, ha ido más allá, puesto que literalmente permite la posibilidad de que se aprecie la ley local incluso contra un portugués incapaz que haya contratado en un país que no reconozca su causa de incapacidad.

Esta solución es preferible al unilateralismo de vía estrecha, pero deja, no obstante, mucho que desear. En primer lugar, no es aplicable en los países, cuyo sistema conflictual no admite en general el reenvío o sólo admite el reenvío de primer grado. En segundo lugar, atenta contra el principio de igualdad de la persona

(44) KEGEL, G.: *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, 3.<sup>a</sup> ed. revisada, München, C. H. Beck'Sche Verlagsbuchhandlung, 1971, p. 227; WOLFF, M.: *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 3.<sup>a</sup> ed., Berlin, Göttingen, Heidelberg, Springer-Verlag, 1954, pp. 104-105.

(45) ARMINJON, P.: *Précis...*, II, p. 98; BETTI, E.: *Problematica...*, p. 353; KEGEL, G.: *Das internationale Privatrecht im Einführungsgesetz zum BGB. Erläuterungen zu Art. 7-31 EGBGB*, 9.<sup>a</sup> ed., Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1961, p. 661; Id.: *Internationales...*, p. 166; WOLFF, M.: *Das internationale...*, p. 104.

(46) KEGEL, G.: *Das internationale...*, p. 661.

(47) KEGEL, G.: *Internationales...*, p. 159: «... si el Derecho de un Estado extranjero es designado bajo condición de que su D. i. pr. declare aplicable su Derecho privado material».

ante la ley; ya que, en supuestos idénticos, la solución de fondo puede ser distinta y deja al que ha contratado con el incapaz a expensas de lo que el legislador del lugar de celebración del contrato haya dispuesto en la materia.

### III. LA DETERMINACION DEL PUNTO DE CONEXION

Salvo en el caso de que el incapaz sea un nacional del foro, puede, pues, decirse que no hay inconvenientes serios a que la doctrina del interés nacional consista en la exclusión de la ley personal normalmente competente por la ley local, concurriendo los requisitos señalados por la ley. Ahora bien, ¿cuál es esa ley local? La bilateralización no es el único problema que presenta la ley supletoria de la personal. Existe también la dificultad de la concreta determinación de su punto de conexión: el lugar de celebración del contrato o de emisión de la declaración cambiaria.

#### 1. NEGOCIOS CAMBIARIOS Y CONTRATOS ENTRE PRESENTES.

El tratamiento jurídico que por parte de la doctrina del interés nacional reciben la letra de cambio y el cheque es el mismo que el de los contratos: será considerada capaz la persona que, habiendo emitido una declaración cambiaria, para la que no sea capaz con arreglo a su ley personal, vea desaparecer esa incapacidad, si se le aplica la ley del lugar de emisión. La concreción del lugar de emisión no planteará ningún problema, cuando figure en el título-valor —caso del libramiento de la letra de cambio—. Unicamente habrá que probarlo, cuando falte tal mención, sin que ello suponga la nulidad de la declaración misma. Cuando en un mismo título-valor haya varias declaraciones —la del librador, la del aceptante, la del avalista, la del endosante, etc.—, la capacidad necesaria para cada una de ellas será regulada por la ley personal de su autor o, en su caso, por la ley del lugar en que fue emitida, sea ésta o no la misma que la del lugar de emisión de la declaración principal —libramiento—. El régimen jurídico de los contratos es igual a estos efectos: inexistencia de medios privilegiados de prueba o de presunciones legales y consiguiente recurso a los medios ordinarios utilizados en la prueba.

En cualquier caso, trátese de títulos-valores o de contratos, el punto de conexión *lugar de emisión o contratación* debe calificarse según la *lex fori*. En el Derecho español, el contrato se concluye, a falta de una disposición acordada por las partes, en el lugar en que se hizo la oferta (C. c., art. 1.262.2).

## 2. CONTRATOS ENTRE AUSENTES.

Evidentemente la opción entre la *lex fori* y la *lex causae*, como criterios calificativos del punto de conexión, tiene relevancia, cuando se trata de contratos celebrados entre personas ausentes que se encuentran en distintos Estados al momento de la conclusión del contrato. Ahora bien, debe señalarse que: a) no toda la doctrina está de acuerdo en la posibilidad de que el correctivo del interés nacional se aplique a los contratos entre ausentes; b) y que la calificación del punto de conexión *lugar de contratación* tampoco es aceptada unánimemente con arreglo al criterio del foro. Veamos estas dos cuestiones.

A. *Aplicabilidad de la doctrina del interés nacional.*—En Alemania, la casi totalidad de la doctrina exige, como un requisito más para la aplicación del artículo 7.3 EG BGB, la presencia corporal del extranjero en Alemania: no basta con que el contrato haya sido concluido en Alemania, es preciso además que tanto la oferta como la aceptación, el oferente como el aceptante se encuentren en el territorio del foro (48). Tal exigencia supondría la exclusión de los contratos entre ausentes del foro del ámbito especial de aplicación de la doctrina del interés nacional.

En realidad, no es una exigencia expresa o tácita de la ley. Esta se limita a exigir, a lo sumo, que los contratos hayan sido concluidos (*vorgenommen*) en el foro y qué duda cabe de que en esta categoría pueden entrar los contratos entre ausentes, aparte de que, para la preservación de la seguridad del tráfico, «la no presencia del extranjero, siendo Alemania el lugar de conclusión del contrato, proporciona un motivo más fuerte» (49).

B. *Calificación del punto de conexión.*—El profesor Barile ha propuesto que los problemas que suscita la calificación del punto de conexión *lugar de conclusión del contrato* sean resueltos conforme a la *lex causae* (50). Evidentemente esta afirmación contempla el supuesto de contratos entre ausentes en los que los sujetos se encuentran en territorios pertenecientes a Estados distintos. Según este autor, hay que distinguir dos supuestos: 1.º Los ordenamientos directamente interesados están conformes en la determinación del lugar de conclusión del contrato, ya que mantienen una misma calificación. Pensemos, por ejemplo, en un contrato en que el oferente se encuentra en Londres y el aceptante en Nueva

(48) En este sentido, HABICHT, KEGEL, LEWALD, MEZGER, RAAPE, WALKER y WOLFF. FRANKENSTEIN era contrario a la exigencia de este requisito. *Vid.* GUINAND, J.: *Les conflits...*, p. 65, n. 75; KEGEL, G.: *Das internationale...*, p. 661; LEWALD, H.: *Droit...*, p. 322; PONTES DE MIRANDA, F. C.: «La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil», *Recueil des Cours*, 1932-I, t. 39, p. 613; WOLFF, M.: *Das internationale...*, p. 103.

(49) PONTES DE MIRANDA, F. C.: «La conception...», p. 613.

(50) BARILE, G.: *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1975, p. 151.

York. Gran Bretaña y Estados Unidos siguen la *teoría de la declaración*, según la cual el contrato se perfecciona cuando el aceptante manifiesta su voluntad conforme. En este caso concreto, por tanto, se habría perfeccionado en Nueva York. Sin embargo, en el ordenamiento italiano, se sigue la *teoría de la cognición*, por la que el contrato se concluye en el momento que el oferente se entera de que la otra parte ha aceptado. Por consiguiente, de conocer del asunto un juez italiano, «la consecuencia ilógica de tal solución —dice Barile— sería que, contra el principio de la uniformidad, la ley aplicable resultaría distinta de la que regularía la relación en Gran Bretaña y en los Estados Unidos» (51). 2º Cuando hay un conflicto de calificaciones entre los ordenamientos jurídicos del lugar donde estaban oferente y aceptante, debe resolverse de manera que sea preferido «el punto de conexión que mejor permita obtener una uniformidad sustancial» (52).

Realmente la adopción de la *lex causae* como criterio calificativo sólo sería posible si: a) el legislador la autorizase o, al menos, la jurisprudencia o la legislación no se decantases expresamente por la calificación *lege fori* (53); b) fuese imposible la calificación *lege fori*, como sucede, por ejemplo, con la atribución de nacionalidad extranjera, que, salvo en caso de doble nacionalidad, en que intervienen otros criterios, se resuelve *lege causae*; c) o se viese necesariamente privada de eficacia la decisión que tomase el juez, calificando con arreglo al Derecho del foro, como sucede cuando los bienes situados en el extranjero son muebles, según la calificación *lex fori* e inmuebles, conforme a la calificación *lege causae*, y se discute sobre ellos algún derecho real. La tesis de Barile sacrifica la armonía interna de soluciones a la armonía internacional de soluciones. Cualquiera que sea la calificación que adopte el juez —teoría de la declaración, de la cognición, etc.—, ésta deberá fundarse siempre en su Derecho interno y ser la misma para todos los casos análogos de que entienda y no calificar unas veces *lege fori* y otras *lege causae*.

---

(51) *Ibidem*, p. 152.

(52) *Ibidem*, p. 153. Las *Lezioni* de BARILE reproducen literalmente lo que dijo con anterioridad en «Collegamento (Criteri di)», en *Enciclopedia del Diritto*, VII, 1960, pp. 372-373.

(53) La jurisprudencia italiana ha sostenido la calificación *lege fori* del punto de conexión *lugar de celebración del contrato* y ha aplicado, por consiguiente, el art. 1.326. 1 del *Codice civile*. *Vid.* VITTA, E.: *Diritto...*, I, p. 324, n. 49. Para un desarrollo más amplio de la calificación de este punto de conexión, *vid.* SPERDUTI, G.: *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1967, pp. 56-64, el cual critica fuertemente la posición de BARILE, en p. 59.

#### IV. CONCLUSIONES

El legislador español desaprovechó la oportunidad que la reforma del título preliminar al C. c. le brindaba de imitar los modelos extranjeros más progresistas en materia de D. i. pr. Que haya seguido el ejemplo de la legislación italiana y, en general, de los sistemas de D. i. pr. más tradicionales en la formulación de la doctrina del interés nacional, en lugar de imitar ejemplos tan cercanos y actuales como el nuevo sistema conflictual portugués o el proyecto de Convención C. E. E. sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales, es comprensible y explicable en una codificación del D. i. pr. en que la voz de los especialistas en esta disciplina no estuvo presente.

La bilateralización *ratione loci* del artículo 10.8 C. c. —única viable en nuestro D. i. pr.— es una posibilidad que queda abierta a nuestra jurisprudencia y que ésta deberá utilizar. Mientras tanto, subsistirá la incertidumbre de saber si, llegado ese momento, nuestros jueces se atreverán a dar este paso o si, dejándose arrastrar por la ley del mínimo esfuerzo, se limitarán a una interpretación exclusivamente literal del precepto y, por consiguiente, restrictiva de su ámbito espacial de aplicación.

No hay razón legal ni de ningún tipo en nuestro Derecho para excluir del ámbito espacial de aplicación del artículo 10.8 los contratos entre personas ausentes que se encuentren en distintos Estados, como tampoco la hay para dejar de calificar el punto de conexión *lugar de celebración del contrato* con arreglo a la ley del foro (C. c., art. 1.262.2). Esta última solución se ve reforzada hoy por la acogida expresa que de la calificación *lege fori* hace el nuevo título preliminar C. c. (art. 12.1).

#### ADDENDA

Concluido el presente trabajo en diciembre de 1978, debe señalarse que, recientemente, el Derecho comparado en materia de interés nacional ha experimentado algunas variaciones:

a) Los esfuerzos codificadores de la C. E. E. han culminado en la firma de una Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 19 de junio de 1980), cuyo artículo 11 recoge, en términos bilaterales, la doctrina del interés nacional con la importante novedad de que excluye los contratos entre ausentes de su ámbito de aplicación, al exigir que los contratantes se encuentren en un mismo país (*Vid.* el texto de este precepto en la *R. D. I. P. P.*, 1980, p. 301).

b) En Suiza, un proyecto de ley federal sobre D. i. pr. (junio de 1978) ha formulado con carácter bilateral completo la doctrina del interés nacional en su artículo 34.1 (*Vid.* el texto del precepto en *R. crit.*, 1979, p. 194).



# Información Legislativa (\*)

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE AYMERICH

## I. DERECHO CIVIL

### 1. Parte General

#### 1. DERECHO FORAL DE GALICIA.

Se somete a referéndum el proyecto de Estatuto de Autonomía para Galicia, publicándose su texto íntegro. Real Decreto 2400/1980, de 7 noviembre («BOE» del 8).

Aunque el Estatuto de Autonomía no entre en vigor hasta su promulgación como Ley, en los términos que expresa el art. 151, p. 2, núm. 4 de la Constitución, parece oportuno reseñar a continuación los preceptos incluidos en el proyecto que afectan directamente al Derecho civil.

1. *Condición política autonómica:* A los efectos del Estatuto, gozan de la condición política de gallegos los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los Municipios de Galicia (art. 3, pág. 1).

2. *Derecho gallego:* Corresponde a la comunidad autónoma gallega la competencia exclusiva de las siguientes materias:

«4. Conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego.

5. Las normas procesales... que se deriven del específico Derecho gallego...» (art. 27).

3. *Aplicación del Derecho gallego:* En materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el Derecho propio de Galicia es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro (art. 38, pág. 1).

4. *Derecho supletorio:* A falta de Derecho propio de Galicia, será de aplicación supletoria el Derecho del Estado (art. 38, pág. 2).

5. *Fuentes del Derecho:* En la determinación de las fuentes del Derecho civil se respetarán por el Estado las normas del Derecho civil gallego (artículo 38, pág. 3).

---

\* Esta información comprende disposiciones aparecidas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el periodo 1 de octubre a 31 de diciembre de 1980.

## 2. PROCEDIMIENTO DE ELABORACION DE DISPOSICIONES LEGISLATIVAS.

Funciones del Ministerio de Justicia para la armonización de anteproyectos y promoción legislativa. Real Decreto 2363/1980, de 4 noviembre («BOE» del 6).

### A) Exposición.

1. *Función de armonizar anteproyectos de Ley:* Corresponde al Ministerio de Justicia, en relación con los elaborados por los Departamentos ministeriales, en materias de su competencia, para el desarrollo de la Constitución.

2. *Función de promoción legislativa:* Se mantiene por el mismo Ministerio en materia civil, penal, mercantil y procesal.

### B) Observaciones.

La función armonizadora, que se atribuye expresamente al Ministerio de Justicia, no supone, obviamente, privar a otros órganos, especialmente los consultivos del Gobierno, de su intervención en la elaboración de anteproyectos de Ley, ni de su deber de procurar ajustarlos al resto del ordenamiento jurídico.

Evidentemente la atribución de la función de promoción legislativa en materias determinadas no afecta a la pluralidad de formas de iniciativa legislativa recogidas en la Constitución (art. 87).

## 3. NACIONALIDAD.

Convenio entre España y Colombia. Convenio de 27 junio 1979, ratificado por Instrumento de 7 mayo 1980 («BOE» del 29 noviembre).

### A) Exposición.

1. *Ambito de aplicación:* Este Convenio entró en vigor el día 1 agosto 1980. Sus disposiciones podrán aplicarse a los españoles y colombianos que con anterioridad hayan adquirido la nacionalidad colombiana o española respectivamente (art. 7).

2. *Concepto básico de domicilio:* Se entiende por tal el constituido con la intención de establecer en él la residencia habitual. La prueba de su constitución en el territorio de la parte correspondiente es requisito indispensable para la adquisición o recuperación de la nacionalidad de que se trate (art. 3).

3. *Adquisición de nacionalidad:* Los españoles de origen podrán adquirir la nacionalidad colombiana y los colombianos por nacimiento la española cumpliendo las siguientes condiciones, siempre exigidas bajo el principio de reciprocidad:

1) Haber estado domiciliados en el territorio por un plazo no menor a dos años.

2) Reunir los requisitos que determine la legislación del país cuya nacionalidad se adquiera.

3) Inscribirse en los Registros pertinentes (art. 1).

4. *Recuperación de nacionalidad:* Se producirá con el cambio de domicilio de las personas acogidas al Convenio, cumpliendo los requisitos exigidos por la legislación respectiva (art. 2).

5. *Exclusión de la simultaneidad:* En ningún caso las personas acogidas al Convenio estarán simultáneamente sometidas a la legislación de ambas Partes. En el supuesto de doble nacionalidad se definirá la nacionalidad a la luz de la Ley del Estado en cuyo territorio se encuentre la persona interesada (art. 4).

6. *Traslado de domicilio a un tercer país:* Será aplicable la legislación determinada por el último domicilio que hubiera tenido la persona en el territorio de una de las Partes Contratantes.

7. *Evitación de los supuestos de apatridia:* Ninguna persona nacida en cualquiera de los dos países, de padres del otro, carecerá de nacionalidad, siendo considerada, a falta de criterio principal, nacional del Estado en cuyo territorio hubiese tenido su primer domicilio (art. 6).

#### B) *Observaciones.*

El mismo texto del Convenio expresa que no se trata de regular un sistema de doble nacionalidad, como el aludido por el artículo 11, p. 3, de la Constitución, sino de facilitar y simplificar la adquisición de las nacionalidades respectivas, con la finalidad básica de evitar la ausencia de nacionalidad (Preámbulo).

## 2. Derecho de obligaciones

### 4. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS.

Prórroga de los contratos que reúnan las condiciones que se señalan. Real Decreto-Ley 14/1980, de 10 de octubre («B.O.E.» del 16).

#### A) Exposición.

1. *Aplicación:* El presente Real Decreto-Ley entró en vigor el día siguiente a su publicación en el «B. O. E.».

2. *Ambito de aplicación:* Todos los contratos de arrendamientos rústicos que afecten a cultivadores directos y personales, cuyo plazo o prórroga venza antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos.

#### 3. *Régimen jurídico:*

a) Prórroga. Se entenderán prorrogados hasta el momento de entrada en vigor de la nueva Ley citada.

b) Situación posterior. Les será de aplicación lo que en la nueva Ley se establezca.

**B) Observaciones.**

Los Reales Decretos-Leyes 8/1975, de 10 julio, 22/1978, de 30 junio y 10/1979, de 16 junio, ya atendieron a la prórroga de ciertos arrendamientos rústicos, teniendo en cuenta la iniciación del proceso de elaboración de una nueva Ley, en sustitución de la vigente de 1935. El retraso en la tramitación parlamentaria de la nueva normativa constituye el fundamento del presente Real Decreto-Ley.

Además de la prórroga, se deben destacar dos aspectos relevantes:

1) El plazo de la prórroga no se encuentra limitado previamente más que por la vigencia de la Ley en trámite de elaboración.

2) La sumisión futura de los arrendamientos prorrogados a lo que disponga la nueva Ley se dispone con unos términos distintos a los utilizados por el Real Decreto-Ley 10/1979. Sin embargo debe entenderse que ambas normas tienen el mismo sentido, referible al derecho transitorio que rija la aplicación de la futura Ley, sin pretender imponer, desde ahora, una retroacción de la Ley a dichos contratos.

**5. ARRENDAMIENTOS URBANOS.**

Limitación de determinadas rentas. Ley 46/1980, de 1 octubre («B. O. E.» del 13).

**A) Exposición.**

1. *Aplicación:* La presente Ley entró en vigor el día siguiente a su publicación en el «B. O. E.».

**2. Contenido:**

a) Ambito temporal. Desde el 1 enero al 31 diciembre de 1980.

b) Objeto. La elevación de las rentas de los arrendamientos urbanos, viviendas y locales de negocio, en situación de prórroga legal, cuya cuantía sea modificada por disposición legal, determinación del Gobierno, revisión legalmente autorizada o pacto expreso de las partes.

c) Limitación. La elevación no podrá exceder del 80 por 100 de la variación porcentual experimentada en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de revisión por el índice nacional general del sistema de Indices de Precios al Consumo, que elabora el Instituto Nacional de Estadística.

d) Excepciones. La limitación no afectará a los incrementos procedentes por repercusión del coste de servicios de suministro, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a renta.

e) Reparaciones necesarias. Se modifica el art. 108 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en el sentido de elevar al 12 por 100 del capital invertido el importe repartible anualmente a los inquilinos y arrendatarios, sin que el aumento pueda exceder del 50 por 100 de la renta anual.

**6. Real Decreto-Ley 15/1980, de 12 diciembre («B. O. E.» del 15).****A) Exposición.**

1. *Aplicación:* El presente Real Decreto-Ley entró en vigor el día 1 enero 1981.

**2. Contenido:**

a) Ambito temporal. Desde el 1 enero hasta el 31 diciembre 1981.

b) Supuestos legales y limitaciones.

a') Arrendamientos urbanos de viviendas en situación de prórroga legal.

Sus rentas, cuya cuantía haya de ser modificada por disposición de Ley, determinación del Gobierno, revisión legalmente autorizada o pacto expreso de las partes, no podrán sufrir elevaciones que excedan del 90 por 100 de la variación porcentual experimentada en los doce meses anteriores a la fecha de revisión por el índice nacional general del sistema de Indices de Precios al Consumo, que elabora el I. N. E.

b') Arrendamientos de locales de negocio con cláusula de actualización. Sus rentas podrán ser revisadas en la forma pactada, pero las variaciones porcentuales para la revisión, en función del sistema de Indices de Precios al Consumo, se calcularán tomando como índice inicial el correspondiente a enero de 1980 o el posterior que proceda.

c) Excepciones:

1) La limitación no afectará a los incrementos que procedan por repercusión del coste de servicios de suministro, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a renta.

2) Transcurrido el plazo indicado en el apartado a), las rentas de arrendamientos urbanos de viviendas con cláusula de actualización podrán ser revisadas en la forma pactada. En estos casos la renta base para la aplicación de los incrementos será la exigible en 1981, en virtud de las limitaciones legales y las variaciones porcentuales fijadas en función del sistema de Indices de Precios al Consumo, se calcularán tomando como índice inicial el correspondiente a enero de 1981 o el posterior que proceda.

d) Reparaciones necesarias. En tanto no se disponga lo contrario, continuará vigente la modificación de los porcentajes establecidos en el artículo 108 de la L. A. U., operada por la Ley 46/1980, para todos los arrendamientos urbanos.

**B) Observaciones.**

1. Las disposiciones anteriores se suman a las que, desde 1973 han venido periódicamente a limitar las rentas arrendaticias, por considerarse que tienen «una más honda repercusión en la política de precios y rentas» (Exp. de Mot. del Real Decreto-Ley); concretamente las más recientes han sido los Reales Decretos-Leyes 21/1979, de 29 diciembre; 49/1978, de 26 diciembre; 3/1978, de 4 enero, y 17/1976, de 8 octubre (art. 8).

2. La Ley 46/1980, resultante de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 21/1979, al que deroga, repite literalmente el contenido de éste.

3. El Real Decreto-Ley 15/1980 introduce novedades importantes respecto a las anteriores disposiciones:

a) Liberaliza la revisión de las rentas en los arrendamientos de locales de negocio, aunque la remisión el artículo 1 p. 2, para los supuestos en que exista cláusula de estabilización, da lugar a confusión.

b) Supera el alcance temporalmente limitado de sus disposiciones al hacer permanente la modificación del artículo 108 de la LAU, operada por la Ley 46/1980.

### **3. Derechos reales**

#### **7. LIMITES LEGALES DEL DOMINIO.**

Extensión del dominio público marítimo. Se determina su alcance con el desarrollo reglamentario de la Ley 55/1969, de 26 abril, reguladora de los Puertos Deportivos. Real Decreto 2486/1980, de 26 septiembre («BOE» del 15 noviembre).

##### **A) Exposición.**

1. *Disposición general. Respeto a las playas:* En ningún caso podrá restarse al uso público una parte de una playa para la construcción de un puerto deportivo, a no ser que sea restituida artificialmente, mediante obras específicas incorporadas a las propias del puerto o mediante obras complementarias (art. 10, pág. 2).

2. *Terrenos ganados al mar. Concreción del concepto:* No tendrán dicha condición los terrenos situados sobre la superficie que constituyan la zona marítimo-terrestre y las playas antes de la realización de las obras, ni los ganados al mar mediante procesos naturales, aun cuando fuesen provocados por medios artificiales (art. 30, pág. 4).

3. *Propiedad privada del concesionario sobre los terrenos ganados al mar. Limitaciones:* No podrán acogerse a este derecho los terrenos que formen parte de la zona de servicio del puerto, la nueva zona marítimo-terrestre que resulte, las nuevas playas que se formen, ni los accesos a la zona marítimo-terrestre y a las playas (art. 30, págs. 2 y 3).

##### **B) Observaciones.**

Además de la Ley de Puertos Deportivos, que se reglamenta, es preciso relacionar la presente disposición con la Ley de Costas, 28/1969, de 26 abril y su Reglamento, de 23 mayo 1980, que contienen el régimen más detallado sobre los bienes de dominio público marítimo (playas, zona marítimo-terrestre, mar territorial y su lecho y subsuelo) y su régimen de uso.

El Reglamento reseñado expresa, en los preceptos transcritos, la naturaleza pública de las playas y zona marítimo-terrestre, que no fue establecida en forma absoluta por la Ley de Costas, pero ha sido tajantemente declarada por la Constitución (art. 132, pág. 2).

#### **8. LIMITES LEGALES DEL DOMINIO.**

Facultades dominicales sobre el subsuelo. Se modifica la Ley de Minas, de 21 julio 1973. Ley 54/1980, de 5 noviembre («BOE» del 21).

##### **A) Exposición.**

*Clasificación de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos. Sección D:* Quedan excluidos de la sección C) del art. 3 de la Ley de Minas

y pasan a constituir una nueva sección, denominada D), los carbones, los minerales radiactivos, los recursos geotérmicos, las rocas bituminosas y cualesquiera otros yacimientos minerales o recursos geológicos de interés energético que el Gobierno acuerde incluir en esta sección (art. 1, p. 1).

#### B) Observaciones.

Debe recordarse que el art. 2 de la Ley de Minas establece que todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental son bienes de dominio público. La naturaleza pública de todos los recursos mineros supone una restricción casi total de las facultades dominicales sobre el subsuelo, a que se refiere el art. 350 del Código civil.

### 9. PROPIEDADES ESPECIALES.

Régimen jurídico de los Montes vecinales en mano común. Ley 55/1980, de 11 noviembre («BOE» del 21).

#### A) Exposición.

1. *Ambito de aplicación. Concepto de monte vecinal en mano común:* Se rigen por esta Ley los montes de naturaleza especial que, con independencia de su origen, pertenezcan a agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales y no como entidades administrativas, y vengan aprovechándose consuetudinariamente, en mano común, por los miembros de aquéllas, en su condición de vecinos (art. 1).

*Competencias de las Comunidades Autónomas:* Esta Ley no afecta a lo que dispongan los Estatutos de Autonomía en esta materia (disp. adic.).

2. *Naturaleza de los montes vecinales en mano común:* Son bienes indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables, no estarán sujetos a contribución alguna de base territorial y su titularidad dominical corresponde, sin asignación de cuotas, a los vecinos integrantes, en cada momento, del grupo comunitario de que se trate (art. 2).

3. *Funciones de la comunidad titular del monte:* La administración, disfrute y disposición de los montes corresponde, exclusivamente, a la comunidad propietaria, que tendrá capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines, incluido el ejercicio de las acciones necesarias.

4. *Régimen especial del arrendamiento de los montes:* Se regirán por el Código civil, pero el período contractual no podrá exceder de quince años y las mejoras que realice el arrendatario quedarán de propiedad de la comunidad vecinal al terminar el plazo, sin compensación alguna (art. 5).

5. *Clasificación de los montes. Competencia:* Los Jurados de Montes Vecinales en Mano Común ejercerán su competencia para conocer de las cuestiones que se promuevan sobre su clasificación (art. 9).

6. *Efectos de la clasificación del Jurado:* Atribuye la propiedad del monte a la comunidad vecinal, en tanto no exista sentencia firme en contra, pronunciada por la Jurisdicción Ordinaria (art. 13).

*7. Acceso de los montes al Registro de la Propiedad:* La clasificación del monte como vecinal en mano común servirá de título inmatriculador, debiendo reunir las certificaciones que se expidan los requisitos del artículo 206 de la Ley Hipotecaria y estarán exentas de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

**8. Derecho transitorio:**

a) Eficacia especial de las resoluciones de los Jurados Provinciales: Rectificarán las inmatriculaciones contradictorias del Registro de la Propiedad durante el plazo de cinco años a partir de su firmeza, salvo que se hayan practicado en virtud de sentencia dictada en juicio declarativo (disp. transit. 1.<sup>a</sup>).

b) Régimen de los negocios jurídicos realizados sin intervención de la comunidad titular del monte, antes de la entrada en vigor de esta Ley o de la clasificación: Se distinguen los siguientes supuestos:

1) Ocupaciones o servidumbres concedidas por la Administración del Estado sobre montes catalogados o por la Administración Local sobre bienes considerados comunales o de propios, que subsisten, con subrogación de la comunidad titular en la posición del concedente.

2) Consorcios o convenios otorgados por la Administración Forestal, que podrán, a elección de la comunidad titular, mantenerse, resolverse o transformarse.

3) Los demás negocios «son inexistentes en Derecho» (disp. final 3.<sup>a</sup>).

**B) Observaciones.**

La presente Ley deroga expresamente a la anterior sobre esta materia, 52/1968, de 27 julio. Su Reglamento, de 26 febrero 1970, será aplicable transitoriamente, en cuanto no esté en contradicción con la nueva Ley (disp. derogat. y disp. trans. 5.<sup>a</sup>).

El régimen transitorio, reseñado, no es de fácil comprensión. La eficacia de las resoluciones de los Jurados para rectificar inmatriculaciones registrales se limita a un plazo contado a partir de su firmeza, con lo que desaparece toda cuestión posible de Derecho transitorio, para establecerse una regla general que fija dicha eficacia en forma contraria al propio artículo 13, número 3, de la Ley.

Por otra parte, la disposición final 3.<sup>a</sup>, realmente transitoria, a pesar de su ubicación, contiene en su letra c) una tajante declaración de «inexistencia» de negocios jurídicos que supone desconocer el significado técnico de tal tipo de ineficacia.

## **II. DERECHO REGISTRAL**

### **10. REGISTRO CIVIL.**

Agilización de la tramitación de las inscripciones de nacimiento fuera de plazo. Circular de la D. G. R. y N. de 29 octubre 1980 («B. O. E.» del 20 noviembre).

**A) Exposición.**

1. *Regla general:* La inscripción fuera de plazo es posible en cualquier momento, siempre que se acredite que no hay previa inscripción.

2. *Aplicación de la normativa del Registro Civil:* Se encarece a los Jueces encargados el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 55, 59, 60 y 101 de la Ley de 8 junio 1957, 2, 169, 191, 198, 209, 210, 213, 312 a 315, 347, 348, 352, 372 y 376 del Reglamento de 14 noviembre 1958 y en la Instrucción de 26 marzo 1963.

3. *Intervención de Asociaciones y Organismos en los expedientes:* Tanto para la iniciación del expediente como para fijar el lugar y fecha del alumbramiento, pueden admitirse la solicitud e informaciones que presenten Asociaciones u Organismos reconocidos legalmente que asuman la defensa de los intereses de las personas no inscritas en el Registro Civil (regla 9.º).

**B) Observaciones.**

El único objeto de esta Circular es impulsar la inscripción en el Registro Civil de los miembros de sectores sociales marginados, como es la comunidad gitana, para facilitar su plena integración en la sociedad.

**11. REGISTRO CIVIL.**

Consignación de la condición política automática, como mención de identidad. Circulares de la D. G. R. y N. de 6 y 26 noviembre 1980 («B. O. E.» del 12 y 28, respectivamente).

**A) Exposición.**

1. *Nacionalidad. Significado:* La mención «nacionalidad» en el Registro Civil hará referencia al carácter de español o extranjero del interesado.

2. *Condición política autonómica. Constancia en el Registro Civil:* En las actuaciones del Registro Civil constará, si el interesado lo pidiere, entre las menciones de identidad, su condición política autonómica, derivada de su vecindad administrativa que, a este efecto, se hará constar en los libros y modelos oficiales.

**B) Observaciones.**

La segunda de las Circulares indicadas se dicta «completando y preciando» la anterior, aunque se advierten, entre ambas, divergencias sustanciales de criterio.

Ambas Circulares parten de la existencia de un nuevo dato identificador de la persona, como consecuencia de la organización de las Comunidades Autónomas, según su pertenencia a las mismas. Pero mientras la primera engloba la «regionalidad autonómica» como uno de los posibles significados del término «nacionalidad», la segunda separa, de ésta, la condición autonómica, derivada de la vecindad administrativa, que es el dato que se hará constar en el Registro (v. los arts. 7 del Estatuto del País Vasco, 6 del catalán y 3 del Proyecto para Galicia).

El reiterado uso del calificativo «política», aplicado a la condición auto-

nómica, parece llevar implícita una negación a su naturaleza de estado civil, criterio que se ratifica al considerarla como una mera proyección de la vecindad administrativa.

### **III. DERECHO MERCANTIL**

#### **12. NAVEGACION AEREA.**

Indemnización optativa para pasajeros de servicios aéreos regulares a quienes se niegue el embarque. Real Decreto 1961/1980, de 13 de junio («BOE» de 3 de octubre).

##### **A) Exposición.**

1. *Ambito de aplicación:* El sistema regulado por esta disposición se aplicará en relación con todos los servicios aéreos regulares, nacionales e internacionales, que se efectúen desde cualquier punto del territorio español, por Compañías aéreas españolas o extranjeras (art. 2).

Este Decreto entrará en vigor el día 1.<sup>o</sup> de abril de 1981 (art. 11) sin perjuicio de la potestativa aplicación de sus reglas por las Compañías aéreas con anterioridad (disp. transit.).

##### **2. Principios generales:**

a) El sistema de indemnización se establece a favor de los pasajeros de servicios aéreos regulares no admitidos al embarque en el vuelo contratado por falta de asientos.

b) Este sistema es opcional para los pasajeros que, si no lo utilizan, conservan su derecho a ejercitar las acciones correspondientes ante la jurisdicción ordinaria. Por el contrario, la aceptación de la indemnización implica la renuncia a cualquier derecho del pasajero a reclamar a la Compañía por daños y perjuicios derivados de la no admisión al embarque (art. 5, pág. 2).

c) Pagada la indemnización, el billete seguirá vigente a todos los efectos derivados del contrato de transporte.

d) No se limita, en absoluto, la posibilidad de que la Compañía aérea y el viajero acuerden libremente la renuncia de éste a su plaza, con la oportuna compensación.

##### **3. Régimen jurídico:**

a) Circunstancias requeridas para que sea exigible la indemnización:

1) Haber comprado su billete para un vuelo a la Compañía aérea o a un agente suyo y haber sido confirmada la plaza.

2) Presentarse el pasajero a facturar y recoger la tarjeta de embarque en el lugar y hora fijados por la Compañía negándosele el embarque.

3) No haberse ofrecido por la Compañía o sus representantes al viajero un transporte sustitutivo del vuelo reservado, con llegada al punto de des-

tino dentro de un plazo de dos, cuatro o seis horas (según su situación geográfica) subsiguientes a la del vuelo reservado.

b) Eficacia de la oferta de transporte sustitutivo. El régimen es distinto según la naturaleza del transporte ofrecido:

1) Tratándose de transporte aéreo regular, la simple oferta, aunque sea rechazada por el viajero, libera a la Compañía de la obligación de indemnizar, incluso cuando deba utilizarse algún medio de transporte complementario.

2) Si el servicio ofrecido no es regular, la Compañía sólo queda relevada de su obligación de indemnizar cuando sea aceptado por el viajero.

c) Cuantía de la indemnización. Forma de calcularla. La indemnización abonable al viajero se determina de modo distinto según la modalidad de transporte contratado:

1) Cuando el billete haya sido expedido con arreglo a tarifas públicas aprobadas se le abonará el 50 por 100 de su importe e igual porcentaje de los vuelos de conexión de que sea titular el pasajero.

2. Cuando se trate de transporte con precio determinado a prorrata o viajes «todo comprendido» alcanzará al 25 por 100 de la tarifa normal económica aplicable a los vuelos correspondientes.

3) Las indemnizaciones calculadas en aplicación de las reglas expuestas quedarán limitadas a la cantidad máxima de 15.000 pesetas, abonándose siempre en esta moneda.

4) Aparte de esta indemnización la Compañía aérea sufragará los gastos normales en que incurra el pasajero durante la espera (art. 4).

5) La indemnización deberá pagarse al viajero, si la reclama, en el momento de producirse la negativa al embarque.

d) Causas excluyentes de la indemnización:

1) Requisa gubernamental, total o parcial, de la capacidad en asientos del avión.

2) Utilización de avión de menor capacidad por razones técnicas, operativas y de seguridad.

3) Negativa del pasajero a someterse a controles de seguridad o a obedecer instrucciones de la Compañía.

4) Requisa del embarque hecho por la Compañía conforme a las condiciones del transporte aprobadas por la Administración.

5) Oferta al pasajero de una plaza en el mismo avión, aunque distinta de la especificada en el billete (art. 6).

4. *Publicidad:* El Decreto regula además la comunicación a los viajeros del régimen de indemnización y a la Administración del funcionamiento del mismo, remitiendo las posibles infracciones al régimen sancionatorio previsto en la Ley de Navegación Aérea, de 21 de julio de 1960.

#### B) Observaciones.

1. La Ley de Navegación Aérea, de 21 de julio de 1960, contiene las normas básicas sobre el transporte aéreo de viajeros (capítulo XII, sección 1.º),

pero carece de toda previsión relativa a los supuestos objetos del presente Real Decreto. Por consiguiente, la nueva regulación viene a suponer una extensión de los principios que informan aquella Ley a la responsabilidad derivada de la negativa al embarque de un pasajero en el vuelo contratado de un servicio aéreo regular.

El carácter optativo, para el viajero, del sistema simplificado y tasado de indemnización salva las posibles dudas que hace surgir su establecimiento reglamentario.

2. Del régimen concreto de la indemnización debe destacarse su limitación a una cantidad máxima de 15.000 pesetas, cuya exigüidad podrá restringir la aplicación del nuevo sistema, sobre todo teniendo en cuenta los constantes incrementos de las tarifas.

### 13. CONSEJOS DE ADMINISTRACION DE SOCIEDADES O JUNTAS QUE HAGAN SUS VECES.

Limitación de determinadas rentas a sus miembros. Ley 46/1980, de 1 de octubre («BOE» del 13).

#### A) Exposición.

1. *Alcance temporal:* La limitación rige durante el año 1980, entrando en vigor la Ley al día siguiente a su publicación en el «BOE» (art. 3 y disposición final).

2. *Régimen jurídico:* Se prorroga la vigencia del art. 6 del Real Decreto-Ley 18/1976, de 8 de octubre, por el que se limita la distribución de participaciones en los beneficios a favor de los Consejeros de Administración o de las Juntas que hagan sus veces.

### 14. Real Decreto-Ley 15/1980, de 12 diciembre («B. O. E.» del 15).

#### A) Exposición.

1. *Alcance temporal:* La limitación regirá durante el año 1981, entrando en vigor el Real Decreto-Ley el día 1 de enero de este año.

2. *Régimen jurídico:* Se prorroga la vigencia del art. 6 del Real Decreto-Ley 18/1976, de 8 de octubre.

3. *Contabilización:* El importe de las participaciones en beneficios retenidas por las Sociedades o Empresas como consecuencia de las prohibiciones de distribución establecidas en los Decretos-Leyes de limitación de rentas y en la Ley 46/1980 deberá pasar a la cuenta de Resultados de la respectiva Sociedad o Empresa para el ejercicio económico de 1980.

#### B) Observaciones.

1. El art. 6 del Real Decreto-Ley 18/1976, de 8 de octubre, estableció:

«1) Durante el año 1977 las sociedades o empresas no podrán distribuir participaciones en los beneficios a favor de los Consejos de Administración o de las Juntas que hagan sus veces, que excedan en cuantía absoluta de

la cifra repartida en el año 1976, cualquiera que sea el ejercicio económico a que se imputen y el número de personas con derecho a participación.

2) El incumplimiento de la norma comprendida en el apartado anterior será sancionado por el Ministerio de Hacienda con una multa igual al 80 por 100 de la distribución que resulte ilegal, sin perjuicio de la tributación que proceda.»

2. La contabilización de los beneficios no distribuidos como consecuencia de la prohibición legal en la cuenta de Resultados de la Sociedad o Empresa para el ejercicio 1980, origina, de interpretarse literalmente, un supuesto claro de doble imposición, que excede de la finalidad perseguida por esta disposición.

## 15. CONTRATO DE SEGURO.

Régimen jurídico general y específico para sus distintas clases. Ley 50/1980, de 8 de octubre («BOE» del 17).

### A) Exposición.

#### a) *Ambito de aplicación.*

1) Vigencia y efecto derogatorio: Esta Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el «BOE», fecha en que quedarán derogados los arts. 1.791 a 1.797 del Código civil, arts. 380 a 438 del Código de comercio y cuantas disposiciones se opongan a ella. Permanecerá vigente la Ley 10/1970, de 4 de julio, sobre el Seguro de Crédito a la Exportación (disp. final).

2) Aplicación retroactiva: Los contratos de seguro celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley se adaptarán a ella en el plazo máximo de dos años, quedando sometidos a sus preceptos (disp. transit.).

#### b) *Disposiciones generales sobre el contrato de seguro.*

1) Concepto: El asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta, u otras prestaciones convenidas (art. 1).

2) Naturaleza de la Ley: Sus disposiciones tienen carácter imperativo, siendo aplicables en defecto de Ley específica para cada modalidad de seguro, a no ser que las cláusulas contractuales sean más beneficiosas para el asegurado (art. 2).

3) Requisitos de las condiciones generales: Deberán ser incluidas en la proposición, póliza o documento complementario, redactadas de forma clara y precisa, destacándose las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán aceptarlas específicamente por escrito.

Se encuentran sujetas a la vigilancia administrativa.

4) Nulidad de las condiciones generales: «Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los ase-

guradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas (art. 3).

5) Requisitos del contrato de seguro:

1. Personales. El tomador del seguro podrá contratarlo por cuenta propia o ajena (art. 7).
2. Reales. Será nulo el contrato si en el momento de su conclusión no existe el riesgo o ha ocurrido el siniestro (art. 4).
3. Formales. El contrato, sus modificaciones o adiciones deberán formalizarse por escrito, conteniendo la póliza las indicaciones que precisa la Ley. La póliza podrá ser nominativa, a la orden o al portador (arts. 5, 8 y 9).

6) Celebración del contrato. Efectos anticipados:

- La solicitud de seguro no vincula al solicitante.
- La proposición del asegurador le vincula por un plazo de quince días.
- El tomador tiene el deber de declarar al asegurador todas las circunstancias influyentes en la valoración del riesgo. El incumplimiento es causa para que el asegurador rescinda el contrato e incluso para que quede librado, si concurre culpa grave o dolo del tomador y sobreviene el siniestro.

7) Efectos del contrato:

1. Deberes del tomador: comunicar las circunstancias que agraven o disminuyan el riesgo (pueden determinar la modificación o rescisión del contrato, arts. 11 a 13); pagar la prima (su omisión causa la suspensión o extinción del contrato, arts. 14 ó 15); comunicar el acaecimiento del siniestro (art. 16); aminorar las consecuencias del siniestro (art. 17).

2. Deberes del asegurador: satisfacer la indemnización o prestación fijada en el contrato, salvo que el siniestro se haya producido por mala fe del asegurado. La falta de pago o reparación en el plazo de tres meses, sin justificación suficiente da lugar a que la indemnización se incremente en un 20 por 100 anual (arts. 18 a 21).

3. Duración del contrato: no podrá fijarse en la póliza un plazo superior a diez años, aunque será admisible la prórroga del contrato por período no superior a un año cada vez (art. 22).

4. Prescripción de acciones: el plazo será de dos años para el seguro de daños y cinco para el de personas (art. 23).

5. Juez competente: el del domicilio del asegurado, siendo nulo todo pacto en contrario (art. 24).

c) *Seguro contra daños.*

- 1) Interés asegurado: Su concurrencia es necesaria para la validez del contrato, constituyendo el límite del daño producido por el siniestro al asegurado. La situación de infraseguro dará lugar, si se produce el siniestro, a la aplicación de la regla proporcional (arts. 25 a 31).

- 2) Concurrencia de seguros: Determina la concurrencia de los aseguradores el pago de la indemnización (arts. 32 y 33).

- 3) Transmisión del objeto asegurado: El adquirente se subroga en los derechos y obligaciones del anterior titular, respondiendo ambos solidaria-

mente del pago de las cuotas vencidas en el momento de la transmisión. El contrato podrá ser rescindido, salvo cuando esté documentado en pólizas a la orden o al portador (arts. 34 a 36).

4) Causas de rescisión: Además de las señaladas anteriormente, la muerte, suspensión de pagos, quita y espera, quiebra o concurso del tomador o del asegurado (art. 37).

5) Producción del siniestro. Valoración de los daños: A falta de acuerdo entre las Partes, se realizará por medio de Peritos. La demora en el pago de la indemnización y su reclamación judicial hacen recaer sobre el asegurador la obligación de abonar, además, un 20 por 100 anual o los gastos procesales originados al asegurado (arts. 38 y 39).

6) Afección de la indemnización: El derecho de los acreedores hipotecarios, pignoraticios o privilegiados sobre bienes especialmente afectos se extenderá a las indemnizaciones que correspondan al propietario por razón de los bienes hipotecados, pignorados o afectados de privilegio, si el siniestro acaeciere después de la constitución de la garantía real o del nacimiento del privilegio (art. 40).

7) Subrogación del asegurador: Una vez pagada la indemnización podrá ejercitarse los derechos y acciones del asegurado frente a las personas responsables del siniestro y hasta el límite de la indemnización (art. 43).

8) Riesgos excluidos: El seguro no cubrirá, salvo pacto en contrario; los daños ocasionados por guerra, civil o internacional, motín o tumulto popular, terrorismo, terremotos e inundaciones (art. 44).

9) Seguro de incendios: El asegurador indemnizará todos los daños causados por la acción directa del fuego o que sean consecuencia inevitable del incendio, cuando éste se origine por caso fortuito, malquerencia de extraños, negligencia del asegurado o de las personas de quienes responda civilmente (arts. 45 a 49).

10) Seguro contra el robo: La indemnización del asegurador comprenderá el valor del interés asegurado y los daños derivados de la sustracción ilegítima por terceros de las cosas aseguradas (arts. 50 a 53).

11) Seguro de transportes terrestres: Cubre los daños materiales que puedan sufrir, con ocasión o consecuencia del transporte, las mercancías, el medio utilizado u otros objetos asegurados (arts. 54 a 62).

12) Seguro de lucro cesante: Puede celebrarse como contrato autónomo o añadirse como pacto, para cubrir la pérdida de rendimiento económico que hubiera podido lograrse con una actividad de no haberse producido el siniestro (arts. 63 a 67).

13) Seguro de caución: Es esencial que todo pago hecho por el asegurador deba serle reembolsado por el tomador (art. 68).

14) Seguro de crédito: Garantiza al asegurado frente a las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores (arts. 69 a 72).

15) Seguro de responsabilidad civil: Cubre el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños o perjuicios causados.

El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle la indemnización, sin perjuicio del derecho de éste a repetir contra el asegurado cuando el daño o perjuicio del tercero sea debido a su conducta dolosa (arts. 73 a 76).

16) Reaseguro: Constituye un contrato independiente de los seguros concertados por el reasegurado, que no resultan afectados por su existencia, salvo en caso de liquidación de asegurador (arts. 77 a 79).

d) *Seguro de personas.*

1) Personas y riesgos asegurables: Podrá celebrarse el seguro con referencia a una persona o a un grupo delimitado, comprendiendo todos los riesgos que puedan afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado (arts. 80 y 81).

2) Exclusión de la subrogación: El asegurador no puede subrogarse en los derechos del asegurado contra un tercero como consecuencia del siniestro, salvo respecto a los gastos de asistencia sanitaria (art. 82).

3) Seguro sobre la vida: Puede estipularse sobre la propia vida, sobre la de un tercero, para caso de muerte, de supervivencia o ambos conjuntamente.

a) Consentimiento del asegurado: Será preciso en los seguros para caso de muerte si es persona distinta del tomador (art. 83).

b) Determinación del beneficiario: Corresponde realizarla al tomador, incluso genéricamente y en favor de varias personas, ya sea en la póliza, en posterior declaración o en testamento, que podrá revocar la designación.

Si falta la designación del beneficiario, el capital del seguro formará parte del patrimonio del tomador (arts. 84 a 87).

c) Abono de la indemnización: Debe realizarse al beneficiario, sin perjuicio del posible reembolso del importe de las primas abonadas por el tomador en fraude a sus herederos y acreedores (art. 88).

d) Supuestos especiales: La muerte del asegurado causada dolosamente por el beneficiario priva a éste del derecho a la prestación. El suicidio del asegurado quedará cubierto a partir de un año desde la conclusión del contrato (arts. 92 y 93).

e) Derechos del tomador: Se regularán en la póliza los derechos de rescate y reducción y concesión de anticipos al tomador, así como la reducción automática en caso de falta de pago de las primas. El tomador podrá igualmente ceder o pignorar la póliza, comunicándolo fehacientemente al asegurador (arts. 94 a 99).

4) Seguro de accidentes: Sin perjuicio de las reglas contenidas en la póliza, se entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado que produzca invalidez o muerte (arts. 100 a 104).

5) Seguros de enfermedad y asistencia sanitaria: El asegurador se obliga, en las condiciones pactadas, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica, cuando se produzca el siniestro (artículos 105 y 106).

**B) Observaciones:**

1. La reclamación de una Ley especial reguladora del contrato de seguro era general en la doctrina mercantilista, fundándose en la complejidad de las relaciones jurídicas originadas por este contrato, la relevancia social de su régimen jurídico y, sobre todo, la obsolescencia de las disposiciones contenidas en el Código de comercio. Esta nueva Ley, extensa y minuciosa, ha venido a dar satisfacción a tales reclamaciones, aunque los criterios adoptados, en ocasiones, puedan ser objeto de críticas.

2. La regulación dedicada a las condiciones generales de los contratos expresa claramente el criterio tutelar de los asegurados, que se refleja posteriormente a lo largo de la Ley. Sin embargo, no parece que tal criterio baste para imponer la extensión de los efectos de la declaración judicial de nulidad de alguna de sus cláusulas, según establece el art. 3, pár. 3.º. Tampoco resulta fácil advertir la operatividad del sistema empleado, que requiere la mediación de la Administración para obligar a los aseguradores a modificar las cláusulas de las pólizas, sin que se exprese por la norma la participación que a los asegurados corresponda en estas actuaciones.

3. La nueva Ley, como anteriormente el Código de comercio, utiliza incorrectamente el concepto de rescisión del contrato, al extenderlo a verdaderos supuestos de resolución (arts. 10, 12, 35). En otros casos se alude a la impugnación del contrato por el asegurador, sin calificar el tipo de ineeficacia de que se trata (arts. 89, 90) o, en fin, se alude correctamente a su resolución (arts. 13 y 15).

4. Carece de precedentes, en la materia, la extensión del derecho de los acreedores privilegiados sobre las indemnizaciones debidas en razón de los bienes afectos (art. 40), acercando el régimen del privilegio al de los derechos reales de garantía (v. art. 110, núm. 2, de la Ley Hipotecaria).

5. También en relación con los créditos privilegiados debe resaltarse la calificación, como tales, de los ostentados por los asegurados, sobre el saldo resultante de reaseguros, en caso de liquidación de su asegurador.

6. En general, la Ley contiene la primera normativa, de este rango, de algunas clases de seguros (lucro cesante, caución, crédito, responsabilidad civil) y numerosos cambios sustanciales respecto a la regulación vigente (por ejemplo: nulidad del contrato, art. 381; concurrencia de seguros, artículo 399; reaseguro, art. 400; rescisión para accidentes ulteriores, art. 414; suicidio, art. 423, todos del Código de comercio).

**16. SOCIEDADES DE GARANTIA RECIPROCA.**

Regula la prestación y régimen del aval del Estado a los créditos concertados por dichas Sociedades. Real Decreto 2278/1980, de 24 de octubre («BOE» del 25).

NOTA.—Las Sociedades de Garantía Recíproca se encuentran reguladas especialmente por el Real Decreto 1885/1978, de 26 de julio.

## V. OTRAS DISPOSICIONES

### 17. FINANCIACION DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

Regulación del régimen financiero de las Autonomías, en desarrollo de la previsión contenida en el artículo 157, p. 3, de la Constitución. Ley Orgánica 8/1980, de 22 septiembre («B. O. E.» del 1 octubre).

Conforme a esta Ley, las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de las competencias que de acuerdo con la Constitución, les atribuyan las leyes y sus respectivos Estatutos.

Los recursos de las Comunidades Autónomas estarán constituidos por:

- a) Ingresos patrimoniales y demás de Derecho privado.
- b) Tributos que establezcan las propias Comunidades, que no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por el Estado.
- c) Tributos cedidos, total o parcialmente, por el Estado, cuyo producto corresponde a la Comunidad Autónoma.
- d) Recargos sobre los impuestos del Estado.
- e) Participaciones en los ingresos del Estado.
- f) Producto de las operaciones de crédito.
- g) Producto de las multas y sanciones en el ámbito de su competencia.

### 18. AREA METROPOLITANA DE MADRID.

Revisión de su Plan General. Real Decreto-Ley 11/1980, de 26 septiembre («B. O. E.» del 2 octubre).

Establece el procedimiento y distribuye las competencias para la revisión del Plan General vigente, aprobado por Decreto de 26 diciembre 1963. La revisión se realizará mediante la elaboración de los Planes Generales de Ordenación correspondientes a cada uno de los municipios que integran el Área Metropolitana, con sujeción a las directrices que debe aprobar la Comisión de Planeamiento y Coordinación.

### 19. ACTUACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE VIVIENDA Y SUELO.

Real Decreto-Ley 12/1980, de 26 septiembre («B. O. E.» del 3 octubre).

Se persigue reactivar el sector de la construcción y coordinar los programas de actuación del sector público en materia de vivienda. Para ello: 1) extiende el ámbito de las actuaciones objeto de protección oficial, así como el régimen de beneficios fiscales atribuidos a las viviendas de protección oficial; y 2) crea el organismo autónomo Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda, en el que se refunden los Institutos Nacionales de la Vivienda y de Urbanización y la Administración del Patrimonio Social Urbano.

## 20. CONTRATOS DE TRABAJO TEMPORAL.

Desarrolla y aplica la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto 2303/1980, de 17 octubre («B. O. E.» del 29).

1. *Ambito temporal:* El régimen jurídico de los contratos temporales celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del presente Real Decreto será el regulado por las disposiciones vigentes al tiempo en que se hubiesen concertado (disp. trans).

El presente Decreto entró en vigor el día siguiente a su publicación en el «B. O. E.».

2. *Contenido:* Son objeto de regulación detallada los contratos para obra o servicio determinado, los eventuales por circunstancias de la producción, los de interinidad y los relativos a trabajos fijos y periódicos de carácter discontinuo. Estas modalidades contractuales fueron recogidas en el artículo 15 p. 1 del Estatuto de los trabajadores, aprobado por la Ley 8/1980, de 10 marzo.

## 21. CONTROL DE CAMBIOS.

Se reglamenta el régimen de la intervención administrativa en la materia, desarrollando la Ley 40/1979, de 10 diciembre. Real Decreto 2402/1980, de 10 octubre («B. O. E.» del 8 noviembre).

La disposición enumera las operaciones de cambio que requieren autorización administrativa previa, así como las que resultan autorizadas de forma general; concreta la condición de residente en España, a efectos del control de cambios y regula las sanciones administrativas imponibles en caso de contravención.

Las disposiciones finales y el Anexo al Real Decreto señalan las normas derogadas sobre la materia y las que se encuentran vigentes.

## 22. REGIMEN DISCIPLINARIO DEPORTIVO.

Se establecen las reglas generales para el ejercicio de la potestad disciplinaria en esta materia. Real Decreto 2690/1980, de 17 octubre («B. O. E.» del 16 diciembre).

Esta norma desarrolla los principios fundamentales recogidos en el capítulo V de la Ley 13/1980, de 31 marzo, General de la Cultura Física y del Deporte.

El régimen disciplinario regulado se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que puedan incurrir los deportistas, directivos, técnicos y afiliados a Federaciones o Asociaciones deportivas.

## 23. PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL EJERCICIO 1981.

Ley 74/1980, de 29 diciembre («B. O. E.» de 30 y 31).

Además de aprobar los Presupuestos del Estado, la Ley contiene una serie de modificaciones tributarias, generalmente limitadas para el año 1981.

Tales modificaciones afectan a los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas, Extraordinario sobre el Patrimonio de las mismas, sobre Sociedades, sobre el Lujo, Tráfico de las Empresas, Especial sobre el Petróleo, Tasas y Tributos parafiscales, Licencias fiscales y Contribución Territorial Urbana.

#### **24. REFERENDUM AUTONOMICO.**

Modificación de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 enero, reguladora de las distintas modalidades de referéndum. Ley Orgánica 12/1980, de 16 diciembre («B. O. E.» del 24).

##### **A) Exposición.**

1. *Ambito de aplicación:* Esta Ley entró en vigor el día siguiente a su publicación en el «B. O. E.».

Es de aplicación a los referéndum de ratificación de la iniciativa autonómica celebrados con anterioridad a su entrada en vigor y desde la vigencia de la Constitución.

2. *Contenido:* Se modifica el artículo 8, p. 4, de la Ley Orgánica citada, añadiéndole dos nuevos párrafos:

«Ello no obstante, la iniciativa autonómica prevista en el artículo 151 se entenderá ratificada en las provincias en las que se hubiese obtenido la mayoría de votos afirmativos previstos en el párrafo (en realidad, apartado) anterior, siempre y cuando los votos afirmativos hayan alcanzado la mayoría absoluta del censo de electores en el conjunto del ámbito territorial que pretenda acceder al autogobierno.

Previa solicitud de la mayoría de los Diputados y Senadores de la provincia o provincias en las que no se hubiese obtenido la ratificación de la iniciativa, las Cortes Generales, mediante Ley Orgánica podrán sustituir la iniciativa autonómica prevista en el artículo 151, siempre que concurran los requisitos previstos en el párrafo anterior.»

##### **B) Observaciones.**

El anterior artículo 8, p. 4, se limitaba a expresar: «Celebrado el referéndum, si no llegase a obtenerse la ratificación por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de cada provincia, no podrá reiterarse la iniciativa hasta transcurridos cinco años».

Para la comprensión del confuso procedimiento que se introduce mediante esta Ley Orgánica, que hace surgir un nuevo supuesto de este tipo de leyes, no encajable fácilmente entre los previstos por el artículo 144 de la Constitución, es preciso tener en cuenta su finalidad inmediata, plasmada en la Ley Orgánica 13/1980, de la misma fecha, por la que se sustituye la iniciativa autonómica en la provincia de Almería.

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de  
CHICO ORTIZ, José María  
Registrador de la Propiedad

*Rectificación de inexactitud registral por error contenido en el título inscrito acerca del nombre y apellidos de la esposa del comprador: Practicada la inscripción de la compra, conforme al artículo 95-1 del Reglamento Hipotecario, a favor del comprador y de quien éste declara ser su esposa, para rectificar el error sufrido y que el Registro publique la cotitularidad de la verdadera esposa basta presentar escritura de aclaración otorgada por quien dice ser cónyuge del comprador, acompañada de la certificación del matrimonio expedida por el Registro Civil. (Resolución de 5 de mayo de 1978. "Boletín Oficial del Estado" de 14 de junio.)*

**Hechos.**—Doña María de los Remedios Morales Gómez, mayor de edad, viuda, con domicilio en Madrid, otorgó escritura de aclaración de otra de compraventa autorizada por el Notario de Madrid don Roberto Blanquer Uberos el día 17 de febrero de 1977, en la que expuso que contrajo matrimonio canónico con don Alfonso Castaño López, el día 12 de diciembre de 1912, según consta en el Registro Civil del distrito de la Inclusa, de Madrid (Sección 2.<sup>a</sup>, Tomo 45, página 98), y resulta de la certificación que exhibe. Por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Germán Pérez Olivares, el 7 de agosto de 1963, don Alfonso Castaño López adquirió, por compraventa a doña María del Milagro Madariaga y Céspedes, un piso vivienda en la planta 2.<sup>a</sup> de la casa número 11 (hoy número 28) de la calle de Ríos Rosas, de Madrid, que se describe a continuación, compareciendo don Alfonso Castaño como casado con doña Misericordia Alfonso Zurdo, funcionario y vecina de Madrid, con domicilio en la calle de Ríos Rosas, 25. La anterior escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Madrid, en la demarcación del actual número 6, el día 17 de enero de 1964, quedando inscrito el piso referido en dominio a favor de los esposos don Alfonso Castaño López y doña Misericordia Alfonso Zurdo, conjuntamente y para su sociedad conyugal, sin haber alegado la naturaleza del dinero invertido por la compra que él hizo. La otorgante de la escritura de aclaración deja establecido como verdadero que el estado civil de don Alfonso Castaño López era el de casado con doña María de los Remedios Morales Gómez, para lo cual acompaña certificación de matrimonio del Registro Civil correspondiente, y solicita que se extienda el asiento que proceda para publicar como titular registral, conforme al artículo 95 del Reglamento Hipotecario, a doña María de los Remedios Morales Gómez como cónyuge del adquirente.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Denegada la inscripción

del precedente documento porque para practicar el asiento solicitado es preciso el consentimiento del titular registral o resolución judicial, conforme a los artículos 40 d), y concordantes de la Ley Hipotecaria; la carencia de este requisito constituye falta insubsanable e impediría la anotación preventiva, la que no se ha solicitado".

El Notario autorizante de la escritura de aclaración interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación alegando, entre otras razones, que ha de distinguirse entre los datos registrales sobre el estado civil, que son extraños a la legitimación registral, y la titularidad de los derechos, que sí está amparada por el principio de legitimación; que en el caso que nos ocupa no puede aplicarse el artículo 40 d), de la Ley Hipotecaria, porque la materia sobre que recae el error del título inscrito, y que se subsana mediante el presentado, no está comprendida en la materia amparada por la publicidad registral y protegida por la salvaguardia de los Tribunales, sino que está comprendida en la materia amparada por el Registro Civil; que ha de admitirse que sólo la parte de asiento referente al adquirente es la que, congruentemente con los artículos 1.<sup>º</sup>, 3.<sup>º</sup> y 9.<sup>º</sup>, párrafo 8.<sup>º</sup>, de la Ley Hipotecaria, está protegida por la publicidad registral al estar amparada en la autenticidad del título, no gozando en cambio de autenticidad ni de publicidad la inscripción a nombre de ambos esposos, que solamente expresa un juicio del Registrador con base reglamentaria y no legal; que el artículo 40, d), es de aplicación en el campo propio de la publicidad registral, esto es, cuando la inexactitud o defecto del título afecta al acto o contrato en cuanto se refiere a los derechos inscribibles; que en cuanto a los sujetos sólo es aplicable dicho artículo en lo referente a su identidad, materia amparada por la autenticidad, pero no a las otras circunstancias de los sujetos que debe mencionar la comparecencia de la escritura; y que en apoyo de esta tesis cabe citar las Resoluciones de 8 de mayo de 1954, 29 de septiembre de 1967 y 17 de febrero de 1969.

El Registrador informó que parece que el recurrente interpreta las palabras del párrafo 3.<sup>º</sup> del artículo 1.<sup>º</sup> en el sentido de que sólo los derechos inscribibles constituyen la materia que está bajo la salvaguardia de los Tribunales, pero hay que recalcar que dicho párrafo pone bajo la salvaguardia de los Tribunales a los asientos en cuanto a todo lo que se refiera a los derechos inscribibles, sin excluir la titularidad referida a los derechos, determinando que los asientos producen sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley; que por eso el artículo 40, párrafo 2.<sup>º</sup>, dispone que cuando haya de solicitarse judicialmente la rectificación se dirigirá la demanda contra todos aquéllos a quienes el asiento que se trata de rectificar conceda algún derecho, es decir, los titulares o cotitulares registrales, por lo que el Registrador no tiene facultades para producir el cambio de titularidad, en virtud de la simple petición de quien no tiene ningún derecho según el Registro, que, por otra parte, ha de tenerse en cuenta que doña María de los Remedios Morales manifiesta en la escritura que es viuda, sin haberse acreditado el fallecimiento del señor Castañeira; que el recurrente distingue entre datos registrales sobre el estado civil, que son extraños a la legitimación registral, la titularidad de los derechos que sí está am-

parada por el principio de legitimación, pero que esta distinción es inoperante en el presente recurso, pues no se impugna ni se discute el estado civil de los cotitulares registrales, que es el de casado; que lo que ahora interesa es que doña Misericordia Alfonso Zurdo es cotitular registral y, por tanto, a todos los efectos legales, conforme al artículo 38, se presume que le pertenece como tal cotitular el dominio de la finca; que si el Registro fuera inexacto en cuanto al estado civil de cualquiera de los cotitulares, o en cuanto a la relación entre ellos, la inexactitud podría ser rectificada con el consentimiento de los titulares registrales, y si no consintieran se estaría en presencia de una contienda entre partes, para cuya resolución no tiene competencia el Registrador, sino la jurisdicción ordinaria, conforme a nuestro ordenamiento jurídico y en concreto el artículo 40 de la Ley Hipotecaria; que la nota no afirma ni niega que realmente el matrimonio del señor Castañeira con doña Remedios Morales perdurara ni que haya existido un segundo matrimonio con doña Misericordia, sino que la nota sólo reconoce la existencia de una titularidad y aplica las normas legales consiguientes de la legislación hipotecaria; que resulta que el matrimonio del señor Castañeira con doña Misericordia pudo existir y ser legítimo, y que en el caso de que fuera ilegítimo pudo producir efectos civiles a tenor del artículo 69.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario.

Y la Dirección General revoca el auto apelado y la nota del Registrador, basándose en los siguientes Considerandos:

*Doctrina.*—“Que practicada conjuntamente una inscripción a favor del comprador y de la persona que éste declaró ser su esposa, al amparo de la regla 1.<sup>a</sup> del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, sin atribución de cuotas para la sociedad conyugal, la cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si puede rectificarse el asiento realizado, en virtud de una escritura de aclaración otorgada por quien dice ser cónyuge del comprador acompañada de la certificación del matrimonio expedida por el Registro Civil, o si, por el contrario, ha de requerirse el consentimiento del titular registral o, en su defecto, resolución judicial, de acuerdo con el artículo 40, d), de la Ley Hipotecaria”.

“Que, como ya ha declarado este Centro directivo en recientes Resoluciones, el obligado cumplimiento por parte de los Registradores de la Propiedad del mandato contenido en la regla 1.<sup>a</sup> del artículo 95 del Reglamento Hipotecario trae como consecuencia que el Registro publique la titularidad de una persona que no ha sido parte en el acto o contrato de adquisición, y sin que, por tanto, su personalidad haya sido cubierta por la fe pública del Notario que autorizó la escritura, con lo que se produce una situación un tanto excepcional de discordancia entre el título y la inscripción, por la sola declaración del comprador o adquirente, situación que no parece se hubiera pretendido introducir por el legislador en el Decreto de 1959, cuando al modificarse por la Ley de 1958 el artículo 1.413 del Código civil hubo necesidad de adaptar las normas hipotecarias a la nueva situación creada, que exigía el consentimiento de la

mujer para los actos de disposición de inmuebles que hasta entonces podía realizar sólo el marido".

"Que a consecuencia de lo expuesto pueden producirse situaciones como la del presente caso, en donde tiene lugar un conflicto entre dos legitimaciones, derivada una de la inscripción del inmueble a favor de sus titulares registrales y la otra del propio Registro Civil que constituye la prueba de los hechos inscritos —artículo 2.<sup>o</sup> de la Ley de 8 de junio de 1957—, relativos al estado civil de las personas, y en el que la primera expresa como cónyuge del adquirente a alguien distinto de lo que la segunda publica."

"Que cada una de estas instituciones tiene su campo propio de actuación, y de la misma manera que en el Registro de la Propiedad, en base a los artículos 1.<sup>o</sup>, 38 y 97 de la Ley Hipotecaria, se presume propietario del inmueble a la persona que aparezca con este carácter en los libros registrales, y a quien quiera negar esta cualidad le corresponde la carga de la prueba; igualmente en el Registro Civil, y en base al artículo 2.<sup>o</sup> de la Ley que lo regula, el que asevera el estado de casado de una persona le basta con demostrar el hecho del matrimonio mediante la correspondiente certificación registral, y es quien niegue la existencia de esta situación el que deberá probar el hecho extintivo del matrimonio, pues mientras en el Registro no se haga constar la posible sentencia de nulidad o separación, o por otro medio se prueba aquella circunstancia, prevalecerá el contenido de las actas del Registro con la subsistencia del matrimonio."

"Que teniendo en cuenta, por tanto, que de una parte los datos registrales sobre capacidad y estado civil son extraños a la legitimación registral, y que sobre unos datos no exactos sobre esta materia se practicó el asiento erróneo que quedaría perpetuado por una aplicación extensiva de los preceptos de la Ley Hipotecaria con mengua de una materia que está amparada por la fe del Registro Civil y que, como ha declarado en diversas ocasiones este Centro, cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es procedente la aplicación del artículo 40, d), de la Ley Hipotecaria, pues bastará para hacerla la petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren el error producido."

*Consideraciones críticas.*—El supuesto que plantea y la solución que brinda la Resolución que vamos a comentar viene a marcar una nueva línea en la trayectoria que la Dirección General tenía establecida. En los tres casos que últimamente se le presentan a la Dirección General en los tres se aparta del camino habitual y llega a una solución que hace años se hubiera considerado contraria a la norma jurídica. Podría adelantar, sin embargo, que el criterio de la Dirección puede tener una base en el gran deseo de agilizar unos términos legales que no se acomodan a los diferentes casos que la realidad ofrece y que necesitan de una "puesta al día". La flexibilidad de esta interpretación y el criterio progresivo suponen un gran peso específico a la hora de la valoración crítica de la solución.

He de aclarar algo que ya dije en otro comentario mío publicado en estas mismas páginas de la Revista a la Resolución de 10 de marzo de 1978 (A.D.C., Tomo XXXIII, Fascículo III, año 1980). La doctrina de la Dirección es diferente a la que a partir de la legislación de 1944-46 se estableció, pero resulta congruente con la anterior a dicha legislación, ya que en ella se decía que si los errores padecidos en un título inscribible pueden ser probados plenamente a través de documentos auténticos, que por su naturaleza sean independientes de la voluntad de las partes, bastará la presentación de los mismos para la extensión del asiento a favor del interesado. Es decir, se hace caso omiso de esos cauces legales que marcan los artículos 82 y 40 de la Ley Hipotecaria arropados en su justificación por el principio de la "salvaguardia de los Tribunales" a que se refiere el artículo 1, 3.<sup>º</sup> de la misma Ley.

Y yo decía, que el tema es amplio, peligroso y de muy delicada aplicación. Es un problema no de laguna de Ley, pues la ley bien claramente dice lo que debe hacerse, sino de interpretación retroactiva de una norma no vigente. Y en esa línea de purezas legales las normas derogadas sólo deben de tener aplicación a hechos o casos que se dieron, pero no solucionaron, cuando todavía tenían vigencia. Por ello, creo que el argumento está falso de base jurídica. Habría que haber buscado otros menos jurídicos, pero más convincentes, para abrir brecha en esa protección judicial que significa la "salvaguardia de los Tribunales" a que se refiere el artículo primero (principio que la Dirección General respeta e invoca con mucha frecuencia).

Claro que en mi comentario a esa Resolución y el caso que se plantea en éste hay diferencias; allí jugaba un matrimonio de un rumano y unas alteraciones de régimen económico, así como unas manifestaciones contradictorias, mientras que aquí el enfoque que se le da al caso es el enfrentamiento de dos instituciones con objeto de publicidades distintas: el Registro Civil, que hace referencia al estado de las personas y el Registro de la Propiedad, que publica titularidades sobre bienes inmuebles y se hace prevalecer, como no podía ser menos, a los pronunciamientos del Registro Civil, pues lo que se discutía era un estado civil y el nombre de una persona. El supuesto es distinto del que supondría una discordancia entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, pongo por ejemplo, pues ahí es evidente que por mucho dato físico que aporte el Catastro, debe prevalecer siempre lo que el Registro publica. Se me ocurre preguntar, ¿serviría la certificación catastral para rectificar los datos físicos de una finca inscrita en el Registro, no protegidos por la fe pública, y sin consentimiento del titular registral? Habrá que esperar a que entre en funcionamiento el Real Decreto de 3 de mayo de 1980 en el que pudiera encontrarse una solución viable para esa necesaria coordinación.

El caso planteado de una inscripción a favor de una persona y su esposa, que luego resulta no serlo por aparecer viva y legítima la de verdad, ofrece a mí entender dos comentarios: forma de rectificar el error registral y manera de evitar esos errores.

A) *Forma de rectificación.*—A mi entender la nota del Registrador era correctísima y está basada en una legislación vigente, distinta de la anterior, y en un criterio unitario seguido por la Dirección General en las Resoluciones de 8 de mayo de 1954, 29 de septiembre de 1967 y 17 de febrero de 1969. El caso entraba de lleno en el apartado d) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria y expresamente en esa frase que se utiliza por el legislador “y en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente”, se necesitará el consentimiento del titular. Me inclino a centrar la inexactitud en esas causas genéricas porque el título ni era falso, ni nulo, ni contenía defecto, ni contenía error, pues el Notario al redactarlo se conformó con las manifestaciones que se le hacían en materia de datos personales (pues su dación de fe no cubre esos datos) y sí investigó los antecedentes de la titulación de la finca comprada, de obligado cumplimiento en la redacción de instrumentos públicos. Digo todo esto porque me parece muy fuerte pensar que la falsedad cometida por el comprador, al manifestar el nombre de su esposa, provoque la falsedad del título. El título contenía una falsedad, pero no era falso. La falsedad no dependía de lo que el Notario relataba, sino de lo que al Notario le contaban.

Sea cualquiera el origen de la inexactitud la regla parece ser la misma, incluso para incluirla en ese cajón de sastre que la Ley prevé al establecer la necesidad del consentimiento o la resolución judicial “para cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente”. Y aquí es donde ya la doctrina de la Dirección General penetra en el precepto y, dejándose arrastrar por la opinión notarial, considera que el acto no queda encuadrado en los supuestos previstos por la norma y hay que darle una solución airosa. A mi entender toda la decisión de la Dirección está basada en esa afirmación notarial de que “el caso que nos ocupa no puede aplicarse el artículo 40, d) de la Ley Hipotecaria, porque la materia sobre que recae el error (?) del título inscrito, y que se subsana por el presentado, no está amparada por la publicidad registral y protegida por la salvaguardia de los Tribunales, sino que está comprendida en la materia amparada por el Registro Civil”. Y lo curioso del caso es que aquí es donde el Notario se equivoca y la Dirección lo mismo, pues literalmente el tercer considerando habla de “un conflicto entre dos legitimaciones, derivada una de la inscripción del inmueble a favor de sus titulares registrales y la otra del propio Registro Civil, que constituye la prueba de los hechos inscritos relativos al estado civil de las personas, y en el que la primera expresa como cónyuge del adquirente a alguien distinto de lo que la segunda publica”. Si de verdad, como dice el Notario, la publicidad registral no está amparada en el punto del estado civil por el Registro de la Propiedad, no creo que la Dirección tenga argumentos para hablar de “conflicto entre dos legitimaciones”.

Por ello, aun y a pesar de la autoridad doctrinal del Notario recurrente, hay que precisar matices. El Registro de la Propiedad, en el presente caso, no está reflejando un estado civil de las personas, sino que está publicando una titularidad compartida, cosa completamente distinta, y de lo que se trata es de saber si esa titularidad corresponde a la per-

sona designada por el Registro o a la que figura en el Registro Civil como posible titular del derecho.

Situado así el problema, es claro que, en función de los principios hipotecarios, los pronunciamientos registrales deben vencer sobre los del Registro Civil, en principio. Si, por el juego del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, una adquisición se hace a nombre del esposo y de la "supuesta" mujer, la misma queda legitimada registralmente por virtud del artículo 38 de la Ley Hipotecaria para "provisionalmente" considerarse como titular del derecho en su existencia y pertenencia. El Registro Civil nunca negará esa afirmación registral del inmobiliario, sino que se limitará a reflejar a través de su publicidad un "estado civil", pero nunca publicará una legitimación para ostentar unos bienes en propiedad o en otras situaciones. Y creo que ahí es donde acierta la Dirección General al decir que "cada una de estas instituciones tiene su campo propio de actuación".

Bien, si lo que acredita el Registro Civil es un estado de hecho, y no una titularidad de bienes, su certificado servirá sin duda como medio de prueba para poder rectificar lo que inicialmente refleja el Registro de la Propiedad. Ahora bien, la rectificación habrá de hacerse por los cauces que la Ley Hipotecaria establece, pues, la presunción de titularidad sólo es "iuris tantum" mientras no se demuestre lo contrario, pero esta demostración sólo tiene dos cauces hipotecarios: el consentimiento y la resolución judicial. Razones de justicia de un caso concreto, de equidad, de imposibilidad de cumplimiento de la norma, de laguna legal, etc., pudieran ser argumentos lícitos para explicar ese medio que conduce a estas dos consecuencias: 1) La gran defensa que supone para el titular registral —aunque no sea el que en la realidad ostenta el derecho— el funcionamiento del principio de legitimación apoyado en un consentimiento o en una decisión judicial, queda roto al abrirse esta nueva vía de modificación del contenido del Registro. 2) Existe un desplazamiento de valoraciones de la inexactitud registral, ya que lo que era prerrogativa del consentimiento del titular registral o de la autoridad judicial en último extremo, viene a ser compartido por el Registrador, a quien se le atribuyen mayores amplitudes en su función calificadora y rectificadora cuando se trate de "hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados". El portillo que se abre es enorme y puede ser muy peligroso. Si toda la fuerza del sistema radica en el principio de publicidad y en la protección judicial de sus pronunciamientos, pero a esa regla comienza a señalársele excepciones, el sistema puede quebrar paulatinamente.

Los tres últimos considerandos están poco elaborados y en su redacción se ve cierta precipitación. El considerando tercero habla de "un conflicto entre dos legitimaciones", el quinto de que "los datos registrales sobre capacidad y estado civil son extraños a la legitimación registral", de lo cual se deduce la imposibilidad del conflicto del que se parte, que a su vez se reafirma cuando en el cuarto considerando la Dirección

dice que "cada una de estas instituciones tiene su campo propio de actuación".

A mi entender hay un desenfoque total del problema al tratar de enfrentar dos instituciones sobre publicidad, pudiéndose con ello dar a entender que el Registro Civil complementa los datos que el Registro de la Propiedad pública a través de sus asientos y que en una posible contienda debe vencer siempre la publicidad del primero frente a la del segundo. La defensa de la nota que hace el Registrador es la clave para resolver el conflicto planteado, ya que no es un problema de *estado civil*, sino un problema de *legitimación* registral que ostenta una persona y que se pretende que ostente otra.

AMORÓS GUARDIOLA, al comentar esta Resolución (Rv. Cr. Dr. Inmb., 1980, núm. 538, pág. 671), sostiene que la solución del presente recurso le parece aceptable. Tanto en la aplicación de la doctrina jurisprudencial ya mantenida por la Dirección General, que permite la rectificación de errores objetivos sin necesidad de exigir el consentimiento de quien los causó, como desde la perspectiva de la jurisprudencia de intereses, al hacer posible así la protección de la verdadera esposa del comprador. No obstante, hace tres puntualizaciones: 1.<sup>a)</sup>) ¿Por qué basta una mera declaración del comprador para atribuir a una persona la condición de esposa cuando en realidad no lo era, si esa declaración serviría para conferir a la falsa esposa una cotitularidad registral y era además fácilmente desvirtuable por constar lo contrario en el Registro Civil? 2.<sup>a)</sup>) Quizá no resulte exacto afirmar que los datos sobre capacidad y estado civil de las personas son extraños a la legislación registral, ya que de una parte las resoluciones judiciales modificativas de la capacidad son inscribibles y, de otra, la titularidad inmobiliaria que el Registro publica se atribuye a una persona que se identifica con determinadas circunstancias (nombre, apellidos, estado civil, etc.). 3.<sup>a)</sup>) Admite la colisión de ambos Registros, la prevalencia que debe tener el Civil sobre el Registral en estos supuestos y cómo es necesaria una debida conexión.

B) *Manera de evitar el error.*—La Dirección General, siguiendo en esto una doctrina muy repetida recientemente, parece en el segundo considerando atribuir todo lo que motiva el recurso a la aplicación de la regla 1.<sup>a</sup> del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, y así dice que "el obligado cumplimiento por parte de los Registradores de la Propiedad del mandato contenido en la regla 1.<sup>a</sup> del artículo 95 del Reglamento Hipotecario trae como consecuencia que el Registro publique la titularidad de una persona que no ha sido parte en el acto o contrato de adquisición, y sin que, por tanto, su personalidad haya sido cubierta por la fe pública del Notario que autorizó la escritura, con lo que se produce una situación un tanto excepcional de discordancia entre el título y la inscripción, por la sola declaración del comprador o adquirente...".

Este efecto-consecuencia se atribuye por la Dirección General al obligado proceder de los Registradores en cumplimiento de una norma, desplazando así el origen del mal no a la redacción de la escritura, sino al proceder obligado de los Registradores. En esto conviene precisar un poco. El artículo 95 del Reglamento Hipotecario, en su discutida regla 1.<sup>a</sup>,

contempla dos casos: que adquieran los dos cónyuges simultáneamente o que adquiera uno sólo. En ambos casos se debe proceder igual: se inscribe a nombre de ambos conjuntamente. Y ahora yo pregunto, ¿qué diferencia hay entre el caso de una comparecencia conjunta de ambos cónyuges o de uno sólo si la fe notarial no cubre nunca los datos de edad, estado, profesión o vecindad? La declaración del adquirente de que doña Fulana es su esposa es igual que si la misma comparece y el Notario da fe de esa doña Fulana, sin que su poder de fedatario pueda alcanzar mayores campos y menos el del estado. Todo ello según nos lo cuenta el artículo 187 del Reglamento Notarial.

Por lo tanto vamos a retroceder y en vez de culpar al artículo 95 del Reglamento y darle al mismo el calificativo del origen de la consecuencia, vamos a descubrir el origen del mal, que está en la comparecencia notarial. No es que se pretenda que el Notario llegue en su facultad de "identificación" de la persona hasta cubrir esos datos, pero sí que cumpla la totalidad del precepto notarial que, como todos sabemos, en su final dice: "sin perjuicio de que, en caso de duda, pueda exigir las certificaciones del estado civil y cuantos documentos estime necesarios o convenientes". Claro, que esas exigencias llevan consigo la disminución en el otorgamiento de escrituras. Para el Notario, en el caso que se nos planteaba, no debió de haber dudas, pues si no hubiera pedido esos documentos que podían acreditar que la que se pretendía hacer pasar por esposa no lo era realmente. Al pasar el tanto de culpa hay que ser equitativos, no nos vaya a suceder como a los urbanistas, que consideran que todos los males de la propiedad urbana residen en esa defectuosa definición que el Código civil da de la propiedad, y resulta que a la hora de definir la misma siguen hablando de facultades.

¿Qué sería más fácil: exigir a los casados el Libro de Familia o dejar las cosas como están y permitir que la inexactitud de la escritura provoque la del Registro y que éste se pueda rectificar en la forma que se apunta en la Resolución? Dejar que la publicidad registral opere y pueda hacer surgir un tercero protegido, haría ineficaz este medio rectificador. Por ello entiendo que el mal, si existe, hay que cortarlo en la raíz y no en la consecuencia. ¿Por qué el artículo 23 de la Ley Notarial no contiene una referencia al Libro de Familia? No creo que fuera vejatorio para el compareciente el exhibir ese documento, cuando se le pide el Documento Nacional de Identidad para cerciorarse el Notario de los datos consiguientes.

Claro que por los cauces que se adivinan en las reformas legislativas está sentenciado desfavorablemente nuestro "pecador" artículo 95 del Reglamento Hipotecario, nacido, como ya he explicado otras veces, para proteger los derechos de los cónyuges y singularmente el de la mujer, en ese nuestro sistema típico de la sociedad de gananciales.

Mientras siga vigente la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos es preciso que para destruirlo se demuestre en la escritura o en la petición de inscripción la existencia de un sistema contrario o la justificación del origen del precio. No basta con decir que uno es catalán para ya pensar que el régimen es el de separación. Y se suprime

o no el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, las cosas seguirán siendo análogas y los problemas similares, pues el juego de presunciones exige una prueba en contra o la adopción de unas medidas que eviten ese juego o que lo favorezcan. Por eso yo hace tiempo que mantuve la necesidad de reformar el artículo 159 del Reglamento Notarial y no el 1407 del Código civil y el 95 del Reglamento Hipotecario.

*Por virtud de la reforma del artículo 1320 y concordantes del Código civil, efectuada por la Ley de 2 de mayo de 1975, la modificación del régimen económico matrimonial hecha de común acuerdo por los cónyuges, sustituyendo el sistema de gananciales por el de separación de bienes, lleva consigo la extinción del anterior régimen de comunidad y se puede proceder a su liquidación con la consiguiente adjudicación a los esposos de los bienes que la integran, sin que sea obstáculo la literalidad de los artículos 1417 y 1433 del Código, porque no parece intención del legislador dejarlos subsistentes en su actual reducción cuando se aborde la reforma general de la sociedad de gananciales. (Resolución de 29 de septiembre de 1978, "Boletín Oficial del Estado" de 18 de octubre.)*

*Hechos.*—El 11 de marzo de 1976, los cónyuges don Emilio Fontán Arosa y doña María Casado Barceló otorgaron escritura que fue autorizada en Hospitalet por el Notario don Julio Burdiel Hernández, en cuya parte expositiva hacen constar que, no obstante ser de regionalidad catalana por residencia, su régimen matrimonial era el legal de gananciales de derecho común, y que en procedimiento promovido por ellos, el Tribunal Eclesiástico de la Diócesis, en Sentencia de 5 de marzo de 1975, y el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barcelona, por Providencia de 30 de julio del mismo año, habían decretado la separación de los cónyuges, fijando el Juzgado alimentos a la esposa; en su parte dispositiva otorgaron capitulaciones matrimoniales, y al amparo del artículo 9 del Código civil, aplicable en virtud de la remisión general del artículo 13 del mismo Cuerpo legal, cambiaron el régimen de gananciales por el de separación de bienes que correspondía a su vecindad civil catalana, procediendo a la liquidación y adjudicación de los bienes que se describen, que constituyan el patrimonio de su anterior sociedad de gananciales.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 2 de Barcelona primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: "No admitida la inscripción del documento que antecede en cuanto a la finca radicante en la demarcación de este Registro, por observarse los siguientes defectos:

1.<sup>º</sup> El subsanable de no aportarse testimonio firme de la providencia judicial dictada el 30 de julio de 1975, por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta capital, que decretó la separación de los cónyuges, y que se reseña en el apartado VI de la exposición.

2.<sup>º</sup> El insubsanable de que la modificación del régimen económico del matrimonio por acuerdo común de los cónyuges, conforme autoriza el ar-

título 1.320, reformado, del Código civil, no es causa de disolución de la sociedad de gananciales (por la que se regía hasta ese momento la sociedad conyugal), y por consiguiente carecen de validez la liquidación y adjudicaciones practicadas en la cláusula 2.<sup>a</sup> del otorgamiento."

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que el primer defecto señalado en la nota no es congruente con el contenido dispositivo de la escritura, pues ésta no se limita a disolver la sociedad de gananciales como consecuencia automática de la separación judicial, sino que por su esencia se concreta en una capitulación matrimonial en la que dos cónyuges regulan el régimen de bienes que en adelante ha de regir su matrimonio, y en consecuencia liquidan los bienes de su anterior sociedad conyugal; que los cónyuges que pudieron pedir la separación de bienes fundándose en la separación personal, no se limitaron a esto, sino que decidieron modificar su régimen matrimonial, adoptando un nuevo régimen que no es el que se seguiría si se hubiera pedido la separación judicial de bienes; que esta decisión puede ser adoptada por cualesquiera cónyuges que deseen modificar su régimen matrimonial, aunque no estén en situación de separación personal; que el primer defecto de la nota, además de incongruente, es contrario a derecho, al no distinguir si el criterio sostenido lo es, tanto en el caso de que la providencia decrete la separación personal, que es el supuesto contemplado, como en el de que ordenase la separación de bienes y como consecuencia la disolución de la sociedad conyugal; que en este último caso sería de por sí una causa de liquidación de dicha sociedad; que así, pues, la aportación del testimonio de la providencia citada en la escritura no permitiría al Registrador la inscripción de ésta; que en cuanto al segundo defecto de la nota, el Notario recurrente manifiesta que la modificación del régimen económico del matrimonio por acuerdo de los cónyuges permitido con carácter general por el artículo 1320 del Código civil, es causa de disolución de la sociedad de gananciales cuando el régimen adoptado, como ocurre en nuestro caso, tenga una incompatibilidad lógica con aquél; que aun en los casos en que el régimen adoptado como nuevo no tenga incompatibilidad lógica con la sociedad legal de gananciales, la amplitud con que está redactado actualmente el artículo 1315 del Código civil, corroborado por el 1322 y confirmado por el 1432, permite a los cónyuges, en uso de su autonomía privada, extinguir la sociedad de gananciales inicial y estipular sobre la liquidación y adjudicación de los bienes que la integraban; que esta interpretación está de acuerdo con las finalidades perseguidas en esta materia por las dos últimas Leyes de Reforma del Código civil, la de 31 de mayo de 1974, que pretende que el régimen matrimonial de los esposos pueda adecuarse a la legislación del territorio en que viven, y la de 2 de mayo postnupciales, dar solución a conflictos conyugales.

El Registrador informó: Que los Registradores están facultados para solicitar los documentos precisos para la calificación, y aunque ninguna disposición concreta de la legislación hipotecaria conceda al funcionario calificador esta facultad, la naturaleza de su función y el contenido del artículo 33 del Reglamento Hipotecario así lo exige; que numerosas Re-

soluciones de la Dirección General proclaman que cuando en los documentos presentados faltan datos para calificar puede el Registrador pedir la presentación de aquéllos que estime necesarios, advirtiendo al interesado que su no presentación será motivo para suspender la inscripción; que el recurrente distingue entre los antecedentes y el otorgamiento y entre la parte expositiva y dispositiva de la escritura, a los efectos de sólo ser calificables los pactos y estipulaciones contenidas en esta última, sin tener en cuenta que la función calificadora ha de ser total e indivisible, comprendiendo en ella no sólo el documento básico en su integridad, como título formal, sino también todos los complementarios que informen al acto que es objeto de la calificación (título material), y en este sentido se pronuncia la Resolución de 22 de enero de 1927, al interpretar el artículo 33 del Reglamento Hipotecario; que en cuanto al segundo defecto de la nota hay que aclarar que, en el otorgamiento de la escritura, los consortes don Emilio Fontán y doña María Casado, constante su matrimonio (en situación de separación personal, pero no declarada judicialmente la separación de bienes), proceden por su voluntad a disolver y liquidar su sociedad de gananciales, adjudicándose por mitad los bienes que la integran, con violación clarísima del artículo 1392 del Código civil; que dichos esposos están en situación de separación personal en virtud de sentencia firme, pero no han solicitado ni se ha decretado por providencia judicial la separación de bienes (conforme dispone el artículo 1432 del mismo Código), sino que sólo por determinación voluntaria de ambos y sin que sea ésta una de las causas previstas por los artículos 1434 y 1417 del Código, disuelven y liquidan la sociedad de gananciales; que, de conformidad con la legalidad vigente, ni el otorgamiento de nuevas capitulaciones, ni la modificación del régimen matrimonial anterior (artículos 1315 y 1320 del Código civil), ni ningún otro acto voluntario de los consortes, pueden por sí solos provocar, durante la subsistencia del matrimonio, la conclusión de la sociedad de gananciales, su liquidación y la adjudicación de los bienes que la integran; que las causas de disolución de la sociedad de gananciales son sólo las previstas por la ley, y excluyen cualquier otro supuesto no establecido en ella; que la reforma del Código por la Ley de 20 de mayo de 1975 autorizó el otorgamiento de capitulaciones postnupciales (artículo 1315) y la modificación, en todo momento, por acuerdo de los cónyuges del régimen económico del matrimonio, pero lo que no se autorizó de forma alguna —en contra de lo que pretende el recurrente— fue que las nuevas capitulaciones, o la modificación del régimen económico, sean causa de la disolución, liquidación y adjudicación del patrimonio de la anterior sociedad de gananciales, que el legislador podía haber incluido tales actos entre las causas de disolución del artículo 1417 del Código, pero al no hacerlo nos encontramos con que los referidos otorgamientos de la escritura calificada inciden en el artículo 6.<sup>º</sup>, 3 del propio Código, contraviniendo, además, lo dispuesto en el artículo 1255; que la interpretación hecha por el recurrente de la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 rebasa desorbitadamente los extremos concretos que el legislador quiso modificar; que carece de base la afirmación del recurrente de que el artículo 1417 del Código sólo es aplicable a los casos de

inmutabilidad del régimen económico matrimonial; que no hay inconveniente, ni legal ni de hecho, para que, otorgadas nuevas capitulaciones o estatuido un nuevo régimen económico, puedan coexistir en el mismo matrimonio la sociedad de gananciales y el nuevo régimen pactado; que es también inaceptable, por desacertada e inexacta, la interpretación dada por el recurrente a los artículos 1315 y 1322 del Código civil.

El Presidente de la Audiencia confirmó el primer extremo de la nota de calificación, declarando que la petición de un documento mencionado en la escritura, como es la certificación de la providencia judicial de separación, interesa y es congruente a efectos de la calificación, y revocó el segundo extremo de la nota por razones análogas a las expuestas por el Notario recurrente.

Tanto el Notario como el funcionario calificador se alzaron de la decisión presidencial.

Y la Dirección General acordó que, con confirmación parcial del auto apelado, procede revocar la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina.

*Doctrina.*—“Para una mejor comprensión de este recurso conviene alterar el orden de los defectos y comenzar su examen por el segundo de los señalados en la nota, a saber: si la modificación hecha de común acuerdo por los cónyuges de sustituir el sistema de gananciales que veña rigiendo las relaciones económicas de su matrimonio por el de separación de bienes establecido en la Compilación de Cataluña —modificación permitida por el reformado artículo 1320 del Código civil—, lleva consigo la extinción del anterior régimen de comunidad, y se puede proceder a su liquidación con la consiguiente adjudicación de los bienes que lo integran a los dos esposos interesados.”

“Una de las innovaciones de más trascendencia introducida por la Ley de 2 de mayo de 1975 ha sido la de sustituir dentro del Derecho civil común el principio de inalterabilidad de las capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio por el permisivo de su modificación, no ya sólo por lo que supone el cambio del rígido criterio anterior, al quedar ahora esta materia sujeta a la autonomía de la voluntad, sino también por las consecuencias que en cadena lleva aparejado esta reforma, al afectar a toda una serie de preceptos del Código civil, como, entre otros, el 1334 (donaciones entre cónyuges) o el 1394 (renuncia a la sociedad de gananciales), que ha de obligar a una profunda modificación de nuestro Cuerpo legal, y resolver así las evidentes contradicciones que hoy existen debido a la coexistencia de artículos dictados en épocas diversas, lo que exige un detenido estudio, que puso ya de relieve la Exposición de Motivos de la citada Ley de 1975.”

“El principal obstáculo que se opone a la disolución pretendida se encuentra en el contenido del artículo 1417 del Código civil y del 1433, al que el primer precepto se remite, al no incluir entre las causas de conclusión de la sociedad de gananciales la de su sustitución por otro régimen económico matrimonial.”

“El hecho de que en la taxativa enumeración de causas de disolución de la sociedad de gananciales, que contiene el artículo 1417, no

aparezca la actualmente discutida, es algo natural que responde, lógicamente, al criterio que había adoptado el legislador de 1889, de mantener el principio de inmutabilidad del régimen matrimonial; pero, alterado este sistema por la reforma, ha surgido como consecuencia inevitable la existencia de una nueva causa de disolución, deducida de un claro argumento de reducción al absurdo, pues, de no admitirse su posibilidad, nos encontraríamos con la simultaneidad de dos regímenes económicos en un mismo matrimonio, y habría que distinguir entre los bienes anteriores al cambio y los adquiridos con posterioridad, sujetos a distinto sistema de administración y disposición, con la consiguiente perturbación no sólo en las relaciones entre los esposos, sino frente a terceros."

"La anterior argumentación aparece además abonada ante la circunstancia, prevista en la propia Exposición de Motivos de la Ley de 1975, de que la temática de la sociedad de gananciales por su dificultad especial y ser necesario su estudio en profundidad queda aplazada su reforma para más adelante, una vez finalizado este estudio, a fin de que resulte coherente con las modificaciones ya introducidas, lo que prueba que no es intención del legislador dejar subsistente en su redacción actual preceptos tan fundamentales como los artículos 1417 y 1433, que a nuestro efecto interesan, que han de ser ya interpretados con arreglo al artículo 3.<sup>º</sup>, 1, del Código civil, teniendo en cuenta esta circunstancia histórica y la realidad social de tiempo en que han de ser aplicados".

"En el supuesto de este expediente, y con ello se entra en el examen del otro defecto, procede examinar si la circunstancia de no aportarse testimonio firme de la providencia judicial, que decretó la separación personal de los esposos, puede constituir un obstáculo para la inscripción en tanto no esté presentada en el Registro y como documento complementario a calificar por el Registrador."

"El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, fundamental en la materia al consagrar el principio de legalidad, contempla las facultades que a los Registradores competen en el ejercicio de su función calificadora, entre la que, indudablemente, se encuentra la de poder exigir aquellos documentos complementarios —máxime si aparecen relacionados en el título principal— que puedan serle necesarios para un mayor acierto en la calificación, por lo que, en principio, su cautela aparecería justificada, si no fuera porque, centrada la presentación de la providencia exclusivamente para apreciar si se había ordenado judicialmente la liquidación de la sociedad de gananciales, y poder estimar así, de acuerdo con su tesis plasmada en el defecto 2.<sup>º</sup>, que la disolución y liquidación realizada estaba ajustada a la legalidad vigente, pero no si tales operaciones no habían sido ordenadas judicialmente, en este caso resulta irrelevante la presentación de la mencionada providencia, ya que, como se ha indicado al tratar anteriormente este defecto, la disolución de la sociedad conyugal, su liquidación y subsiguiente adjudicación de los bienes que la componen, es algo consustancial al cambio de régimen económico matrimonial realizado, y tiene su fundamento en la voluntad de los interesados."

*Consideraciones críticas.*—Históricamente las reformas del Código civil, más apoyadas en razones políticas que jurídicas, han pecado de insuficientes y han provocado con excesiva frecuencia grandes problemas de contradicción de normas y preceptos. A la inicial contradicción del Código civil entre los artículos 759 y 799 del mismo, han ido surgiendo infinidad de problemas a medida que el legislador moderno se adentraba en la reforma parcial de preceptos del mismo Código. Sería difícil averiguar las razones que han provocado esas contradicciones, pero lo cierto es que la estructura orgánica del Código civil se ha roto y que el primer cuerpo legal de la nación española ofrece un "laberinto" de disposiciones modificativas que no encajan en la idea que presidió la redacción del mismo.

La problemática es si procede una nueva redacción del Código civil (Dios nos libre de ella) o de si serenamente debe afrontarse una readaptación de las modificaciones establecidas, ajustándolas a los principios que rigen el sistema.

El conjunto de modificaciones que se han introducido en el Código civil o han tenido que ser modificadas de nuevo (tal es el caso de la propiedad horizontal, de la adopción y de la prenda sin desplazamiento) o han provocado serios casos de fricción de preceptos que no se tuvieron en cuenta en el momento de la modificación. La reforma llevada a cabo por la Ley de 2 de mayo de 1975 ha sido un buen semillero de discusiones que se han tenido que ir aclarando por la jurisprudencia a base de una aplicación de principios generales y olvidándose un poco de la poco afortunada redacción de los artículos cuestionados. Un nuevo caso ofrece el problema que soluciona esta Resolución y es el de la alteración del régimen económico matrimonial con liquidación del mismo sobre la base del artículo 1320 del Código civil al que parecen oponerse los términos literales de los artículos 1417 y 1433 del mismo Código civil, el primero en su redacción primitiva y el segundo en la nueva dada por la citada Ley.

El problema resuelto deja hoy de tener trascendencia ya que la inminente reforma del Código civil a través del proyecto publicado en el "Boletín Oficial de las Cortes" de 14 de septiembre de 1979 da solución al caso estableciendo que la sociedad de gananciales concluirá de *pleno derecho* cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma preventa en este Código.

No obstante, vamos a comentar la Resolución siguiendo el orden inverso que la misma utiliza y que quizás sea intencionado, pues en el tema se mezclan dos problemas: el de la separación judicial y el de la modificación de capitulaciones y alteración del régimen económico por la vía del consentimiento de los esposos. El origen de la mezcla viene impuesto por la escritura notarial en la que se arranca de una separación y luego se convierte todo en un pacto de alteración de régimen económico. Ello dio lugar a dos defectos en la calificación que la Dirección soluciona invirtiendo su orden.

A) *Alteración del régimen económico matrimonial y liquidación.*—La reforma legislativa de 2 de mayo de 1975 entre las que introdujo está

la de la posibilidad de la alteración de las capitulaciones matrimoniales, actuando de común acuerdo los esposos y, pudiendo, con ello, modificar el régimen económico matrimonial convencional o legal. Así lo vino a disponer el artículo 1320 del Código civil. A pesar de haberse reformado el artículo 1433 del mismo Código por la subsistencia del 1417 y por la remisión que al anterior hace, resulta que la "sociedad legal de gananciales" solamente puede concluir al disolverse el matrimonio, al declararse nulo, en los casos de sentencia judicial de separación, declaración de ausencia o condena a pena que lleve consigo la interdicción civil. Es decir, que el 1320 del Código autoriza la alteración del régimen, pero no la conclusión del sistema de gananciales y su posible liquidación.

Sustancialmente esos son los argumentos del Registrador que se esgrimen para justificar el carácter "insubsanable" del defecto que atribuye a la escritura en la que se altera el régimen y se liquida la sociedad conyugal. El Notario, por su parte, entendió que la modificación autorizada por el artículo 1320 del Código civil es causa de disolución de la sociedad de gananciales cuando el régimen adoptado sea incompatible con aquél, sobre la base de los artículos 1315, 1322 y 1432 del Código civil.

La Dirección General, en los cinco considerandos primeros brinda la solución mantenida por el Notario y aun reconociendo que el principal obstáculo que se ofrece a la solución que se adopta es el de los artículos 1417 del Código civil (no retocado) y el 1433 del Código civil (retocado por la reforma), ello no debe servir para sostener postura contraria, pues han quedado sin retocar artículos tan importantes como los que tratan de las donaciones entre cónyuges (art. 1334) y la contratación entre ellos (art. 1459), así como la renuncia a la sociedad de gananciales (art. 1394) que al exigir un detenido estudio quedaron aplazados por la reforma, al igual que la temática de la sociedad de gananciales, que exige un estudio en profundidad según se prevé en la Exposición de Motivos de la Ley de 1975. Para la Dirección General mantener la simultaneidad de dos regímenes económicos en un mismo matrimonio, con bienes anteriores y posteriores, y diferentes sistemas en orden a la disposición y administración, es situación conflictiva, aparte de que al no admitirse la posibilidad de una causa de disolución, como consecuencia de la alteración del sistema matrimonial, es un claro argumento de reducción al absurdo.

Antes de seguir adelante creo que es necesario aclarar que mi postura está de acuerdo con la defendida por la Dirección General y que ya anticipé en mi publicación "Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral", 1977, en el modelo 97 de inscripciones que incluía bajo el epígrafe "Modificación de régimen con liquidación de gananciales". Lo que sucede es que no alegaba razones para mi decisión. Creo que no las daba porque sobre mí pesaban esos artículos que el Registrador esgrime con acierto y que son el 1417 y el 1433, sobre todo este último, que al ser retocado por la reforma pudo prever —y no lo hizo por absoluto olvido del legislador— el caso de la alteración de capitulaciones como conducente al sistema de separación. Con ello quedaba todo claro.

Por eso, a mí, la argumentación de la Dirección General me parece correcta, pues de no admitir esa posible liquidación cada matrimonio con "nuevas" capitulaciones provocaría serios conflictos en el otorgamiento de documentos y en las inscripciones respectivas. Cuando se altera un sistema —aparte del mecanismo de una posible burla al Fisco— es que la comunidad matrimonial se ha roto por algo, y conciliar consentimientos y concertar comparecencias resulta seriamente difícil. Por eso, el argumento de la reducción al absurdo es el que más me llena de los utilizados por la Dirección.

El otro argumento que utiliza la Dirección no es bueno. Yo me he leído la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 y de ella no se deduce absolutamente nada que pueda defender la ausencia de reforma de los artículos contradictorios. Yo creo que, al revés, fue una reforma pretenciosa pero hecha con precipitación y, si se me apura, con cierto desconocimiento del contenido del Código civil. Se ha incurrido seriamente en graves contradicciones —recuérdese la atribución por el artículo 59 del nuevo texto de la administración al marido y la subsistencia del 1416 con la prohibición de obligar a la sociedad por la mujer, salvada ingeniosamente y con gran habilidad por un Notario madrileño— y eso es difícil de paliarlo utilizando el "tópico" de un posible aplazamiento para una futura reforma o invocando el método interpretativo de la "realidad social" de que habla el artículo 3, 1º del Código civil.

**TIRSO CARRETERO** (*Comentarios a esta misma Resolución*, en Rev. Cr. Dr. Inmb., 1980, núm. 539, pág. 897) apunta la idea de que la terminología utilizada por la Dirección en esos considerandos no es lo suficientemente clara para demostrar la necesaria consecuencia de la liquidación y disolución de la sociedad de gananciales, pues en unos sitios se habla de que ello "lleva consigo" la disolución y liquidación y en otros de "se puede proceder" a la liquidación. Igualmente se habla de "consecuencia inevitable" y en otros de "posibilidad" de disolución, lo cual no aclara, como dice dicho autor, si liquidación y adjudicaciones son necesarias y obligadas para los cónyuges, bastando que la pida uno de ellos o requieren el consenso de ambos.

La doctrina, en general, se había pronunciado favorablemente a la tesis expuesta, señalando, eso sí, el descuido del legislador y la falta de rigor técnico de la reforma. **GULLÓN BALLESTEROS** (*Observaciones sobre la reforma del régimen de las capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1977), entiende que cabe la disolución y consiguiente liquidación por consentimiento de ambos cónyuges e incluso por el simple pacto de alteración del régimen. **SANZ FERNÁNDEZ** (*Situación de la mujer casada en el Derecho civil. Reforma de 2 de mayo de 1975*, Libro Homenaje a Roca Sastre) entiende que es preciso un pacto expreso de las partes para la disolución y liquidación, pues el simple pacto de adopción del sistema de separación no es suficiente, pudiendo también pactarse el mantenimiento de la sociedad de gananciales con el sistema de separación. **GARRIDO PALMA** (*Capitulaciones matrimoniales y régimen económico matrimonial después de la reforma de 2 de mayo de 1975*, "Rev. Dr.

Notarial", 1976) opina que el principio de autonomía de la voluntad y la esencia del artículo 1315 del Código civil permiten el pacto por el cual los cónyuges pueden disolver y liquidar la sociedad de gananciales.

Queda pendiente de la posible reforma del Código civil el problema de si, además del consentimiento de los esposos como medio de disolución de la sociedad de gananciales, puede serlo la simple estipulación de un régimen distinto. O lo que es igual, si necesaria y obligatoriamente se produce esta disolución y liquidación por el hecho de pactar un sistema distinto. La doctrina ha opinado en este punto diversamente y la Dirección General no da grandes argumentos a favor de esa tesis, quizás en espera que la reforma legislativa solucione el problema.

B) *La calificación y el documento judicial de separación.*—Es principio fundamental que rige la normativa de la calificación registral que el Registrador puede pedir cuantos documentos considere oportunos para cerciorarse de los hechos y circunstancias que conforman el acto sujeto a inscripción. El principio se deduce de lo que dispone el artículo 33 del Reglamento Hipotecario al definir los títulos inscribibles y los complementarios, interpretado en este sentido por la Resolución de 22 de enero de 1927 y por la presente, que en su último considerando dice literalmente: "El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, fundamental en la materia al consagrarse el principio de legalidad, contempla las facultades que a los Registradores competen en el ejercicio de su función calificadora, entre la que, indudablemente, se encuentra la de poder exigir aquellos documentos complementarios —máxime si aparecen relacionados en el título principal— que pueden serle necesarios para un mayor acierto en la calificación...."

De ahí que el Registrador, en su primer defecto, calificado como subsanable, solicitase la aportación del testimonio de la providencia judicial del Juzgado de Primera Instancia que había decretado la separación de los cónyuges y que el Notario reseñaba en la exposición de la escritura. Pero la petición de este documento se hacía a los efectos de saber si se había ordenado judicialmente la liquidación de la sociedad de gananciales, pues su falta, para el Registrador, no podía ser suplida por la voluntad de las partes al modificar el régimen económico matrimonial. Claro que pensando un poco resulta que si el primer defecto se subsana la escritura sigue sin poderse inscribir si la providencia no dice nada respecto a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pues en este caso es terminante el defecto segundo al ser calificado como inconsanable.

TIRSO CARRETERO, en el comentario a que antes hacíamos referencia, entiende excesivamente reducido el ámbito del defecto de la nota y de los considerandos sexto y séptimo de la Resolución. Este entiende que es innecesaria la presentación de la providencia judicial porque se exigía para apreciar si se había ordenado judicialmente la liquidación de la sociedad de gananciales y esto resulta indiferente, porque tal liquidación resulta consustancial con el cambio de régimen económico matrimonial realizado, como se determinó al tratar del efecto segundo. El obstáculo —sin embargo, sigue diciendo dicho autor— no estaba en si se había

ordenado o no la separación, sino si la providencia podía estar o no en contradicción con la liquidación y adjudicación efectuadas.

Sí, ahí estoy de acuerdo con TIRSO CARRETERO, el Registrador dejó escapar la gran oportunidad de hacer efectivo su natural derecho de pedir el documento complementario para cerciorarse de si el mismo se ajustaba a lo que las partes estaban estipulando en la escritura, pero la obsesión del problema de la causa de la disolución dejó escapar este matiz de comparaciones entre lo que decía el Juez y estipulaban las partes. Quizá a la Dirección General le favoreció esa falta de alegación y de ahí que en ninguno de los dos considerandos que solucionan el defecto entre en el caso. Era más fácil eludir el tema apoyándose en la voluntad negocial de los interesados y entender que el cambio de capítulos provocaba la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

Creo, sin embargo, que así como al Registrador se le quita la razón entendiendo como innecesaria la exigencia de la presentación del testimonio de la providencia de separación, también debió aludirse a esa "innecesaria" "exposición" notarial del tema. Si la escritura era de alteración de capítulos, de disolución y liquidación ¿para qué se habla de una separación judicial como antecedente? Ahí la Dirección General debió reconocer el defecto y entender que era necesaria la presentación del testimonio para que la escritura pudiera ser inscrita debidamente, por si en el mismo había variantes con relación al contenido del pacto. Así se le hubiese dado al Registrador la "segunda oportunidad" de calificar ese documento complementario, que al no ser obligado a presentar deja siempre en el ánimo del comentarista la duda de si se dejó de presentar precisamente por estar en contradicción con lo que los cónyuges estipulaban.



# RESOLUCIONES COMENTADAS

A cargo de V. JOSE CASTILLO TAMARIT

## COMENTARIO A LAS RESOLUCIONES DEL 9, 11 Y 13 DE JUNIO DE 1980

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha sorprendido, a mí al menos, agradablemente con las Resoluciones del 9, 11 y 13 de junio del presente año, las cuales queremos comentar en este trabajo.

El supuesto de hecho de las mismas gira —además de otros temas secundarios— en orden a la posibilidad de nombrar administradores de una S. A. por plazo superior a cinco años.

En efecto, la Resolución de 11 de junio se produce como consecuencia de dar nueva redacción a uno de los artículos de los Estatutos de una S. A., que queda redactado de la siguiente forma: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72, los Consejeros son por tiempo indefinido, y cesan por dimisión o destitución de la Junta General»; lo mismo acaece con la de 9 de junio, en la que los Estatutos dicen: «La fijación del número de Consejeros, su nombramiento, remoción o reelección, compete a la Junta, sin más limitaciones que las legales y sin que los presentes Estatutos limiten temporalmente la vigencia del cargo»; y finalmente, la Resolución de 13 de junio es consecuencia de una escritura de constitución de una S. A., en cuyos Estatutos no se limitaba el plazo de duración de los administradores designados en un momento posterior al acto constitutivo.

Pues bien, en los tres casos, el Registrador de la Propiedad, como se esperaba, deniega la inscripción por entender que son inadmisibles los nombramientos de administradores por plazo superior a cinco años. Y, también, en los tres casos, la Dirección General revoca la nota del Registrador y admite la inscripción; y la admite en base a una serie de razones que pasamos a comentar; razones que, en términos análogos, se reproducen en las tres Resoluciones citadas.

### I. EL SILENCIO DE LA LEY Y EL ARTICULO 72

El primer motivo en que se basa la Dirección para admitir la inscripción se funda en la idea de que el artículo 72 de la L. S. A. se refiere a un supuesto concreto, cual es el de los administradores designados en el acto constitutivo, los cuales no podrán ejercer su cargo por tiempo superior a cinco años; guardando silencio sobre los demás administradores, a los que la ley no sujeta a límite temporal alguno.

A nuestro juicio, tal afirmación —que es incuestionable— no pasa de ser un mero obiter dicta, a la manera de un punto de partida que conduzca a la solución propugnada, pues es indudable que el hecho de que la ley guarde silencio sobre los administradores no designados en el acto consti-

tutivo, sin más, no prueba nada ni dice nada en favor de la no aplicabilidad del plazo de cinco años a tales administradores. Por eso se hace necesario buscar argumentos o razones que nos lleven a afirmar la no sujeción a plazo de los administradores no designados en el acto constitutivo, con lo que el silencio legal tendrá auténtico significado. Y a la búsqueda de tales razones se introduce la Dirección General a partir del segundo Considerando de las Resoluciones que se comentan, con lo que se entra en «ratio decidendi».

En efecto, en primer lugar la Dirección General nos dice que: «El silencio de la ley —en tema de administradores no designados en el acto constitutivo— no puede presumirse que sea involuntario, dada la redacción del Anteproyecto, que sirvió de base a la ley, que preveía un plazo y fue suprimido.» Esta afirmación implica una llamada a los antecedentes legislativos del problema, elemento de interpretación previsto en el artículo 3,1 Código civil. Pero, a nuestro juicio, la Dirección General se queda corta, pues, aparte de los antecedentes legislativos, se hace necesario tener en cuenta los demás elementos y medios de interpretación previstos en el Código civil, pues pudiera suceder que acudiendo al contexto o al espíritu o finalidad de la norma o a la realidad social, la conclusión fuese contraria a la facilitada por el Anteproyecto de ley; pero, como ya expusimos en otra parte, la conclusión basada en los antecedentes legislativos es reafirmada por los demás medios previstos en el Código civil, y ello en base a lo siguiente:

1. El artículo 72, interpretado según el sentido propio de sus palabras, sólo se refiere a los administradores nombrados en el acto constitutivo.

2. Si tenemos en cuenta la ratio del precepto, habrá que concluir que la misma no es otra que «evitar el enquistamiento de los primeros administradores que nombrados por los socios fundadores pueden suponer una actuación permanente, en detrimento y perjuicio de los futuros socios. Ello se evita limitando el periodo de su posible actuación, a cuyo fin responde el artículo 72» (Resolución de 8 de junio de 1972).

Y esto mismo afirma la Resolución de 9 de junio, al decir que «el diferente trato legal se justifica porque la ley trata de evitar que una interpretación equivocada pueda otorgar mayor estabilidad y permanencia al administrador nombrado en el acto constitutivo».

3. Si nos acogemos a la realidad social, ésta pone de manifiesto la posibilidad de tales nombramientos, además de que la solución contraria nos conduciría a la temática de los administradores de hecho e iría en contra, sobre todo, de las sociedades familiares o cerradas.

4. Y en cuanto a la interpretación sistemática, ésta, como veremos en breve, nos conduce a la misma solución.

Todo esto nos conduce, y así lo hace la Dirección General, a negar la aplicación del artículo 4,1 C. c., y ello no sólo por todo lo expuesto, sino también porque, como señala la Resolución de 11 de junio, en su Considerando quinto, «sobre la limitación temporal que rige en el Derecho comparado y recoge el Anteproyecto, hay que decir que al exigirse en éstos para crear una S. A. una cifra mínima de capital, queda fuera de su alcance

la pequeña sociedad, lo que no sucede en la ley vigente, en donde al estar englobadas en una sola regulación tanto la gran sociedad como la pequeña, no se quiso entorpecer la vida social de éstas últimas, con limitaciones que no estarían justificadas y que serían diferentes de las que están establecidas para las limitadas (artículos 12 y 17), colectivas (artículo 132) y comanditarias (artículo 148)».

En segundo lugar, la Dirección General afirma que «sólo a los administradores designados en el acto constitutivo señala el artículo 72 la posibilidad de reelección, lo que es congruente con el precepto, ya que sólo sobre ellos pesa el día fatal propio de la caducidad». Sobre tal afirmación conviene efectuar unas breves puntualizaciones.

Por una parte, decir que sólo sobre los administradores designados en el acto constitutivo pesa el día fatal propio de la caducidad es inexacto y aventurado, y ello por lo siguiente:

a) En primer lugar, para realizar tal afirmación hay que probar antes que la limitación de plazo sólo se aplica en el supuesto previsto en el artículo 72; prueba que, con lo expuesto, no es concluyente.

b) Y, en segundo lugar, porque el día fatal propio de la caducidad también se produce cuando los Estatutos o la Junta General establecen un plazo de duración del cargo de administrador.

Por otra parte, decir que sólo a los administradores designados en el acto constitutivo se refiere la posibilidad de reelección, puede inducir a interpretaciones equivocadas que no estimo estuvieran en el ánimo de la Dirección General; y ello porque, a nuestro juicio, la reelección es un principio general de la L. S. A., que debe predicarse en cualquier supuesto de nombramiento de administradores, pues no hay que olvidar que, aunque no se establezca un plazo de vigencia del cargo de administrador, la Junta general puede en cualquier momento separar a tales administradores que, no obstante ello, pueden ser reelegidos.

Ahora bien, forzoso es reconocer que la Dirección General matiza aquella opinión al decir que «la reelegibilidad no supone que la única causa de su procedencia sea haber un plazo de caducidad».

## II. EL ARTICULO 73 DE LA L. S. A.

El segundo motivo en que se basa la Dirección para admitir el plazo indefinido se encuentra en el artículo 73 de la L. S. A. En efecto, se nos dice —Resolución 9 de junio— que «la ratio del artículo 73 de la Ley no es otra que impedir que la sociedad quede sin órgano de administración, lo que sucedería si todos los administradores cesasen a la vez, pero sin que la renovación parcial implique que todos los nombramientos han de caducar en un plazo determinado, pues la renovación sólo procede cuando por ley o Estatutos o por acuerdo de la Junta haya un plazo»; también se nos dice —Resolución de 11 de junio— que «el artículo 73 no comporta limitación temporal al cargo ni ésa es la ratio del precepto que se limita a exigir que, en caso de renovación, ésta debe ser parcial, exigencia que a su vez debe ser objeto de interpretación adecuada para compatibilizarla con el artículo 75».

A nuestro juicio, la Dirección General acierta plenamente en la auténtica ratio del precepto, poniendo fin a interpretaciones favorables a la limitación del plazo. En efecto, se había señalado que si la ley exige la renovación parcial del Consejo, ello supone que el plazo de vigencia del cargo de administrador debe ser limitado, pues en caso contrario no habría renovación. Frente a esta interpretación la Dirección señala:

- a) Que la ratio del artículo 73 es impedir que la sociedad, en un momento determinado, quede sin órgano de administración, lo que sucedería si todo el Consejo cesase a la vez.
- b) Que el artículo 73 sólo exige que, cuando proceda, la renovación sea parcial; renovación que procede cuando por ley, Estatutos o acuerdo de la Junta se haya señalado plazo.

Con esta afirmación, la Dirección General se adhiere a un amplio sector doctrinal que señala que la renovación parcial sólo es obligatoria en los supuestos antes señalados. Para nosotros es dudosa la idea de que la renovación parcial del Consejo es siempre obligatoria —aun en los casos mencionados—, pues del artículo 73 de la ley tan sólo se deduce que lo que es obligatorio es el carácter parcial de la renovación, mas no el hecho mismo de la renovación. Frente a esto, no cabe argüir —a nuestro juicio— que con tal interpretación la sociedad podría quedar paralizada al quedarse sin órgano de administración, y ello porque la renovación parcial sólo funciona cuando hay Consejo, pero no en los demás supuestos de administración, además de que el cese total de los administradores no debe implicar una paralización de la vida social, bien por aplicación de la doctrina emanada de la Dirección General en tema de administradores con plazo caducado (Resoluciones del 24 y 30 de mayo de 1974), o bien confiando a la Junta la administración interina de la sociedad.

c) Y, finalmente, que la exigencia del artículo 73 debe compatibilizarse con el artículo 75. Con esta afirmación la Dirección hace hincapié en la idea de que no cabe confundir el principio de renovación parcial con el de libre separación de los administradores por la Junta general, distinción puesta de relieve por la totalidad de la doctrina y por la Dirección (Resolución de 11 de febrero de 1970).

### III. PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LAS MINORIAS

En último lugar la Dirección se enfrenta con un argumento que, a primera vista, impresiona.

En efecto, es tradicional en la doctrina basar la inadmisibilidad de los nombramientos de administradores por plazo indefinido en la representación proporcional de los miembros del Consejo de Administración, proclamado en el artículo 71 de la ley. Esto es, se nos dirá que si el cargo de administrador pudiera tener carácter indefinido se vaciaría de contenido lo dispuesto en el artículo 71, con evidente lesión del derecho de las minorías.

Pues bien, la Dirección General se hace cargo del argumento y nos dice que «la ausencia de plazo no elimina el derecho de las minorías a obtener el nombramiento de vocal en el Consejo, ya que pueden ejercitárselo tanto al crearse la sociedad como cuando se renueve el Consejo, aunque es cierto que gozan de menos posibilidades de ejercitárselo si los Estatutos no limitan el plazo, pero aparte las dificultades para aplicar este derecho, sólo en los casos concretos en que se plantea surge tal derecho, y que tanto si hay o no plazo puede el derecho quedar conculado por acuerdo de la Junta, en virtud del artículo 75».

A nuestro juicio, la afirmación de la Dirección General es correcta en términos generales, pero conviene que la examinemos con algún detenimiento.

Por lo pronto, hay algo que late en el Considerando transcrita, y ello es que en realidad no estamos en presencia de un auténtico derecho (yo lo he denominado pseudoderecho o derecho disminuido); en efecto, la Dirección nos dice que «tanto si hay o no plazo puede el derecho quedar conculado por acuerdo de la Junta en uso de las facultades que le confiere el artículo 75». A primera vista, la afirmación es de un atrevimiento supino; en efecto, decir tan alegremente que estamos en presencia de un derecho y que el mismo puede ser lesionado en cualquier momento por la Junta, puede implicar una de dos: o que no existe un auténtico derecho, o que existiendo el derecho, éste no recibe por el ordenamiento jurídico una tutela adecuada.

En realidad, creemos que la Dirección, además de no haber sopesado su afirmación, se ha quedado a medio camino.

En efecto, si entendemos que el artículo 71 de la ley concede a las minorías un auténtico derecho, se hace necesario armonizar el artículo 71 con el 75 de la ley; en este sentido se pronuncia GARRIGUES, entendiendo que el administrador designado por la minoría sólo puede ser separado por la Junta general si hay justa causa. Esto, no obstante, sabido es que ni la doctrina ni la Jurisprudencia establecen limitaciones al derecho de la Junta para separar a los administradores; por ello, hubiese sido una buena ocasión, la presente, para que la Dirección General estableciese correcciones a tal derecho.

Si todo ello es así, creemos que la Dirección General lo que ha señalado es que —como ya dijimos— el pretendido derecho no es tal; lo que ocurre es que las Resoluciones no han explicado en profundidad las razones para tal afirmación; y, a nuestro juicio, la misma se puede basar en los siguientes argumentos, que exponemos en síntesis, pues ya los hemos analizado en otra ocasión:

- a) El sistema de representación proporcional sólo funciona cuando hay Consejo, pero no en otros supuestos de administración pluripersonal. Y tan digna de protección es la minoría con Consejo que sin Consejo.
- b) La Junta general puede limitar el pretendido derecho por la facultad que la ley le concede de concretar el número de administradores.
- c) Estamos en presencia de un derecho irrevocable y no ante un derecho irrenunciable. Es decir, el artículo 71 se dirige a los accionistas pre-

sententes, que son los únicos que gozan de un interés protegido por la norma, y no a los futuros e invisibles socios.

De esta idea se hace eco, de forma más o menos clara, la Dirección General cuando señala que «sólo en los casos concretos en que se plantea surge tal derecho..., que pueden ejercitarse al crearse la sociedad o cuando se renueve el Consejo de Administración».

d) Y porque —como ya se ha dicho— la facultad que a la Junta general concede el artículo 75 es ilimitada. En tal sentido, y como botón de muestra, recordemos que la Dirección ha dicho no sólo que la Junta general puede separar a los administradores sin que el tema esté incluido en el orden del día, sino que la misma Junta puede proceder al nombramiento de nuevos administradores.

#### IV. CONCLUSION

Al principio del presente comentario dijimos que las Resoluciones estudiadas nos habían sorprendido agradablemente. Y ello se debe a que, a nuestro juicio, la realidad del derecho vivo de sociedades, y la realidad del tráfico jurídico mercantil, imponen la admisibilidad de los nombramientos de administradores por plazo indefinido.

En este sentido nos congratulamos con la Dirección General, aunque no podemos silenciar que —como hemos visto a lo largo del presente trabajo— las Resoluciones se quedan, a veces, a medio camino, sin profundizar en sus alegaciones, dejando algunos puntos en la penumbra; y esa profundización hubiese sido necesaria no sólo por rigor, sino porque, como es conocido, el T. S., en sentencia de lo de junio de 1978, de forma clara y rotunda, negó la validez de los nombramientos de administradores por plazo indefinido.

**V. JOSÉ CASTILLO TAMARIT,**

*Notario*

# VIDA JURIDICA

## **Notas sobre conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid el mes de noviembre de 1980 sobre «Bienes de la personalidad».**

Como ya es habitual, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, desde que se publicó en el «Boletín Oficial del Estado», la nueva Constitución española de 1978, se vienen celebrando, bajo los auspicios del Departamento de Derecho Civil, diversas conferencias cuyo objeto principal es el análisis de las distintas y variadas repercusiones que el texto constitucional produce en la legislación civil vigente. En esta línea se han realizado diversas conferencias y seminarios sobre temas como fuentes del derecho; principios generales; codificación y constitución y legislación civil de las comunidades autónomas. Como no podía ser menos, por tratarse de un tema, querido por los civilistas y de hondas repercusiones prácticas, se escogió para su desarrollo en el mes de noviembre del año pasado, el de los bienes de la personalidad en la Constitución. El objeto o fin de dicha elección era conocer las distintas posiciones que sobre la materia se vienen manteniendo tanto por publicistas como privatistas, ciñendo el estudio de la misma a cuatro temas importantes y de gran actualidad:

«La protección jurisdiccional de los bienes de la personalidad», desarrollada por el profesor Lorenzo Martín-Retortillo, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, el día 18 de noviembre de 1980.

«La libertad de expresión en la Constitución», expuesta por el profesor Jesús Leguina Villa, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco, el 19 de noviembre de 1980.

«La tutela constitucional de la libertad civil», desarrollada por el profesor Ángel López y López, catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla, el día 25 de noviembre de 1980.

«La intimidad privada», expuesta por el profesor José Beltrán de Heredia y Castaño, catedrático de Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid, el día 26 de noviembre de 1980.

Ninguna de ellas puede ser aquí objeto de un análisis detallado por no ser ni el momento ni el lugar, limitándonos a hacer, por tanto, una breve reseña de cada una, destacando lo que, a juicio de quien suscribe, resultó ser el centro neurálgico de la misma.

Abrió el ciclo de conferencias el profesor Lorenzo Martín-Retortillo quien, tras analizar la legislación vigente hasta el momento de promulgarse la Constitución y hacer referencia al origen eminentemente jurisprudencial que ha tenido la tutela de los bienes o derechos de la personalidad, calificó a éstos de auténticos derechos subjetivos y destacó la insuficiencia que hasta el momento suponía la simple tutela por la vía de la protección a través del Derecho Civil, y en especial de la indemnización de daños del artículo 1.902 C. c.

Seguidamente pasó a analizar el artículo 53 del texto constitucional, destacando en él la tutela directa de todos los derechos y libertades contemplados en el capítulo 2.<sup>º</sup>, título primero del mismo, con especial referencia a los regulados en la sección 1.<sup>a</sup> de dicho capítulo. Posteriormente, y en la misma línea, analizó las normas promulgadas en aplicación del texto constitucional, a saber, la Ley de 26 de diciembre de 1978 («B. O. E.» de 3 de enero de 1979) y el R. D de 20 de febrero de 1979, dictado en aplicación de aquélla, extendiendo la tutela jurisdiccional a los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el secreto de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, libre circulación por el territorio nacional, etc. En dicho análisis se apuntó la idea de que los derechos fundamentales y libertades públicas no necesitan de desarrollo legislativo posterior, pues su regulación y protección se hace ya de forma directa por la Constitución.

Es de destacar de dicha conferencia la relación e interconexión que se hace por el profesor don Lorenzo Martín-Retortillo con el sistema de protección de los derechos humanos, tanto a nivel internacional (O. N. U.) como a nivel regional (C. E. C.). En dicha línea se analiza primeramente la llamada que nuestra Constitución hace a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias, ratificadas por España, en sus artículos 10.2 y 96.1, de donde se deduce el carácter vinculante de los mismos. Se le da especial relieve a la ratificación por España de la Convención Europea de Derechos Humanos y a su participación en el sistema de protección jurisdiccional brindado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al que tienen acceso los ciudadanos de los Estados miembros de la Convención, directamente, tras agotar las vías de tutela de carácter nacional.

Como consideración final se apuntó el que los derechos de la personalidad han obtenido ya una protección en un ámbito mucho más amplio: el de los derechos y libertades fundamentales, lo que lleva al profesor Martín-Retortillo a preguntarse si no se va a ver diluida la teoría civilista de los bienes de la personalidad en la tutela y defensa de los derechos fundamentales.

Continuando con el ciclo, el profesor Jesús Leguina Villa dividió su exposición en tres apartados, a saber: análisis de las libertades públicas y sus características, encaje de la libertad de expresión dentro de las libertades públicas y análisis de sus manifestaciones; límites de la libertad de expresión.

Dentro del primer apartado se destaca el valor relativo de las libertades públicas, que en cada momento histórico vienen a coincidir con las aspiraciones sociales básicas, señalándose como características su contradiccioniedad (algunas de ellas pueden entrar en colisión); su inviolabilidad, limitada por la coexistencia de otros intereses (seguridad del Estado y artículo 55.2, texto constitucional) y su expansividad, al considerarse como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 Constitución). Con arreglo al texto constitucional, divide el profesor Leguina las libertades públicas en dos grupos, según que su tutela se encuentre o no reforzada, analizando para ello el artículo 9.1 y 53 de la Constitución. A su juicio,

el artículo 53 no es una mera repetición del 9.1, sino que añade un plus de normatividad, señalando como garantías especiales de los derechos y libertades consagrados en la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo II del título I de la Constitución: la reserva de Ley orgánica, el amparo judicial ordinario y el amparo del Tribunal Constitucional.

Con referencia al estatuto sobre las libertades, que brinda el capítulo II del título I de la Constitución, señala: que es completo y operativo por sí mismo; que se aplica directamente sin necesidad, en principio, de desarrollo ulterior y que en relación con las normas anteriores contrarias a su regulación, implica su derogación (disposición derogatoria 3.<sup>a</sup> de la Constitución) sin necesidad de declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

En cuanto a la libertad de expresión, en concreto, destaca el que se trata de la libertad por excelencia, siendo la más representativa del sistema democrático, aunque también la más quebradiza. Pone de manifiesto en la misma una doble dimensión, tanto individual (libertad de pensamiento y opinión), como colectiva (factor esencial de configuración de la opinión pública e instrumento de garantía del pluralismo político, fundamentalmente de las minorías), y resalta, al analizar el artículo 20 del texto constitucional, que en el mismo se contemplan dos prohibiciones: la de censura y la de secuestro. Conviene destacar que en cuanto a la censura, el profesor Jesús Leguina adopta un concepto amplio incluyendo en ella cualquier tipo de control administrativo previo o posterior, que restrinja o dificulte el ejercicio de la libertad de expresión.

Puede manifestarse que el tema que más preocupa al profesor de la Universidad del País Vasco es el de los límites al ejercicio de la libertad de expresión, que analizó en profundidad, interpretando el apartado 4 del artículo 20 del texto constitucional. Imposible, por razones de espacio, dar una versión íntegra debiendo destacarse que:

a) En cuanto a los límites que representan los derechos y libertades del mismo título, no todos los regulados son derechos fundamentales, ni todos éstos gozan de la misma protección, por lo que habrá que tenerse en cuenta, en caso de colisión, el rango de cada uno.

b) En cuanto a los límites impuestos por la protección al honor, intimidad, propia imagen y protección de la juventud y de la infancia habrá de estarse al caso concreto; señalándose, con respecto al honor, que el que se protege se refiere a la honra de la persona física individual, exclusivamente.

c) En cuanto a los límites que surjan de las leyes que los desarrollean, mantiene que en principio no necesitan de desarrollo ulterior por ley, y si son desarrollados, la única finalidad de ésta consistirá en hacer real la eficacia del derecho. Se muestra contrario en este sentido a que puedan crearse nuevos tipos delictivos. En cuanto a la normativa vigente, en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, analiza tanto la legislación administrativa (Decreto-Ley de 1 de abril de 1977; Ley de Prensa; Decreto de 31 de marzo de 1976; Orden de 2 de marzo de 1978; Orden de 21 de mayo de 1975; Decreto de 11 de noviembre de 1977), como la penal

(Código de Justicia Militar, Decreto-Ley de 26 de enero de 1979, Código Penal), llegando a la conclusión de que dichas normas, o bien se encuentran derogadas completamente, o bien algunos de sus preceptos.

Siguiendo el ciclo de conferencias e iniciándolo al mismo tiempo, pues cambian los puntos de vista en la exposición, el profesor Angel López y López realiza un notable esfuerzo por conseguir una construcción dogmática del derecho a la libertad, al tiempo que analiza las influencias que sobre el mismo pudiesen tener los distintos regímenes económico-sociales.

Centrando el tema, analiza el concepto de libertad jurídica como «actuación sin impedimentos sociales» para referirla seguidamente al derecho a la libertad, que pasa a denominar «civil». Lo concibe en un primer momento como derecho subjetivo, lo que a su juicio presenta una inmensa problemática que analiza con arreglo a tres criterios: a) conceptual; b) metodológico, y c) histórico.

Partiendo del concepto de derecho subjetivo como atribución al individuo de una situación de poder concreta sobre una realidad del mundo exterior, describe el problema que se presenta al considerar al mismo sujeto como objeto del propio derecho subjetivo. Destaca que la libertad sería la premisa necesaria para ejercitar cualquier derecho y en este sentido sería imposible considerarla como objeto de un derecho subjetivo.

Ello le lleva a plantearse la pregunta de si puede la libertad objetivarse con independencia del sujeto. El intento de objetivación lo analiza al hilo de las explicaciones del profesor italiano De Cupis, que eleva la libertad a la categoría de bien, en sí mismo, correspondiendo a la necesidad de actuar según el propio arbitrio del individuo y dentro de los límites de la Ley. Aunque se reconoce el esfuerzo del profesor italiano, se señala, por un lado, que no se consigue la objetivación y sí únicamente cierto grado de abstracción, y por otro, que se acaba por definir la libertad desde el punto de vista negativo: falta de obstáculo en el actuar, únicamente limitado por la Ley. Según el profesor de Sevilla de este tipo de libertad, no sería nunca un derecho subjetivo, pues viene definida desde el punto de vista de sus límites por «el derecho objetivo. Se trataría del ámbito del «agere licere».

En su análisis histórico pone de relieve el que existe una revisión paralela de los conceptos de libertad y derecho subjetivo. Al hilo de las explicaciones del profesor italiano Orestano, destaca el cómo la libertad jurídica ha sido entendida tradicionalmente como el conjunto de garantías que regulan las restricciones a la libertad. En este momento no se niega el concepto de libertad en sentido positivo (poder del individuo para hacer cosas concretas), pero sí su elevación o categoría. En este estudio histórico, que coincide con el paso del Estado absolutista al parlamentario (S. XVIII), la libertad cumple la función de reservar un ámbito al individuo en sus relaciones con el poder político. Se trataría de manifestaciones sectoriales de la libertad, entendida en sentido negativo. Aquí, ámbito del privado, libertad y derecho subjetivo cumplen la misma función. En la evolución posterior se produce la configuración de los derechos concretos de libertad como parte integrante de los derechos públicos subjetivos, manifestándose ya la escisión entre ámbito del privado, derecho subjetivo y libertad, que

a partir de este momento cumplirán funciones diferentes. Los primeros reservando un concreto ámbito de poder a las personas y la segunda garantizando al individuo frente a los poderes públicos.

Al analizar el texto constitucional constata la evolución señalada. Así, en los artículos 16, 17, 18, 19 y 20 (libertades públicas) ve, el citado profesor, la garantía frente a los poderes públicos (libertad negativa), que aparece en un primer plano. En los artículo 32, 33, 34, 37 y 38 observa la atribución de ámbitos concretos de poder (libertad positiva) a los particulares en tanto en cuanto particulares, apareciendo la garantía frente a los poderes públicos, en un segundo plano. Resalta que estos concretos ámbitos de poder, salvo lo dispuesto en el artículo 32, tienen todos ellos contenido patrimonial, de donde deduce, como conclusión, que el ámbito propio de la libertad «civil» en nuestros días se concreta en la libertad para poder ser agente económico en las relaciones sociales de tipo capitalista.

Cierra el ciclo de conferencias el profesor José Beltrán de Heredia, quien diserta sobre los bienes de la personalidad, en general, para pasar al análisis posterior de la intimidad privada, y al anuncio de la publicación de una próxima monografía sobre el tema.

Se abre la disertación con consideraciones de tipo general entre los que deben destacarse que el concepto de intimidad privada es más amplio que el del honor, propia imagen, etc., y la necesidad de un tratamiento global de la figura, donde los problemas doctrinales deberían quedar en un segundo plano, debiendo atenderse fundamentalmente a la solución de los casos concretos. Señala que el proyecto de protección civil de este tipo de derechos sigue en principio el método anglosajón donde se parte de un concepto más amplio, el de «privacy», que engloba todos los derechos que se refieren a la persona en sí misma. Se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912 como la primera que construye la protección desde el punto de vista civil.

Acto seguido se para a analizar el concepto, clases y características de los derechos de la personalidad. A juicio del profesor de Madrid, es preferible hablar de derechos subjetivos que de bienes, pues éstos no son más que un eslabón en la construcción del derecho subjetivo, que existirá siempre que se dé un interés jurídicamente protegido. En cuanto a las características, señala la esencialidad, la inherencia a la propia persona (artículo 10 Constitución) y su extrapatrimonialidad de la que se deduce su imprescriptibilidad e irrenunciabilidad. En cuanto a las clases, habla del aspecto físico de la persona (integridad física) y del aspecto moral (integridad moral, artículo 15 Constitución). Dentro de este último señala dos facetas, ya recogidas por la Sentencia mencionada, una social (honor y fama) y otra individual (intimidad en sentido estricto: intimidad de la casa, propia imagen y reserva).

En cuanto al honor y con amplia aportación de jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, analiza su concepto y protección. Con referencias a la ley francesa de 17 de julio de 1970, distingue un doble sentido, subjetivo (dignidad de cada cual) y objetivo (estima de los demás), señalando que es en este último donde puede producirse una vulneración, objetivamente constatable. Analiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1962,

destacando en ella que el derecho al honor comprende todas las posibles manifestaciones de la estima de los demás. Sobre la protección señala la doble vía: pública (Código Penal y Constitución) y privada (artículo 1.902 del Código civil), destacando que no son incompatibles, pues cubren ámbitos y funciones distintas.

Al analizar el concepto de intimidad privada alude a un concepto genérico de la misma que ha venido vinculado doctrinalmente con el derecho de propiedad (el hombre se consideraba como propietario de su cuerpo, su honor, etc.) y que se identifica con la ya célebre expresión anglosajona «let me be alone», junto a este concepto amplio distingue otro más estricto en el que se comprendería el derecho a la propia imagen, que analiza seguidamente.

Respecto al derecho a la propia imagen destaca su gran complejidad, ya que con él se entrecruzan otros muchos derechos (autor, fotógrafo, pintor). Expone que el núcleo del problema lo constituye el control de la difusión de la imagen, pues la captación de ésta es imposible de controlar, señalando que en el proyecto de protección de dichos derechos se exige el consentimiento de la persona retratada (artículo 2, apartados 2 y 3). Se plantea el problema de si la protección de dicho derecho puede llegar incluso a la destrucción del clisé, contestando negativamente, pues basta con prohibir la difusión. Seguidamente analiza diversos supuestos que considera de vulneración del derecho, como serían todos aquellos casos de utilización de fotos con fines distintos a los analizados (leyenda a pie de fotografía, trucaje de la misma, utilización extemporánea).

En relación con la protección de dicho derecho, analiza los artículos 18 de la Constitución, 7.<sup>º</sup>, apartados 4 y 5 del Proyecto de Protección Civil y los referentes al delito de injurias del Código Penal, destacando que dicha protección tendría sus límites, no siempre totalmente definidos, por lo que habría que estar al caso concreto, en la popularidad (políticos, artistas), en los fines (científicos, culturales) y en las necesidades de la justicia.

CÉSAR SEMPERE

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**BONINI, Roberto:** «Disegno storico del diritto privato italiano (dal Codice civile de 1865 al Codice civile del 1942)». Bologna, 1980. Editorial Patron. Un volumen de 178 págs.

En nuestro mundo europeo occidental actual, donde el espíritu común de su entidad sólo se ha logrado en parte por la vía económica, hay un movimiento nostálgico e intimista de reafirmar las particularidades regionalistas. También, ahora, a los historiadores del Derecho y a los romanistas italianos les interesa más el remozar y redescubrir el «italianismo» que profundizar en la «romanística» de base imperial. Así, un ilustre romanista, como es el profesor Bonini, especialista de la época justiniana, ofrece ahora una primera síntesis del desarrollo histórico del Derecho privado más inmediato y antecedente al actual, el del período que comprende desde la codificación civil italiana de 1865 hasta su reforma de 1942.

Con este estudio se trata de analizar una época que, todavía, es muy polémica políticamente en el propio país, como fuera de él, pero que comienza a quererse enjuiciar desde planos y aspectos más científicos como el sociólogo, el cultural, el económico y el jurídico. Desde este último aspecto se tratan de valorar los hechos, acontecimientos y resultados que dieron como resultado el Código civil, que, en su mayor parte, está todavía vigente en Italia.

La tarea no es fácil, sobre todo en un ambiente como el italiano actual, donde se ha perdido mucho de aquella «clasicidad política» de las décadas de los años cincuenta y sesenta, al radicalizarse y entrar en una fase de desencanto de irritación intelectual y social.

Un estudio como el del profesor Bonini, realista y documentado, no sólo viene a serenar los ánimos, sino también a valorar las contribuciones más auténticas, a señalar los errores y excesos la legislación civil de un pueblo, tan glorioso en su tradición jurídica.

Esta obra, que va a integrar uno de los capítulos fundamentales de un tratado de Derecho civil, aborda dos períodos históricos muy concretos: 1. Desde el Código civil de 1865 a la primera guerra mundial, y 2. Desde la primera guerra mundial al Código civil de 1942.

En el primer período se estudia la formación del Código civil de 1865, las ideas políticas, económicas y sociales que contribuyeron a su formación y publicación, sobre todo de aquellos ideales individualistas de la tendencia liberal y napoleónica, así como los compromisos de la Iglesia católica y el Estado, además de los ideales vagos de un «socialismo jurídico» de poca influencia todavía en un código de Derecho privado, donde la «cuestión

social» aparecerá más tarde en su encuadramiento técnico-jurídico a través de los nombres prestigiosos de Barassi, Redenti, Carnelutti y Scialoja.

Un segundo período, que el autor establece, es el que va desde la primera guerra mundial al Código civil de 1942. Esta es la parte más pormenorizada en su análisis con seis partes. La primera comprende desde la legislación de guerra a aquella otra (1923 a 1925 por la que se delega al gobierno para la reforma al Código civil; la parte dos se refiere a la primera fase de las labores preparatorias llevadas a cabo en los años 1924, 1925 hasta 1939; la parte tres trata los orígenes y el desarrollo del sindicalismo fascista y su ordenamiento corporativo; la cuatro contiene la fase final de los trabajos preparatorios del Código civil (1939 a 1942); la parte cinco ofrece el contenido del nuevo Código civil, sobre sus libros «De las personas y de la familia», «De las sucesiones» y «De la propiedad»; la parte seis abarca los libros «De las obligaciones», «Del trabajo» y «De la tutela de los derechos».

Con esta obra se realiza una aportación fundamental sobre uno de los Códigos civiles europeos de gran calidad y finura jurídica; las fuentes y la bibliografía aportadas son de un valor estimable, que contribuyen muy eficazmente al esclarecimiento, valoración e identidad de lo italiano en una organización normativa tan fundamental como es la del Derecho privado.

JOSÉ BONET CORREA

**HIPPEL (Eike von): "Verbraucherschutz", 2. völlig neuarbaleitete Auflage. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1979. 365 págs.**

El profesor von Hippel es uno de los autores que ha dedicado mayor atención a las cuestiones referentes a la protección de los consumidores y es, además, uno de los mejores conocedores del movimiento a favor del consumidor en todos los países de Europa (1).

El libro reseñado es la segunda edición de la obra, editada primero en 1974 (2), y que ahora se publica de nuevo, revisada y muy ampliada; contiene unas sesenta y cinco páginas más; es de nueva redacción el § 5, sobre la protección del consumidor respecto al aumento de precios. Se le añade el apartado "Algunas indicaciones prácticas" y se han puesto al día los documentos recogidos en el Apéndice.

La obra se estructura dividiéndose en Parte general (páginas 3 a 145) y Parte especial (páginas 149-212).

El autor señala que desde antiguo y en todos los países hay normas de Derecho privado, de Derecho penal y de Derecho administrativo, que directa o indirectamente vienen a proteger al consumidor; mas ellas son reglas esparridas en variadas leyes, en distintas esferas jurídicas, y sin coordinación alguna. Piensa que se debe tratar de integrarlas en un "Sistema de la Protección del Consumidor", y que en éste debe tenerse en cuenta la creciente necesidad actual de proteger al consumidor. Para lograr tal "Sistema", nos dice, hace falta señalar y dilucidar cuáles son los fines y métodos para la sistemática de la protección del consumidor.

Establece el siguiente catálogo de fines: 1) Protección del consumidor respecto de productos defectuosos y peligrosos (3); 2) Protección frente a la publicidad ilícita; 3) Protección respecto de las condiciones ilícitas de los negocios (4); 4) Protección respecto de aumentos de precios; 5) Cómo hacer valer las acciones individuales de los consumidores.

A cada uno de estos fines o propósito se dedican los §§ 3 al 6.

Como métodos o caminos para conseguir o para mejorar la deseada protección del consumidor, se enumeran como posibles a los siguientes: 1) Medidas legales; 2) El autocontrol de la economía; 3) Exigir la competencia; 4) Organización del consumidor; 5) Estar representado el consumidor; 6) Información e instrucción del consumidor; 7) Control judicial; 8) Control administrativo.

De estos apartados me parece de especial interés práctico el dedicado a la organización de los consumidores, en donde se señala lo realizado en varios países y también las uniones internacionales existentes (6). Se indican además las dificultades para su constitución y desarrollo. Sería, nos dice, de gran importancia la colaboración con los sindicatos de trabajadores; pero los intereses de éstos y los de los consumidores en general vienen a chocar (al menos, en apariencia): mayores jornales-bajos precios; cierre a las importaciones-libre cambio.

Es de lamentar que no se tenga en cuenta entre los medios para proteger al consumidor, el que ofrece la tendencia —ya visible en las de algún país— a reformar el Derecho de la contratación, abandonando la doctrina de la ilimitada (deformada) autonomía de la voluntad; la que se suele designar como protección a la parte más débil en el contrato (6).

En la Parte especial se examinan ciertas manifestaciones de importancia práctica de protección del consumidor. Se trata de las siguientes: Protección del comprador. Protección de quien compra a plazos. Protección de quien toma dinero a préstamo. Protección de quien toma un seguro. Protección de quien contrata con instituciones privadas de enseñanza, en especial en las llamadas "a distancia"; Protección del turista. En cada uno de los capítulos se hace referencia no sólo a las leyes alemanas y a las de varios países de los que tienen especiales medidas de

---

(1) Por dicho motivo le fue encargado y hubo de redactar el informe *Der Schutz des Verbrauchers von unlauteren allgemeinen Geschäftsbedingungen in den EG-Staaten*, Rabels Z. 41 (1977-2), págs. 235-280.

(2) De esta edición hay una reseña de Santos Briz (Jaime). R. D. Pr., noviembre 1975, págs. 988-989.

(3) Sobre ello trató VON HIPPEL, *Produktenhaftung und Verbraucherschutz*, Betrieb Berater, 1978, págs. 721 sig.

(4) Sobre ellas, el eruditísimo informe citado en la nota (1) para la Comisión de la Comunidad Europea.

(5) Datos que se completan en el apartado final del libro, "Indicaciones Prácticas", en el que se refieren las organizaciones existentes en Alemania Federal, con mención de direcciones postales y telefónicas.

(6) El autor, en el capítulo dedicado a la protección frente a las condiciones negociales ilícitas, señala la posibilidad de aumentar el Derecho imperativo o de establecer un Derecho semi-imperativo, sólo alterable en favor del consumidor, con lo que se eliminarían cláusulas injustas, aunque no estuvieran consignadas en las cláusulas generales de los contratos (págs. 104-109).

protección, sino también a los esfuerzos de las organizaciones internacionales para proteger los consumidores en los citados sectores de la economía.

Se completa la obra con un Apéndice en el que se recogen los textos de algunos importantes documentos sobre protección del consumidor de los Estados Unidos, Japón, Alemania, México, Francia, Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE), Consejo de Europa y Comunidades Europeas.

R. E. D.

**LIPARI, Nicoló: «Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza». Prólogo de Evelio Verdera y Tuells. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1980, 738 págs.**

El profesor Verdera, creador y director de los «*Studia Albornotiana*», ofrece hoy, en el tomo XXXVIII de los «*Studia*», una obra interesante y «novedosa», en su propósito y realización. Mas antes de entrar a dar cuenta del contenido de esta obra, creo debido señalar a la atención del lector la importancia e interés del Prólogo que la avala. Con ocasión de presentarnos el libro, se nos ofrece una visión de las direcciones más recientes de la doctrina italiana, por quien puede, sin exageración, calificarse como el mejor conocedor en España de la vida jurídica italiana.

Sobre la obra reseñada, sobre el proceso de su elaboración y sus propósitos, nos informa el profesor Lipari en «Introducción a la edición española» (págs. 17-35). Nace por iniciativa y bajo la dirección de dicho profesor. Se crea al efecto un grupo de trabajo constituido por quince colaboradores, elegidos y guiados por Nicoló Lipari. Se nos dice que, aunque cada sección de la obra se basa en la ponencia de uno de los investigadores, de hecho, durante cuatro años, se estudia y discute libremente cada cuestión, de modo y manera que, en realidad, se nos aclara, no puede hablarse de autores, sino de coautores.

El primer capítulo (págs. 37-93), sobre «Las viciitudes de la Codificación», de A. M. Priscigalli. Se trata de captar la conexión que media entre la idea de Código y las corrientes de pensamiento que determina cada uno, desde el Código de Napoleón hasta el Código de Mussolini de 1942, para terminar refiriéndose al significado de la Constitución republicana italiana.

El capítulo II, «El problema de la interpretación jurídica» (págs. 95-113), es debido al maestro Lipari; en el que se considera especialmente la función crítica del jurista como «científico social».

El capítulo III, de G. Coturri y G. Piepoli, se titula «Individuo y grupos sociales» (págs. 115-215). Contiene tres grandes apartados: Perfiles constitucionales; Personas jurídicas y Organizaciones sin personalidad jurídica. El grupo familiar. En los que se pone el acento en los aspectos sociológicos y políticos.

El cuarto capítulo (págs. 217-251), «Propietarios y sujetos interesados en

el uso social de los bienes», por M. Constantino, se subdivide en tres secciones: «Perfiles fundamentales de la propiedad», «Tener» y «Actuar». En este capítulo se trata de explicar porqué la propiedad ha sido sustituida por la empresa en la posición de institución predominante en el campo económico. Dándose especial relieve a la «función social» de la propiedad, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución republicana.

«Utilización del contrato y disciplina del negocio» es la denominación del capítulo quinto (págs. 283-383), que aparece sin nombre de autor. Contiene secciones sobre «Estructura del contrato», «Licitud y moralidad del acto», «Formación del contrato, autonomía y contratación estandarizada», «Autonomía contractual e iniciativa económica». Se intenta replantear la disciplina de la autonomía de la voluntad a la luz de la Constitución italiana y en su relación con las operaciones económicas.

El sexto capítulo, «Circulación de los derechos y adquisición de los bienes» (págs. 385-442), debido a G. Tatarano, se ocupa de la circulación de la riqueza; desde el punto de vista de la Constitución se pone en duda el «principio del consensualismo» y se señala el impacto de las leyes especiales en el campo del tráfico de bienes.

En séptimo lugar, por G. Tucci, se encuentra el capítulo VII, «Responsabilidad civil, daños injustos» (págs. 423-476). Se han tratado de examinar las fases fundamentales de su evolución, desde el iusnaturalismo hasta los Códigos, de la responsabilidad por culpa o la responsabilidad objetiva; de la distinción de la responsabilidad contractual y la responsabilidad aquiliana, y, en fin, del paso de la responsabilidad civil a la Seguridad Social.

El capítulo octavo, por Scannicchio, «La actividad empresarial y los particulares», es, con mucho, el capítulo más extenso del libro (págs. 479-680). Consta de dos secciones: «Derecho privado y ejercicio de la actividad económica» y «La actividad de producción y la figura jurídica del empresario». Supone una llamativa invasión en el campo generalmente tenido por propio y exclusivo de los mercantilistas. Lo que se justifica, más que por la inclusión en el Código civil de 1942 de un libro quinto «Del trabajo», en el que se disciplina con detenimiento la empresa, considerando la relación que liga la actividad del empresario a la disciplina de todas las situaciones jurídicas privadas.

El noveno capítulo, debido a E. Resta, se titula «Cambios sociales y reflexión jurídica» (págs. 681-716). Plantea el tema de la Naturaleza y función del Derecho, no considerado de modo abstracto, sino en la realidad de las relaciones institucionales que existen en la relación Estado-sociedad civil.

El libro concluye con un Apéndice, «Análisis de la jurisprudencia» (páginas 717-738), por V. M. Caferra. En este último trabajo no se trata de la función de la jurisprudencia, sino principalmente del modo cómo se ha de estudiar la jurisprudencia.

Dar ahora una opinión sobre este «Derecho privado», en detalle y fundada, es algo imposible, a causa de la gran extensión de la obra y de los límites propios de una reseña bibliográfica. Habré de limitarme a ofrecer mis impresiones de lector y de «jurista con prejuicios».

La crítica acerba que dirige Lipari, en la «Introducción a la edición española», a los Manuales de Derecho privado italianos, la que también puede

encontrarse a lo largo y a lo ancho de la obra, parece justa, aunque algo exagerada. Es cierto que los Manuales italianos, modelos de buen orden y elegante concisión, pecan de abstractos y alejados de la realidad práctica; ellos y la mayor parte de la espléndida labor monográfica de la ciencia jurídica italiana adolecen de lo que ha podido llamarse «neo-pandectismo» italiano. Mas también me parece que el «Derecho privado» que reseñamos no es tampoco muy adecuado para una enseñanza apropiada, al efecto de preparar al estudiante para la práctica jurídica. El lector no encontrará la cita de un solo caso práctico, el examen de una cuestión planteada en la realidad y a resolver ante los Tribunales.

Se nos dice que el Derecho se inserta en la sociedad, con su pluralismo, teniendo en cuenta la conflictividad propia del mismo, contribuyendo a las transformaciones sociales, con una toma de conciencia alternativa. De hecho, el libro se inspira en un criterio nada pluralista, y que puede calificarse de «progresivo»; ello puede verse claramente en la sección dedicada a la familia, la que se estudia como uno de tantos «grupos sociales» (págs. 167-215). En este apartado, me parece digno de meditación lo que se dice, criticando las opiniones de los autores que propugnan reconocer al juez un poder de intervención generalizado, tendente a garantizar «la vida ordenada» del núcleo familiar.

Obra interesante, como modelo de «investigación dirigida» y en grupo. Tiene para el lector un doble valor. Sugestivo, al incitar a la réplica y a ahondar en el estudio del porqué de los propios criterios; informativo, especialmente en las displicencias en letra pequeña sobre el estado de la cuestión, en las que se informa bien sobre las direcciones más modernas de la doctrina italiana (no de la no italiana). Lástima que a menudo las referencias sean incompletas, citando sólo al autor o no mencionando páginas; lo que hace que el lector dude y no pueda comprobar lo citado.

La traducción se debe a Colegiales del Real Colegio de España en Bolonia, en general cuidada, y en la que hay que agradecer la cita de las traducciones al español de algunas de las obras mencionadas en el original.

R. E. D.

**RICO PEREZ, Francisco:** «La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho civil». Madrid, 1980. Editorial Montecorvo, S. A. Un volumen de 318 págs.

La gran sensibilidad y vocación del profesor Rico, ha dado como resultado valioso esta completa obra sobre la temática de la protección de los menores, que viene avalada por un elogioso prólogo del ilustre profesor de la Sorbona, Philippe Malinvaud, presidente de la «Asociación Henri Capitant».

Este amplio estudio se divide en cuatro partes bien concebidas. Después de una «Introducción» sobre las razones y fines que condujeron al autor a realizar esta obra, una primera parte es consagrada, fundamentalmente,

a la evolución histórica de los derechos del niño a través de los pueblos antiguos, Grecia y Roma, entroncándose en nuestros Fueros del medievo, examinando el mundo moderno hasta el contemporáneo; ya aquí, se traen las leyes de protección social a la infancia, desde la más fundamental y general, como es la Constitución, hasta la más especializada, como puede ser la que cree un estatuto del menor.

La segunda parte, propiamente civilista, acoge el método savigniano de estudio para la exposición de los derechos y obligaciones, facultades y deberes del menor; se inicia con una «parte general», pues, donde se exponen las cuestiones que presenta el ordenamiento español en cuanto a la protección del concebido, la modificación de la capacidad del menor, la mayoría de edad, la emancipación y habilitación de edad, la vida independiente del menor no emancipado, la mayoría de edad en Aragón, el domicilio como medio de protección de la infancia, la protección de los menores en la ausencia, la nacionalidad de los menores, la vecindad civil de los hijos de familia y el menor en la prueba testifical.

Dentro de las «obligaciones y contratos» se estudia la capacidad contractual de los menores, la compraventa especial de los bienes de los menores, los menores y el contrato de donación, el arrendamiento de las cosas del menor, la protección del menor en el arrendamiento urbano, la prohibición a los menores de tomar dinero a préstamo, la protección del menor en el contrato de trabajo, la representación y el mandato, los menores en el contrato de sociedad civil, los contratos de juego y apuesta, los menores y el contrato de fianza, el contrato de transacción, el contrato de compromiso y la responsabilidad de los menores.

En cuanto a la titularidad de los menores sobre los «derechos reales», se aborda en esta obra el derecho de propiedad que ostentan, su capacidad en la posesión, el derecho de los menores a cazar y pescar, la protección de la infancia en la propiedad horizontal, la propiedad intelectual e industrial, la protección a la infancia en los usufructos familiares, el derecho de habitación como protección familiar y las hipotecas legales en favor de los menores.

Respecto al «derecho de familia» del menor, se destaca la familia como centro protector y formativo del niño, la capacidad que adquiere el menor para los espousales y el matrimonio, la protección de la infancia en la separación personal de los cónyuges, la administración de la sociedad conjugal, las capitulaciones matrimoniales, las donaciones por razón de matrimonio, el reconocimiento de hijo natural menor, la protección de los adoptados, la función protectora de la patria potestad, la protección de los menores en la deuda alimenticia, la tutela de los menores y la acción tutelar de los tribunales de menores.

Para el «derecho de sucesiones» del menor, se concretan las cuestiones sobre la aceptación y repudiación de la herencia, la capacidad testamentaria del menor, los menores en las sustituciones pupilar y ejemplar, la sucesión de los impúberes en el Derecho foral, el legado de alimentos y educación para menores, estudiantes favorecidos por imposición modal, los menores y el albaceazgo, el menor como administrador de la herencia y los menores en la partición hereditaria.

La tercera parte del estudio se dedica a contemplar el proyecto de reforma del Código civil y el panorama internacional de protección a la infancia. Se examina el proyecto de reforma al Código civil («B. O. de las Cortes» de 14 de septiembre de 1979) respecto a la filiación, patria potestad y régimen económico del menor. En cuanto a la protección internacional de la infancia se recogen las «Declaraciones sobre los Derechos del Niño», de Ginebra, y la «Nueva Declaración», de 1959, más documentos y acuerdos internacionales, así como lo logrado en las Jornadas Egipcias de la Asociación Henri Capitant.

La cuarta parte de este amplio estudio se dedica a dar una información muy completa sobre la protección de la infancia en los diversos ordenamientos del Derecho comparado (Europa, América, Asia, Australia), para concluir con un examen de las tendencias actuales.

La calidad moral, las altas miras que el autor ha puesto en el tratamiento jurídico sobre la protección de los menores, así como su documentación y elaborado estudio, se reflejan en esta buena monografía, que ya ha merecido prestigiosos premios y honores de entidades nacionales y extranjeras.

JOSÉ BONET CORREA

**ROTONDI, Mario, «Inchieste di Diritto comparato (8). Le projet Franco-Italien du Code des Obligations». Padova, Cedam. Casa Editrice dott. Antonio Milani, 1980, 251 págs.**

Este libro recoge otra de las generosas iniciativas del profesor Mario Rotondi. Nos viene a llamar la atención hacia el Proyecto de Código de las obligaciones franco-italiano. Obra a menudo citada, pero en realidad olvidada en los más modernos trabajos para la unificación del Derecho; pienso en los de UNIDROIT y de UNCITRAL. Por ello, no parece inútil esta llamada de atención hacia dicho Proyecto. Puede servir siempre como ejemplo y por contener una serie de afortunadas iniciativas, varias de las cuales fueron recogidas en textos legislativos modernos.

El Proyecto franco-italiano resulta hoy, comparativamente, de aspiraciones modestas, respecto de los trabajos emprendidos por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, de Roma, y por las Naciones Unidas, e incluso por los más limitados del Consejo de Europa y de las Comunidades Europeas. Tiene, en cambio, la ventaja de referirse a dos países de semejantes tradiciones y desarrollo legislativo. Su ámbito además podría, sin mayores dificultades, extenderse a los países europeos y americanos que se inspiran en las mismas fuentes, en el Derecho romano y en el Código francés.

La obra que nos ocupa recoge diez trabajos dedicados al Proyecto de Código de las obligaciones; escritos en italiano, francés, español y portugués.

El primero de ellos, del profesor Rotondi, recuerda el origen del Proyecto y a los eminentes juristas italianos y franceses que colaboraron en

su redacción; y se destaca su continuado interés, aún después de publicado el Código civil italiano de 1942; el que por cierto recoge varias de las innovaciones propuestas en el Proyecto. Para el Autor, «en el campo de las obligaciones en general y de los contratos, la unificación legislativa es ciertamente posible y no es difícil en los países que derivan comúnmente del sistema de las fuentes romanas y en modo muy particular entre Italia y Francia» (1).

Nelson parte de la afirmación de que el Proyecto franco-italiano no ha ejercido casi ninguna influencia en la evolución del Derecho francés sobre las obligaciones, por lo que modifica el tema de su trabajo y lo centra en el estudio comparativo de las disposiciones contenidas en el Proyecto con las soluciones a las que ha llegado el Derecho positivo francés. Concluye diciendo que, si bien el tan repetido Proyecto merece ser consultado, no puede servir ahora de modelo, dados los cambios sociales experimentados (2).

Nuestro Luis Díez-Picazo contribuye a la encuesta con su peculiar discreción y elegancia. Examina críticamente el Proyecto a la luz de la doctrina más moderna y resume su opinión, diciendo que se trata de un trabajo muy estimable, pero que hoy ya no tiene las condiciones necesarias para convertirse en un Código (3).

El profesor Fontaine piensa que, desde el punto de vista belga, podría ser útil partir del Proyecto franco-italiano, para elaborar una obra doctrinal en la que se reflejara la tendencia *latina* en la Comunidad europea, que podría ser una etapa preliminar para la armonización del Derecho de obligaciones de los países de la Comunidad (4).

Luis M. Boffi ofrece un detenido e interesante análisis comparativo del Derecho argentino—Códigos y Proyectos—con el Proyecto franco-italiano, destacando analogías y diferencias (5).

Miguel Reale parte del Proyecto del Código civil para Brasil, de 1975, al efecto de compararlo con el Proyecto franco-italiano, destacando las peculiaridades del Proyecto brasileño, en especial la importancia dada en éste a la naturaleza de las cosas (6).

La aportación del profesor Melich tiene el especial interés de mostrar

(1) ROTONDI, Mario, profesor emérito de la Universidad de Milán, *Il progetto italo-francese delle obbligazioni*, págs. 1-20.

(2) NERSON, Roger, profesor de la Universidad de Lyon, *De l'influence exercée sur le droit français des obligations par le projet franco-italien de Code des obligations et des contrats, approuvé à Paris en octobre 1927*, págs. 21-47.

(3) DÍEZ-PICAZO, Luis, profesor de la Universidad de Madrid, *Una opinión española sobre el Proyecto italo-francés de Código de las obligaciones*, págs. 48-60.

(4) FONTAINE, Marcel, profesor de la Universidad de Lovaina, *Le projet franco-italien de Code des obligations. Reflections d'un juriste belge en 1977*, págs. 61-71.

(5) BOFFI BOGGERO, Luis M., ex ministro decano de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Las obligaciones en el Proyecto franco-italiano y en el Derecho argentino*, págs. 74-120.

(6) REALE, Miguel, catedrático de la Universidad de São Paulo, *A unidade do direito das obrigações no projeto de Código civil brasileiro e o projeto franco-italiano de 1927*, págs. 121-134.

el influjo del Proyecto franco-italiano respecto al Código civil de Venezuela de 1942 y además muy en especial el de considerar la unificación de los Códigos en Hispanoamérica, partiendo de señalar las distintas familias de Códigos y los principales problemas que habrían de resolverse previamente a la unificación (7).

Fueyo Lanieri enmarca su trabajo en el ámbito de la comparación del Proyecto franco-italiano con los Códigos civil y de comercio de Chile, señalando sus semejanzas y diferencias. Respecto de las figuras contractuales nos ofrece una clasificación propia, económica-jurídica, atendiendo a su fin o función en la realidad social y económica (8).

Mantilla afirma que el Código de comercio de Colombia, de 1970, no ofrece huellas de haber sido influenciado por el Proyecto franco-italiano. Referencia a dicho Código de comercio, que le ofrece ocasión para ocuparse de la autonomía del Derecho comercial (9).

En el último trabajo recogido, Abascal recuerda la peculiaridad del Derecho mexicano, en el que el Derecho Mercantil es Derecho federal y, por el contrario, el Derecho civil es de competencia exclusiva de cada uno de los Estados de la Federación, teniendo así 31 Códigos civiles, correspondientes a cada uno de los Estados. El Proyecto franco-italiano no ha tenido en México la importancia deseable, nos dice, aunque señala la existencia de algunas concordancias (10).

El libro reseñado tiene el interés de informarnos sobre las posibilidades de que el Proyecto franco-italiano pueda ser todavía utilizado con provecho en los futuros trabajos para la unificación del Derecho privado, y además darnos noticias no muy conocidas sobre algunos Derechos ibero-americanos.

R. E. D.

**VALLET DE GOYTISOLO, Juan:** «Estudios de Derecho sucesorio. I. El fenómeno sucesorio, principios, instituciones controvertidas». Madrid, 1980. Editorial Montecorvo, S. A. Un volumen de 511 págs.

Esta nueva recopilación sistematizada, que hace nuestro muy ilustre civilista Vallet de Goytisolo, de sus «Estudios de Derecho sucesorio», constituye un primer tomo, al que le seguirán otros, de su ingente tarea estu-

(7) MELICH ORGINI, José, profesor en la Universidad de Caracas, *La idea de un Código uniforme de las obligaciones para los países latinos y la actual legislación venezolana*, págs. 134-195.

(8) FUEYO LANERI, Fernando, profesor en la Universidad de Chile, *Proyecto de Código único de obligaciones y de los contratos para los países de origen latino*, págs. 97-233.

(9) MANTILLA PINEDA, Benigno, profesor en la Universidad de Antioquia, Medellín, *Cincuentenario del Proyecto franco-italiano del Derecho de obligaciones*, págs. 235-241.

(10) ABASCAL ZAMORA, José María, profesor en la Universidad Ibero Americana y en la Universidad Nacional Autónoma de México, *Nota sobre la influencia que ha ejercido el Proyecto italiano francés de Código de las obligaciones en México*, págs. 243-249.

diosa e investigadora, de una de las partes del Derecho civil, donde él es especialista y maestro.

Con este primer volumen sobre el fenómeno sucesorio, sus principios e instituciones más controvertidas, se comienza la serie de otros cuatro, donde se recogerán las cuestiones tratadas sobre las disposiciones de última voluntad, sobre las legítimas y las reservas hereditarias.

Ahora, este primer volumen, se sistematiza en dos partes concretas: la primera, acerca de los principios sucesorios y su actual atenuación o derogación, y, la segunda, sobre los perfiles de algunas instituciones fundamentales. Después de una «introducción», dedicada al «fenómeno sucesorio», se comienza con la primera parte, en la que se abarca el principio de necesidad de la institución de heredero y donde se encuadra una primera sección con el estudio «¿Es necesaria la institución de heredero para que exista un testamento?». En una segunda sección, en base al principio de universalidad de la institución de heredero y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada hace el análisis en cuanto a su atenuación o derogación; también recoge el trabajo en que se aborda «El derecho de no decrecer de los herederos universales y su diferencia del derecho de acrecer de los conjuntos»; además, añade un dictamen que fue referido a «Un supuesto de acrecimiento por llamamiento universal» y el extracto del estudio «¿Cabe la desheredación parcial?».

Una tercera sección, en base al principio de la perpetuidad de la institución de heredero *«semel heres, semper heres»*, encuadra las notas a dos discursos sobre «Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *sine liberis decesserit* en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil». Se añaden el comentario a una sentencia del Tribunal Supremo sobre la «Institución *post mortem usufructuarii*» y el estudio sobre «¿Es posible la desheredación condicional?».

En la segunda parte de este valioso volumen, se abarcan los perfiles de algunas instituciones fundamentales, como «La institución en cosa cierta», «El legado de parte alícuota», las «Diferentes prácticas entre atribuir bienes a título de herencia o a título de legado» y el comentario a dos sentencias del Tribunal Supremo sobre «El modo testamentario».

Este volumen viene complementado por unos índices muy elaborados sobre autores, los conceptos más destacados, así como del general de materias tratadas, que facilitan mucho su ágil manejo y el hallazgo rápido de las cuestiones concretas.

JOSÉ BONET CORREA



# REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José Ramón Antón Resco

**NUÑEZ BOLUDA, María de los Desamparados:** «Facultades de la mujer en cuanto a los bienes gananciales en situaciones normales del matrimonio». R. D. N., núm. XCIX, 1978, enero-marzo, pág. 97.

Cuatro grandes apartados constituyen el entramado y el conjunto de esta especie de monografía, que no de otra cosa se trata como afirma la autora, ya que el estudio no es más que una parte de la tesis, doctoral de la misma, dichos apartados son los actos de administración, los actos obligacionales, los actos de disposición y los actos de adquisición.

Por lo que atañe a los primeros, se enumeran con claridad meridiana las materias más importantes a saber: la administración de los frutos de los parafernales no entregados, el ejercicio de una profesión, la mujer casada socio de una sociedad mercantil y la mujer casada cooperativista. La regla general del artículo 59 del Código civil es aumentada por lo establecido en el artículo 1.412 del mismo cuerpo legal es estudiada en torno a la figura de la administración de los frutos de los bienes parafernales no entregados. Recoge la autora la opinión de Rodríguez Adrados, para el que evidentemente la administración corresponde a la mujer, al igual que para Sanz Fernández y para Cámara Alvarez.

Los actos obligacionales son estudiados a la luz de si el consentimiento es necesario para la validez del acto y la falta de éste produce la nulidad de pleno derecho, o bien, si siendo el consentimiento necesario la falta del mismo no produce la nulidad, sino la anulabilidad, o finalmente, si sólo el requisito del consentimiento marital afecta al acto para crear la responsabilidad de los bienes gananciales.

Los actos de disposición son analizados a las luces y claridades de la división entre actos a título oneroso y gratuito, así como la pretendida distinción entre bienes muebles e inmuebles. En esta materia, la autora recoge las opiniones de los autores que han tratado la materia en forma, verdaderamente exhaustiva, así como las resoluciones y sentencias más conocidas y tradicionales para llegar al tema de los actos de adquisición. Aquí se detiene, especialmente, dividiendo los problemas en la trilogía clásica: a) si la mujer casada puede o no efectuar adquisiciones de carácter ganancial; b) la naturaleza de la adquisición efectuada por la mujer, y c) los efectos que se producen por la adquisición en cuanto al patrimonio ganancial.

El tema más importante que se produce dentro del tema es la posibilidad no de que la mujer pueda comprar al contado, sino con precio aplazado, lo que hace que aquí la doctrina se muestre dividida si bien la autora recoge la opinión de Rodríguez Adrados y sostiene no sólo la validez de las compras al contado, sino también la de las ventas a plazos, originando en cada caso unas nuevas responsabilidades, no sólo en el patrimonio ganancial sino también en el patrimonio parafernial de la mujer casada.

**ROMERO VIEITEZ, FONT BOIX, OTERO PEON Y VALLET DE GOYTISOLO:** «Problemas que afectan al principio de seguridad jurídica derivados de un sistema de transmisión de inmuebles mediante documento privado. El seguro de título». R. D. N. XCIX, 1978, enero-marzo, pág. 161.

El trabajo es la ponencia presentada por este grupo de notarios, y en general, por el notariado español al XIV Congreso del Notariado Latino, celebrado en Guatemala.

Todo el estudio eminentemente práctico como corresponde a los juristas de gran valía que lo han realizado, se centra en la contestación a estas dos preguntas, ¿qué diferencia existe en torno a la seguridad jurídica según que la transmisión de inmuebles se centre en escritura pública o bien en documento privado?, ¿qué añade a la seguridad jurídica el seguro de título que garantice al adquirente de un inmueble, cuando su transmisión consta en documento privado?

Con relación a la primera cuestión se parte de la distinción entre seguridad y seguridad jurídica, se distingue entre ésta y la seguridad económica subsidiaria, así como entre la seguridad jurídica estática y la dinámica, se examinan los órganos sociales y los funcionarios públicos que intervienen en la materia en los distintos sistemas, como igualmente se analizan los instrumentos públicos y la seguridad jurídica precisa en las transmisiones inmobiliarias. La labor de la función notarial y la del Registro de la Propiedad como algo importante y las conexiones entre la función notarial y la función calificadora, así como el Registro de la Propiedad como tal institución, concluyendo esta primera parte con el examen de la función notarial en sus diversas fases y la seguridad que la misma proporciona.

La segunda parte se dedica al examen y estudio de los documentos, ¿qué son documentos directos y constitutivos?, la diferencia entre documentos públicos y privados, el contenido y la autoría de los documentos públicos y privados y la diferencia de valor en orden a la seguridad entre el documento público y el privado, la seguridad respecto de y en favor de terceros, con toda la cuestión relativa a los artículos 1.218 y 1.230 del Código civil español, el estudio completo y pormenorizado de la legitimación notarial de las firmas, su ámbito y su significado de aplicación. No contentos con esto, todavía examinan el valor y la seguridad que da al documento privado la legitimación de las firmas de los intervinientes, así como la seguridad que las mismas incorporan, la diferencia entre aquella legitimación y la incorporación a un protocolo o protocolización del documento privado y su diferencia con la elevación a público. La tercera parte de esta segunda investigación concluye con el examen y las relaciones que existen entre la fe pública notarial y los registros en sus diferentes versiones pasando por las clases de inscripciones hasta el seguro del título en sus diferentes modalidades o variaciones.

**CHICO ORTIZ, José María:** «El urbanismo y el Registro de la Propiedad». R. D. N., núm. XCIX, 1978, enero-marzo, pág. 251.

La justificación del tema es para el autor, de un lado su condición de jurista y de otro la importancia de la materia que se está convirtiendo a nuestro juicio en una de las cuestiones más importantes del Derecho moderno. Y sobre todo la importancia que puede tener el Registro de la Propiedad en arbitrar soluciones que en el día de hoy parecen imposibles en el contorno total donde el Derecho urbanístico se desarrolla y desenvuelve.

Un segundo epígrafe comprende la evolución histórica del Derecho urbanístico en nuestra patria, o mejor aún, las leyes más importantes que han servido como precedente histórico de la legislación actual. En ellas se recogen especialmente normas como la ley de ensanche, la ley de expropiación forzosa del año 1879, el proyecto de ley Chapaprieta de 1923 y otra serie de disposiciones posteriores.

El urbanismo como fenómeno social y jurídico es objeto de examen en el apartado siguiente, desarrollando materias como la propiedad en su concepto y en su dimensión, emanada de sí misma y emanada de un plan, así como un nuevo concepto o entidad el volumen edificable. La segunda parte de este estudio es destinada al desarrollo de la dogmática de las limitaciones del dominio. Termina esta segunda parte con el estudio de la relación jurídica en torno a los principios jurídicos de certeza, publicidad, seguridad jurídica y validez o nulidad.

Finalmente, el epígrafe IV se dedica especialmente a investigar, y otear el horizonte de las realidades presentes y las futuras posibilidades, deteniéndose especialmente en una serie de figuras jurídicas como son las transmisiones jurídicas voluntarias, las forzosas, la importancia de las obras nuevas, la división parcelaria, reparcelación y otra serie de figuras análogas como el acuerdo de reparcelación que conforme al artículo 101 puede reflejarse en documento expedido por el organismo que apruebe el proyecto debiendo protocolizarse el mismo reflejarse en escritura pública directamente.

El derecho de superficie y la expropiación forzosa son examinados al final de esta segunda parte para adentrarse seguidamente en el apartado final, donde ante las posibilidades futuras se estudian las formulaciones de los planes, la ejecución de los mismos y las alteraciones posteriores.

Hay una idea básica que no dudo en resaltar: la posibilidad recogida de otros autores como González Pérez y Marcos Jiménez de que los actos enumerados aún cuando se hayan realizado sin licencia de ninguna clase tiene dos notas típicas: son anulables y no nulos y además como consecuencia de ello, son inscribibles en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 98 del Reglamento Hipotecario.

**CHICO ORTIZ, José María:** «Comentarios a la reforma parcial del Reglamento Hipotecario». R. D. N., núm. C, 1978, abril-junio, pág. 7.

El Decreto de 27 de agosto de 1977 reforma el Reglamento Hipotecario y se complementa por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de diciembre de 1977.

La motivación de la reforma que invoca el legislador es el del logro de la celeridad administrativa, que a juicio del autor no es del todo convincente, pudiendo haber elegido otro motivo o finalidad como la necesidad apremiante de retocar algunos preceptos para una mayor adecuación a la vida real.

Se analizan los preceptos reformados a la luz de los criterios consistentes en recoger los principales principios hipotecarios y su especial influencia en el sentido de la reforma.

El principio de calificación en cuanto a que sólo y en términos determinados momentos podrá ser ejercitado por el sustituto partiendo del artículo 18 de la Ley y luego sus concordancias con el reglamento reformado, tanto en lo que se refiere al sustituto como a la necesidad de su nombramiento, los requisitos que debe tener, como la remuneración y la responsabilidad en todos los casos.

El principio de prioridad se ve afectado por la reforma en el artículo 428, en torno a la presentación de documentos y de la calificación en cuanto a los documentos complementarios en todos sus casos, sobre todo en la posibilidad de llevar un libro diario para cada término municipal.

La publicidad formal se ve afectada en el artículo 350 a través de la forma en que deben extenderse las certificaciones, no sólo al papel en que deben ser extendidas, sino también en cuanto a la extensión de los libros del Registro de la Propiedad que deben abarcar.

La forma de paliar los errores se muestra aligerada en el artículo 314, y es digna de aplauso en lo que a la ligereza y rapidez de la misma se refiere. Otro tanto cabe decir de la forma en que han de ser llevados los índices de fincas y de personas.

Las ausencias, vacantes y comisiones, así como las licencias e interinidades, son estudiadas seguidamente, con el examen de los artículos 554, 548, 492 y 561, como igualmente la forma de nombrar sus títulos y las consecuencias de los mismos, especialmente las responsabilidades.

**LUCAS FERNANDEZ, Francisco:** «Régimen jurídico del establecimiento de extranjeros». R.D. N., núm. C, 1978, abril-junio, pág. 99.

El presente trabajo constituye la Ponencia, presentada por el autor en el Coloquio sobre la adhesión de España a la CEE, organizado por la Universidad de Oviedo.

Se distingue especialmente entre las personas físicas y las personas jurídicas a todos los efectos. Por lo que atañe a las primeras, se distingue a su vez, según se trate de residentes en España o residentes en el extranjero. Para los primeros, apenas existen limitaciones salvo la de solicitar el previo permiso de trabajo que deberá ser solicitado al mismo tiempo que autorización de residencia. Una vez obtenidas estas dos autorizaciones, debe de obtener únicamente las licencias exigidas en general para los españoles, sin que sea precisa ninguna autorización más.

Los residentes en el extranjero precisan en todo caso autorización administrativa, siendo el texto regulador el artículo 13 de la Ley de Inversiones Extranjeras y el 14 del mismo cuerpo legal.

La creación de sucursales en España de empresas o personas jurídicas extranjeras se halla sujeta igualmente a la previa autorización administrativa, de acuerdo con las normas de la LIE.

Pero además es necesario que se cumplan otra serie de requisitos válidos para la actividad empresarial de que se trate. Así, la escritura pública y el cumplimiento de formalidades exigibles a las sucursales ya existentes en la entrada en vigor de la legislación actual.

El trabajo continúa con el examen del funcionamiento de las sucursales en cuanto a sus limitaciones y obligaciones especialmente sobre la adquisición de inmuebles, inversiones en sociedades españolas, cuentas de enlace y presentación anual de balances.

Otra materia especialmente importante es la transferibilidad al exterior de los beneficios de la sucursal y de su participación en los gastos generales de la casa matriz.

Dos materias importantísimas dan fin a esta investigación sobre el tema de los establecimientos extranjeros derivados de la especialidad de las sociedades o empresas, las compañías aseguradoras en cuanto a su constitución, funcionamiento, e inversiones, y las propias y especialísimas condiciones de los bancos extranjeros en España. En cuanto a éstos, se examinan las oficinas de representación, la creación de los bancos filiales, apertura de sucursales de bancos extranjeros, condiciones operativas de bancos filiales y beneficios de los mismos y sucursales de bancos extranjeros.

**VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «La función notarial del tipo latino».**

R. D. N., núm. C, 1978, abril-junio, pág. 183.

La vida jurídica está constituida por un conjunto entramado de relaciones humanas que se pretende desarrollar en paz y en buena armonía, con justicia y para el bien común.

Los dos principales objetivos que se han tratado de conseguir son el ajustamiento a derecho y la certeza de que lo establecido logre una permanencia, así los medios arbitrados han tenido necesariamente que combinar la intervención de un tercero imparcial y la utilización de la escritura para perpetuar la fiel representación de lo dispuesto; tenemos así ante nuestra consideración el autor y el documento.

Una ojeada al Derecho comparado nos permite observar diversas líneas o soluciones de mayor o menor perfección o más o menos completas.

Distingue el autor, entre la materia, el contenido y el «dictum» que puede ser narrativo puramente o expresivo o representativo; cuando el autor del «actum» y del «dictum» es el mismo y único nos hallamos ante el documento ológrafo.

Los requisitos que debe tener todo autor son los de ser tercero imparcial, jurista con conocimientos científicos y prácticos, colegiado, investigador del poder de la fe y de dar forma pública a las relaciones jurídicas negociales y sujeto constantemente a una específica y severa responsabilidad tanto penal como administrativa y civil.

El documento debe estar sometido a determinados y específicos requi-

sitos, su matriz ha de quedar incorporada al Protocolo. Todaſ estas circunſtancias permiten valorar el documento público.

Por ello, la función que desarrolla el notario de tipo latino es conformato-  
dora y autenticadora, es pues una misión encaminada consiguientemente a  
velar por la seguridad jurídica de los actos, ya sean constitutivos de enti-  
dades jurídicas o de derechos o bien traslativos de bienes o constitutivos  
de gravámenes.

Se diferencia el notario latino no sólo del notariado sajón, sino también  
del notariado de los países totalitarios de los países de más allá del telón  
de acero. En éstos el notario queda reducido a ser una mera pieza de la  
burocratización del Estado produciendo la pérdida de la independencia que  
asegura su imparcialidad.

Para todo ello es necesario una sólida preparación atendiendo a su mora-  
lidad sobre todo y a su preparación profesional, a través de los órganos  
que fijen su responsabilidad y sin perjuicio de la supervisión que realice  
el Estado.

**LUCAS FERNANDEZ, Francisco:** «*Zonas de acceso restringido a la propie-  
dad por parte de extranjeros*». R. D. N., núm. C, abril-junio, 1978, pági-  
nas 200 y s.

El artículo 17 de la Ley de Inversiones Extranjeras en España se refiere  
al supuesto de adquisición de inmuebles por súbditos extranjeros, sean o  
no residentes y les será de aplicación la legislación dictada por motivos  
estratégicos o de defensa nacional, si la finca objeto de la adquisición se  
encuentra en alguna de las zonas del territorio nacional especificadas en  
dicha legislación.

Estas normas, a la sazón vigentes, son la Ley de 23 de octubre de 1935  
y el Reglamento de 28 de febrero de 1936.

Hoy se encuentran complementadas por la Ley de 12 de marzo de 1975, si  
bien cabe distinguir tres grupos de normas, las costas y fronteras, zonas  
polémicas y zonas estratégicas.

La nueva ley, por su parte, distingue entre zonas de interés para la de-  
fensa nacional, de seguridad para las instalaciones militares y de acceso  
restringido a la propiedad por parte de extranjeros.

El autor examina la ley a la luz de una interpretación sistemática y  
doctrinal. Así plantea una serie de cuestiones generales como la «*vactio legis*», las disposiciones transitorias, las delegaciones legislativas, y cuáles  
son las disposiciones vigentes y las derogadas. El ámbito de aplicación de  
la ley y el ámbito personal de la misma.

Las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros  
son objeto de estudio a continuación, dando la noción de lo que se debe  
entender por ellas, la determinación y delimitación de tales zonas, los ter-  
ritorios insulares y peninsulares y los territorios españoles del norte de  
Afríca. Las excepciones con las zonas de núcleos urbanos de poblaciones  
no fronterizas, zonas urbanizadas de ensanche de poblaciones no fronterizas,  
y las zonas y centros de interés turístico nacional.

Las limitaciones a la propiedad privada en cuanto a su adquisición, los

supuestos en que es necesaria la autorización militar, los derechos y disfrutes de los derechos adquiridos en cuanto a su ejercicio.

Especial mención merece la eficacia sobre el negocio jurídico otorgado sin la autorización militar exigible, donde se detiene en el detallado estudio de tres sentencias del Tribunal Supremo y concluye el trabajo con el estudio de la expropiación forzosa en sus diversas modalidades, especialmente cuando no se han cumplido los fines de las zonas o bienes cuando se rebasa la proporción de propiedad o derechos de extranjeros en la zona por encima del porcentaje aplicable.

**BLANQUER UBEROS, Roberto:** «La unificación subjetiva». R. D. N., número CI-CII, 1978, julio-diciembre, pág. 17.

El título es una conferencia dada por su autor en el «Curso sobre régimen jurídico-privado de las Urbanizaciones» el 6 de junio de 1978, promovido por la Revista de Derecho Urbanístico.

El estudio abarca siete grandes epígrafes generales, titulados, respectivamente, la idea general del régimen jurídico de las urbanizaciones, la cotitularidad, el patrimonio colectivo, la persona jurídica como elemento de unificación subjetiva, las consecuencias de la personalidad jurídica del grupo, la cualidad de miembro de la persona jurídica y la constitución de la persona jurídica.

Por lo tocante al primer epígrafe, acaso muy abstracto y generalizado, se nos advierte en torno a la paciente y eficaz elaboración de la Ley del Suelo, bajo cuyo ámbito queda toda la materia del planteamiento urbanístico, y los planes de urbanización, tomando siempre como base la idea de finca desde el punto de vista objetivo sobre el que asentar el derecho subjetivo.

La cotitularidad es examinada a la luz de los principios privatísticos del Derecho, comprendiendo el concepto, los principios, las limitaciones y la tendencia a la unidad del sujeto.

Deja a un lado como poco aplicable la institución del patrimonio colectivo por tener bastante afinidad con la figura de la persona de tipo asociativo.

La unificación subjetiva se ofrece al autor como algo sugestivo y acaparador en esta materia de las urbanizaciones comprendiendo diversas figuras o modelos, tales como la indivisión perpetua, las servidumbres o cargas urbanísticas, la propiedad horizontal o bien el recurrir a soluciones parciales, como las comunidades de aguas privadas. También pueden ser utilizadas sin más otras figuras como la Junta de Compensación, las asociaciones de propietarios según la Ley de 1964 y la sociedad civil.

Las consecuencias de la persona jurídica en torno a la capacidad, organización, finalidad y patrimonio componen el grupo de medidas que son estudiadas dentro del epígrafe quinto y la cualidad de miembro de la persona jurídica es el antefinal que precede a la constitución de la persona jurídica, materia con que termina el exhaustivo y documentado repertorio de soluciones que el autor propone ante esta apasionante, delicada y conflictiva materia, que tanto preocupa a los juristas de hoy, pero que tan pocas y claras soluciones se ofrecen ante su problemática.

**MOTTA MONREAL, Carmelo, y SIMO SANTONJA, Vicente:** «El régimen de contratación bancaria y la participación del notario en el mismo», R. D. N. XCIX, enero-marzo 1978, pág. 19.

El presente trabajo es la Ponencia presentada por el Notariado español al Tema IV del XIV Congreso del Notariado Latino de Guatemala.

A lo largo de casi noventa páginas se señalan y advierten al lector la importancia de la materia, así como las dificultades de la misma, para luego y en profundo análisis denunciar todo el contenido de la materia misma. En efecto, la determinación de lo que se haya de entender por operaciones bancarias, nace de los viejos códigos del siglo xix, que si bien no señalaban normas especiales para los contratos bancarios, se limitaban a señalar cuáles fueran éstos y a dar por sentado su carácter mercantil, para más tarde y concretamente a través de leyes especiales como la ley española de 31 de diciembre de 1946, regular de forma especial materias plenamente bancarias y mercantiles, hasta llegar a nuestra ley actual que sigue aún este criterio de la especialidad en todos sus puntos y contenido.

Los criterios doctrinales son mencionados seguidamente, recogiendo la opinión de Garrigues de que «no es posible fijar un catálogo de operaciones bancarias, y menos, todavía, encontrar una definición totalizadora».

Se atiende, a continuación a dar una clasificación de las operaciones mercantiles antes de entrár en el examen de la fe pública mercantil a través de tres apartados que llevan los títulos de las exigencias del tráfico mercantil, las características de la fe pública mercantil y el discutido requisito de la presencia física del Agente Mediador.

Concluye este apartado con la relación entre los notarios y la llamada fe pública mercantil, antes da dar paso a la parte segunda que lleva el título genérico de la contratación bancaria. En ella, se examinan los tipos de contratos bancarios, así como la determinación de los documentos que se utilizan en cada tipo de contrato y de las formalidades para ciertos actos, la intervención que tienen dos notarios en los contratos bancarios, incluye igualmente un comentario sobre la legislación bancaria nacional y la posible designación del notario para la documentación de contratos bancarios, finalizando el trabajo con la remuneración de los notarios.

Acaso el apretado bosquejo nos lleve a señalar como tema importante el de los tipos de los contratos bancarios, desde la cuenta corriente, la apertura de crédito, el préstamo bancario, descuento, redescuento, los contratos de depósito de dinero, las operaciones de mediación, las garantías en los contratos bancarios, y las modalidades especiales por su carácter expresamente mercantil.

Intervienen en el trabajo o ponencia igualmente Pérez Sauquillo, Lora Tamayo y Más Alcaraz.

**ARECHEDERRA, Luis:** «El retracto arrendaticio rústico y la aportación a sociedad de una finca rústica». R. D. N., CV-CVI, 1979, julio-diciembre, páginas 7 y ss.

Una breve introducción nos acerca hacia los planteamientos generales que el autor da al tema con una gran significación en torno a la política legislativa, la simulación en el contrato de sociedad y la realidad evidente del retracto arrendaticio y la aplicación del Derecho.

El epígrafe segundo se refiere al examen del presupuesto de ejercicio del retracto en el ordenamiento jurídico español, para lo cual se distingue entre el C. civil, el Derecho foral y las leyes especiales sentando la conclusión personal del propio autor. En ellas distingue el autor que el supuesto técnico clave para la aplicación del retracto es la enajenación en la cual principalmente se tiene en cuenta el título de la misma distinguiendo entre el binomio, «intervivos-mortis causa» y las notas de gratuito y oneroso.

El epígrafe tercero es todo él dedicado al estudio de la naturaleza jurídica de la aportación a una sociedad y en ella se recogen las teorías sustentadas por autores antiguos, como Roca Sastre, Martínez Almeida, López Jacoíste, De la Cámara, Bérgamo y Hernández Gil por señalar los autores españoles más importantes recogiendo algunos extranjeros como las opiniones de Riper, Ferry y Simonetto.

Dos epígrafes siguen, aunque con menos importancia en el trabajo el orden cronológico y numérico del mismo y son estos a saber: actos que dan lugar al retracto, el retracto y la subrogación complementados por el interés privado, el interés público y la técnica del retracto para llevarnos a una breve recapitulación antes de entrar en el examen fundamental de las doctrinas sustentadas por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por lo que se refiere a la naturaleza principal de las figuras enumeradas por la Dirección General de los Registros se hace un examen con comentarios de la resolución de 27 de julio de 1917 en esta forma se llega a determinadas conclusiones, partiendo de que la Dirección General resuelve de que no es precisamente el punto básico la aportación de un inmueble a una sociedad, porque el problema radica en que la aportación la hace un menor emancipado conjuntamente y con consentimiento de su padre.

La doctrina del Tribunal Supremo se diversifica en dos manifestaciones distintas; de un lado el examen del retracto arrendaticio urbano, y de otro la figura del retracto arrendaticio rústico. Ahora bien, más adelante se refiere principalmente a un caso reciente sentenciado por la audiencia territorial de Pamplona en que se afirmaba en la Sentencia de 17 de mayo de 1979 algunas cuestiones importantes, pero como la misma está pendiente de recurso de injusticia notoria, todavía no ha sido resuelto en su totalidad.

Finalmente una cuestión de fondo es estudiada, aunque creemos nosotros de forma incidental. La personalidad jurídica de la sociedad en este caso se examina las premisas básicas que el autor considera necesarias para la situación.

En efecto, a juicio del mismo, se trata de numerosa, hay efectivamente una distinción de sujetos, y la aportación es un acto de destinación.

Finalmente la aportación a sociedad es estudiada en el nuevo proyecto de ley de arrendamientos rústicos que dentro de poco se convertirá en ley. Efectivamente publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» el 20 de octubre de 1978.

El autor al final del trabajo sienta las conclusiones.

**BRIOSO ESCOBAR, Enrique L.: «Cuestiones sobre la comunidad de Derecho romano y la facultad de pedir la división». R. R. N., núm. CVII, 1980. Enero-marzo, págs. 7 y ss.**

El trabajo que como señala su autor plantea una amplia problemática en torno a la comunidad, trata de aclarar los problemas de la comunidad, la acción «communi dividundi» del Código civil. Se centra la atención también en las diversas teorías suscitadas para lograr la construcción jurídico explicativa de la copropiedad.

Al ser la copropiedad la especie más frecuente de la comunidad y constituir, al mismo tiempo, el dominio el Derecho real modélico, paradigma en el estudio de los demás derechos reales.

El autor estudia la separación entre comunidad y sociedad advirtiendo que la misma viene no sólo impuesta en el Derecho romano, sino que también la evolución histórica la ha pergeñado a través del Derecho romano. Señala para ello las teorías de Castán, de Espín, de Díez Picazo, así como la tesis de Beltrán de Ledia.

La diferenciación existente entre comunidad y sociedad es una de las cuestiones que ha llevado a los autores a imponer y explicar los más diversos criterios de diferenciación. Recoge las teorías de Navarrini, Marun Lázaro y las diferentes figuras en torno a lo que se ha entendido por comunidad, desde los supuestos de creación de nueva personalidad jurídica las notas que hacen referencia al concepto y a la separación de comunidad y sociedad para sentar las oportunas conclusiones de tipo personal del autor.

El epígrafe tercero se refiere a las concepciones jurídicas de la propiedad, y en él, después de señalar la importancia de esta figura, el autor nos introduce y lleva a través de un desarrollo y enumeración exhaustivo y abrumador de las teorías acerca de esta figura jurídica.

En efecto, así se habla de la propiedad única total, propiedad de la colectividad, propiedad de la persona jurídica, división de la cosa, división del derecho de propiedad en partes ideales, división real del derecho de propiedad, división del contenido del derecho, división del derecho en su extensión, de la división del valor y de la propiedad plúrima total. El autor parece que se inclina en las conclusiones por dar como acertada y válida las razones aducidas por Beltrán de Heredia en pro de la aceptabilidad y encaje en nuestro derecho positivo de la teoría de la propiedad plúrima parcial en torno a la naturaleza jurídica de esta figura con algunas observaciones. El epígrafe cuarto se refiere a la facultad de pedir la división, y en él, después de analizar el fundamento histórico en torno a la naturaleza del mismo, se vuelven a enumerar todas las teorías que abarcan desde la traslativa a la subrogatoria, pasando por la declarativa, determi-

nativa, modificativa o especificativa para terminar con las teorías de signo voluntarista.

Se enumeran también y estudian la irrenunciabilidad e infraescriptibilidad de la facultad de pedir la posesión y un estudio conjunto del párrafo primero del artículo 401 y el artículo 404 del Código civil.

La indivisión por razón de destino es objeto de examen en el epígrafe quinto y en él se habla desde la objeción histórica a la indivisión indefinida.

**GARCIA AMIGO, Manuel:** «**La integración del negocio jurídico.** R. D. N., núm. CVII, 1980. Enero-marzo, págs. 117 y ss.

Conferencia en la Academia Matritense del notariado el 29 de noviembre de 1979, que el autor afirma se trata de un tema inédito en España, pero tan antiguo como el mismo Derecho civil. La reflexión científica, en cuanto visión moderna del problema, es relativamente reciente, pues el término «integración» quiere significar la composición de la norma reguladora de la ley contractual y se utiliza legislativamente por primera vez en el artículo 1.374 del Código civil italiano de 1942, equivalente a nuestro artículo 1.258 del Código civil.

El autor examina en primer término el concepto de integración y las figuras jurídicas afirmando que para prefilar el fenómeno conviene matizar el alcance de las dos palabras que reflejan dos conceptos: por un lado el negocio y por otro la integración. Tenemos así el negocio como hecho jurídico, como una regulación negocial, o bien como una norma consistente en este último caso en el contenido objetivado de la voluntad emanada de aquel hecho negocial y que regula parcialmente, en forma más o menos extensa, la relación surgida entre las partes a la que contribuye precisamente a dar juridicidad.

Con relación al término integración conviene separarlo de otra serie de conceptos, especialmente de la integración tanto objetiva como de la calificación del negocio jurídico. Por ello también existe una interpretación integradora que va ligeramente ligada a los conceptos examinados.

En el segundo epígrafe el autor nos lleva a través de la integración en la «lex privata» para señalar los distintos supuestos que cabe encuadrar dentro del principio de la libertad jurídica desde el poder normativo hasta las figuras de la elaboración de la ley como actividad jurídica de los sujetos o bien las figuras del ejercicio de la autonomía de la voluntad para clasificar los negocios en normativos, normados y mixtos, y por último, cabe destacar que en base a este concepto se puede determinar la naturaleza del negocio.

Un tercer aspecto de la integración es la configuración de la misma como ley imperativa o la integración en torno a esta figura.

La integración con la norma dispositiva es objeto de examen en el epígrafe cuarto y abarca una serie de supuestos desde la similitud con la forma imperativa en el aspecto formal y los supuestos de costumbre o uso normativo tan frecuentes dentro del Código civil español o bien como última fuente de integración contractual señalada la buena fe por el artículo

1.248 del Código civil como aplicación particular del artículo 1,4 del mismo cuerpo legal. Es curiosa a todos los efectos dentro de la ley los supuestos de la integración con norma dispositiva, pues en ella el autor advierte que es el campo propio donde goza de una más plena actividad los supuestos fundamentales. Así pues, a veces el Tribunal Supremo ha realizado aplicaciones concretas de la buena fe como fuente de interpretación del negocio contractual; otras considera que cuando lo declara la actividad judicial es posible la revisión del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida, si bien, excepcionalmente, y finalmente, se sostiene la irrevocabilidad del poder que en algunos casos se favorecería al contratante que habría obrado de mala fe, prescindiendo de la admonición prevista en el artículo 1.258. No obstante, la definición de buena fe que nos da el Tribunal Supremo puede ser acogida con criterios generales, pero huyendo de una aplicación total a los diferentes tipos o casos de supuestos.

**ESPERANZA MARTINEZ RADIO, Antonio; ESPINOSA ANTA, José Luis, y LUCAS FERNANDEZ, Francisco:** «La empresa y la función del derecho: sus necesidades jurídicas y contractuales. El papel del notario en su constitución». R. D. N., CV-CVI, 1979. Julio-diciembre, págs. 77 y ss.

El trabajo es la ponencia presentada por la delegación española en la comisión del XV Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en París en 1979. Contiene cuatro epígrafes fundamentales o capítulos. El primero, hecho por el autor, señalado en primer lugar, que se refiere a las generalidades de la empresa y los sistemas económicos, ¿qué sistemas existen para la creación de empresas?, distinguiéndose principalmente entre los sistemas de economía de libre empresa y los sistemas de economía dirigida.

En segundo término, ¿qué es lo que se debe entender por empresa?, de un lado, la empresa desde el punto de vista económico; de otro, la empresa como punto de vista jurídico, y dentro de él, la empresa como «universitas iuris», como «universitas facti», como institución o bien la teoría de la empresa como realidad económica y social o la relevancia jurídica de la unidad económica de la empresa. Termina esta primera parte con la titulardad, la administración y los negocios jurídicos sobre la empresa.

Un segundo capítulo se refiere a las relaciones jurídicas y económicas del jefe de la empresa en su entorno. Dentro de él se distinguen las estructuras de decisión, cómo se realizan las estructuras jurídicas internas en torno a los elementos personales y a los elementos objetivos de la empresa, en las relaciones con el público, con los mercados, con los Bancos con el Estado, ¿cuáles son los caracteres de dichas relaciones económicas y jurídicas?

El capítulo III se refiere a las necesidades jurídicas y contractuales de la empresa, distinguiéndose entre ellas, según se señalen sus estructuras en las relaciones con terceros o con el Estado.

Dentro de las estructuras se distinguen tres momentos fundamentales, el de su creación y gestión, la evolución de la empresa y el momento de su desaparición. Desde el punto de vista jurídico, quizás el capítulo cuarto sea con mucho el más importante, de un lado el consejo, de otro el marco jurídico que debe cubrir a la empresa, no sólo desde el punto de vista

jurídico, sino subsumiendo el hecho económico dentro de los tipos o figuras que mejor se puedan acomodar, y así Lucas Fernández distingue las cooperativas, grupos de colonización, las sociedades colectivas, las comanditarias simples y por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada, pero el objeto más importante es la sociedad anónima. Dentro de esta figura se enumeran todos los requisitos del artículo 11 de la ley.

Se completa con el examen del accionariado obrero, la cogestión y la distribución de beneficios.

Por último se habla de las operaciones inmobiliarias y de las inversiones extranjeras, con las autorizaciones, certificaciones bancarias y los partes y las advertencias legales señalando al Estado como poder, como otorgante y como cliente.

#### C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BCD = 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 Facultade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.

BMI = Boletim do Ministério 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 (Antioquia).

EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).

F = El Foro (Méjico).

EG = 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 = Journal 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 = Österreichische 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.  
RCD = 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 = Revista del Diritto Commercial 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 Facultade 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 Facultade 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 Comprado (Barcelona).
- RIDCP = Revue International 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 Nicaraguense.
- RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
- RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechtsvergleichung und Interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
- RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
- RS = Rivista delle Società (Milán).
- 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 Jurisittdning (Estocolmo).
- T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
- UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
- ZRV = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).



# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE MARZO DE 1980 (R. A. 1558)

*Sucesión abintestato de causante separado de hecho de su mujer. Derechos de la viuda.*

**Hechos.**—El causante y la demandada contrajeron matrimonio el 11 de diciembre de 1927, del que tuvieron una hija, la demandante y recurrente.

El marido se fue a América, quedando aquí la esposa con su hija, que tendría entonces diecisiete años de edad.

A partir de la indicada marcha a América del esposo, y desde su regreso a Madrid, el matrimonio se mantuvo en situación de separación de hecho por causas que no importan a los efectos de este comentario.

Fallecido el marido sin haber otorgado testamento el 16 de octubre de 1970, el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, núm. 32, dictó Auto con fecha 16 de octubre de 1971 declarando heredera abintestato a la hija, con reserva a la esposa de la cuota legal usufructuaria que asigna el artículo 834 del Código civil.

La esposa, unos dos años después de fallecido su marido, contrajo matrimonio con el hombre que vivía con ella en su domicilio, con anterioridad al óbito de aquél.

La hija del matrimonio dedujo demanda contra su madre, en solicitud de que se declarara nulo el Auto en el que se asignó a ésta la cuota legal usufructuaria del artículo 834 del Código civil alegando la apreciación de motivo de indignidad, concretamente adulterio, como causa de desheredación.

**Concreción del tema.**—Hacemos gracia de cuanto se refiere a la causa de indignidad y consecuente desheredación, desestimadas por el Juzgado, la Audiencia y el Tribunal Supremo, por no ser objeto de este comentario, para fijarnos, exclusivamente, en lo que dice la sentencia del recurso de casación respecto a la obtención de la cuota usufructuaria del cónyuge viudo separado de hecho de su consorte.

**Considerando segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo:** «Tampoco es de acoger el motivo que al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la LEC se fundamenta en pretendida violación del artículo 3.º del Código civil e interpretación errónea del 834 del propio Código, porque si bien es cierto que el primero sanciona que «las normas se interpretarán según

sus propias palabras... y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» y que «la equidad ha de ponderarse en la aplicación de las normas», el artículo 834 previene, en su redacción dada por Ley de 24 de abril de 1958, que «el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado, o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora»... y «según la indicada normativa del precitado artículo 834, en contra de lo apreciado por la recurrente cuando se refiere a que el cónyuge «no se hallare separado», evidentemente se está refiriendo a la separación judicial, y no a la meramente de «hecho» o «amistosa», porque así lo evidencia la referencia que contiene el párrafo 1.º del artículo 835 del Código Civil, al expresar que «cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito», pues con ello claramente se da a entender que aquella referencia del artículo 834 a «separación» se contrae a la judicial, ya que sería absurdo y como tal rechazable, entender que contemplaba la simple separación de «hecho» o «amistosa» cuando precisamente se requiere su reconocimiento judicial cuando pende la demanda formulada con tal finalidad».

#### COMENTARIO

Se refiere, concretamente, al artículo 835 del Código civil, que acoge la sentencia para fundamentar la teoría correcta de que el 834 se refiere a la separación decretada a virtud de sentencia firme dictada por autoridad a quien corresponda la jurisdicción. Actualmente, la jurisdicción civil.

1. Siempre hemos tenido grandes dudas sobre la aplicación del artículo 835 del Código civil en cuanto a la continuación del pleito en el supuesto de que uno de los cónyuges falleciera durante la tramitación de aquél y, por tanto, con anterioridad a la sentencia.

Y esta duda la acrecentó la sentencia dictada por el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica (1), de 15 de diciembre de 1975.

En causa seguida ante el Tribunal Eclesiástico en la que la esposa demandó de separación por causas de sevicias contra el marido y en la que solamente se había dado el Decreto de admisión, aceptado el poder y la comisión otorgados por la demandante en favor de Procurador y Abogado, y dado intervención en la causa al Ministerio Fiscal, se comunicó al Tribunal que la esposa había sido muerta al disparar sobre ella el esposo, con arma de fuego.

El padre de la esposa compareció ante el Tribunal pidiendo que la causa sea proseguida.

El Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica dirimió la cuestión incidental sobre los siguientes fundamentos:

a) La instancia, a tenor del canon 1732, empieza con la «litis contestatio» y, en este caso, antes de comenzar la instancia murió una de las partes.

---

(1) R. de Derecho Privado. Tomo de febrero de 1977, págs. 149-155.

b) *El canón 1971 sólo menciona como hábiles para acusar la separación conyugal a los cónyuges, y excluye a todos los demás aunque sean consanguíneos.*

c) *La separación se decreta teniendo en cuenta que la futura convivencia ha de ser demasiado difícil, pero habiendo muerto uno de los cónyuges, no cabe futura convivencia.*

d) *La acción para pedir la separación conyugal no podrá ser transferida a los legítimos herederos y*

e) *No cabe aplicar la figura jurídica de la intervención de un tercero.*

La Resolución declara: 1.º No procede admitir la petición del padre de la esposa fallecida por falta de legitimidad del padre. 2.º Procede declarar y declaramos nulo lo actuado por el Tribunal de Primera Instancia de Madrid, desde el fallecimiento de la esposa demandante.

2. Esta doctrina canónica es adecuada para la jurisdicción civil de España, donde actualmente se tramitan los juicios de separación matrimonial. Veámoslo.

3. Lo primero que todo Tribunal hace cuanto conoce el fallecimiento de alguna de las partes que estén en litigio, sea cualquiera la naturaleza de éste, es suspender la tramitación de la causa porque el Procurador carece de poder, lo que motiva su cese por muerte del poderdante, aunque pueda volver a comparecer con «nuevo poder de los herederos o causahabientes del finado». Artículo 97.º de la LEC.

Y aún creemos que ese fallecimiento es también motivo del cese del Letrado, porque siendo éste un cargo de confianza, es indudable que los herederos o causahabientes, tienen perfecto derecho a designar otro.

4. El litigio de separación, al fallecimiento de uno de los litigantes, puede estar, en uno cualquiera de los siguientes casos: a) En período de alegaciones, es decir: demanda, contestación, reconvenCIÓN en su caso, y contestación a ésta. b) En período de prueba. e) Y en el de vista y sentencia. Artículos 755 y 756 LEC.

En el último período cabe pensar que podrían los herederos o causahabientes comparecer y el Juez dictar sentencia, aunque ante la posible apelación de ésta el problema suscita graves dudas.

Y lo mismo sucede si pensamos en que el fallecido puede ser el acusado de culpable o el cónyuge inocente, si no sucede que ambos se acusan mutuamente de culpabilidad.

Y no hay que olvidar que conforme al artículo 74 del Código civil; «*La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto*, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Tribunal que entienda o haya entendido en el litigio», con al única excepción, para los hijos, de la subsistencia de los efectos de la separación cuando ésta «se funde en el conato o la connivencia del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas».

El propio artículo 835, que habla de esperar al «resultado del pleito», en su párrafo 2.º manifiesta que: «Si entre los cónyuges separados hubiera mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos».

No agota ahí el Código el problema de la reconciliación, sino que en el artículo 1.439, reformado por Ley de 2 de mayo de 1975, dice que: «*La reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal, o la desaparición de las causas que la motiven*, en los demás casos, no alterará la separación de bienes decretada, salvo que los mismos esposos acuerden lo contrario en capitulaciones matrimoniales».

La Ley del Registro Civil, por su parte, dispone en el artículo 76 que la reconciliación es inscribible en el Registro Civil, al margen de la inscripción del matrimonio.

De suerte que, mientras el pleito esté esperando su resultado y vivan los cónyuges cabe el perdón y la reconciliación, que no pueden otorgar más que ellos mismos.

Muerto uno de los separados, el problema cambia si hay sentencia firme de separación, porque ya no cabe otra cosa que estar a las resultas de lo establecido judicialmente.

5. Lo prescrito en el artículo 835 se basa en la transmisibilidad de las acciones, porque es bien sabido que a tenor del artículo 659 del Código civil «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguieren por su muerte», teniendo que tomar aquí la palabra «derechos» como sinónima de «acciones».

A este respecto, el Tribunal Supremo declaró, entre otras, en sentencia de 22-5-950, que «la herencia no reviste, exclusivamente, un carácter patrimonial económico, pues además de bienes materiales, comprende derechos, acciones, y aun obligaciones que no pueden, en ocasiones, valorarse económicaamente».

Aunque la acción es transmisible en la generalidad de los casos, como declara el artículo 1.526 del Código civil —cesión de créditos, derecho o acción— hay circunstancias en que la transmisión se prohíbe, porque no protege un interés patrimonial, como ocurre en el caso del artículo 151—alimentos—cuyo párrafo 2.<sup>º</sup> acusa bien claro cuál es la razón del criterio prohibitivo, y también en el supuesto del artículo 653, en que la acción *propter ingratitudinem* atribuida al donante, como personalísima, no se transmite a sus herederos.

Castán Tobeñas, basándose en el artículo 1.895 de la LEC —adopción de medidas provisionales en relación con la mujer casada—, dice: «la diferencia entre uno y otro caso se manifiesta, principalmente, en materia de legitimación procesal, ya que, conforme al artículo 1.895, apartado 1.<sup>º</sup> de la LEC, tratándose de separación, sólo los cónyuges pueden ser parte legítima en el juicio matrimonial y en el proceso cautelar, necesario para adoptar las medidas provisionales del artículo 68 del Código civil, mientras que el ámbito subjetivo de la legitimación es más extenso en materia de nulidad —ya nos ocuparemos de ello oportunamente—.

Otra sentencia de 11-10-943 declara que «cabe llegar a una determinación enunciativa de los derechos exceptuados de transmisión por causa de muerte, comprendiendo como intrasmisibles los personalísimos». Porque hay derechos transmisibles e intransmisibles, heredables y no heredables.

Es notorio que hay derechos intrasmisibles—usufructo, uso, habitación—; lo que es igual a la intrasmisibilidad del derecho a su ejercicio. En

otros casos, de ciertos *derechos personalísimos*, sólo el titular puede ejercerlos, y ello ocurre, generalmente, con los de familia y también con algunos patrimoniales, siendo prueba de derechos intrasmisibles la que ofrece, respecto a contratación, el artículo 1.257 del Código al manifestar que: «Los contratos sólo produce efectos entre las partes, que los otorgan y sus herederos; salvo en cuanto a éstos el caso de que los derechos y obligaciones que procedan del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la Ley».

La sentencia de 19.9.964, entre otras, declara que «Es principio de todo ordenamiento jurídico que los derechos no pueden existir sin pertenecer a un sujeto», que es la persona investida del poder en que éste consiste. El poder es la acción que, como explica Manresa, «es el medio que conceden las leyes para ejercitarse en juicio el derecho que nos compete».

La acción para pedir la separación matrimonial es personalísima, y sólo la pueden pedir y seguir los cónyuges, teniendo en cuenta la dificultad que puede encerrar la vida en común y la posibilidad de la reconciliación de que trata el artículo 74 y el propio artículo 835 del Código civil.

6. Además hay que tener en cuenta que según el artículo 52 del Código el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges; y si el matrimonio está disuelto por muerte de uno de los esposos, ¿qué separación cabe decretar?

Podrá objetarse que en la sentencia de separación cabe declarar la culpabilidad del esposo fallecido, que no significaría pérdida alguna para sus herederos, puesto que los gananciales y los bienes propios del muerto habría que entregárselos y el usufructo tanto de viudedad como aquél a que se refiere el artículo 1.403, se pierde por muerte del usufructuario, como dice el artículo 513; o que la culpabilidad pudiera ser atribuida al cónyuge superviviente, caso éste en que pudiera producirse la injusticia, es decir, el desacuerdo moral entre la realidad y sus efectos.

Pero el juicio de separación persigue, como fin principal, la separación y como efecto secundario la posible declaración de culpabilidad, como lo prueba el hecho de que, con independencia del pleito de separación, tan pronto como el órgano judicial es requerido para ello, aplica el artículo 68, cuya primera medida consiste en «separar a los cónyuges en todo caso».

Si nos fijamos en la doctrina sobre interpretación, veremos que la Sentencia de 23 de marzo de 1950 establece para la interpretación de las normas, que «es preciso partir de la literalidad de su texto, pero ha de tenerse en cuenta el valor del resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico», y no es lógico ni racional que se decrete la separación de unos cónyuges a quienes ya había separado la muerte.

Este criterio interpretativo no ha sido cambiado con la reforma del Título Preliminar del Código civil, que dice en el artículo 3.º.1, que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras...».

Si se cumpliera lo dispuesto en los artículo 364 y 365 de la LEC y las sentencias se leyeron en «audiencia pública», ¿cuál sería el asombro de los oyentes que escucharan que se separaba a unos esposos que ya estaban separados por el fallecimiento de uno de ellos?

El artículo 104 del Código civil establece que la separación produce la suspensión de la vida común de los casados y los demás efectos previstos en el artículo 73, que dispone la posibilidad de que el *cónyuge culpable*, a la muerte del inocente, recupere la patria potestad de que estuviera privado cuando la causa que dio origen a la separación no afecte a la formación moral de los hijos.

Castán Tobeñas (2) dice que de las obligaciones establecidas en el artículo 56 queda en suspenso la de la convivencia, subsiste íntegra la de la fidelidad y queda modificada la de auxilio o socorro mutuo.

7. El contraste entre los artículos 106 y 102 concreta aún más la calidad de personalísima que tiene la acción para pedir la suspensión de la vida en común.

El artículo 106 es tajante: «La separación sólo puede ser pedida por el cónyuge inocente».

Claro es que la redacción del precepto no resulta afortunado porque antepone un juicio de valor sobre la conducta del demandante, y son muchos los casos en que el cónyuge inocente es<sup>o</sup> el demandado, que en consideración a su condición social, a los hijos, o a otra razón, prefiere seguir sufriendo las incomodidades de una vida en común difícil y hasta peligrosa, porque sabe que la separación conllevará una mayor libertad para el que incumple sus deberes matrimoniales. Lo que ocurre es que al final resultará quién es el inocente y quién el culpable, porque aquél con su reconvenCIÓN puede poner luz en el pleito.

El contraste con el artículo 106, el 102 dice que: «La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualesquiera personas que tengan interés en ella». «Se exceptúan los casos de rapto, error, fuerza o miedo en que solamente podrán ejercitárla el cónyuge que los hubiese sufrido; y el de la impotencia, en que la acción corresponderá a uno y otro cónyuge y a las personas que tengan interés en la nulidad».

La razón por la que el artículo 102 concede acción no sólo a los cónyuges, sino también al Ministerio Fiscal y a cualesquiera personas que tengan interés en ella está en el párrafo 2.<sup>o</sup> del propio artículo, referido a los casos de rapto, error, fuerza o miedo, que pese a limitar para estos supuestos la acción, «al cónyuge que los haya sufrido» no excluye al Ministerio Fiscal, pues como dice la Circular de la Fiscalía de 8 de mayo de 1889, el Ministerio Fiscal debe promover la nulidad en todos los casos en que se trate de rapto, error, fuerza o miedo, debiendo intervenir además en los pleitos de nulidad, a virtud de lo previsto en el artículo 838 de la Ley Orgánica.

El Tribunal Supremo sostuvo también este criterio en Sentencia de 5 de junio de 1926, diciendo que: «la audiencia del Ministerio público constituye una forma sustancial de los juicios de nulidad y de divorcio, cuya omisión produce la nulidad de los mismos, sin que baste a evitarla la renuncia de las partes».

(2) José CASTÁN TOBENAS, *Derecho Civil Común y Foral*. V. 1.<sup>o</sup>, pág. 904.

### CONCLUSION

El artículo 835 del Código Civil, en cuanto dispone que «cuando estuvieren los cónyuges separados *en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito*» *en el supuesto de fallecimiento de uno de ellos*, para determinar los derechos del cónyuge viudo, es ineficaz; porque, como dice Royo Martínez, *la acción para pedir la separación es un derecho personalísimo*, «por lo que no podrá ser ejercitado por el representante legal del cónyuge», ni por sus herederos, decimos nosotros, ya que *actio personalis moritur cum personae*, y podría darse el caso de que respecto a actos y situaciones íntimas se condenara y venciera en juicio a quien no podía defenderse, contra el precepto del Libro XLVIII, tít. XVIII, regla 1.<sup>a</sup> del Digesto, que establece: *Nemo condenatus nisi auditus vel vocatus.*

JOSÉ LUIS DEL VALLE ITURRIAGA,

Académico de Número de la Real  
de Jurisprudencia y Legislación

## II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Pedro ELIZALDE AYMERICH, María DIAZ DE ENTRE-SOTOS Y FORNS, Gabriel GARCIA CANTERO, María Angeles MANZANO y Ricardo RUIZ SERRAMALERA.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. Parte general

1. *Cooperativas. Naturaleza.*—Estas entidades, por ser verdaderas sociedades de tipo personal, llevan consigo la exigencia del «intuitu personae».

*Ejercicio de los derechos. Existencia de la mala fe en su ejercicio.*—Para alegar la mala fe en el ejercicio de un derecho, como concepto técnico-jurídico, es preciso, al menos, demostrar alguna manifestación concreta que pueda desvirtuar la presunción de buena fe que ampara todo acto jurídico realizado conforme a ley.

*Abuso de derecho. Requisitos de prueba.*—Para alegar el abuso de derecho es preciso acreditar la existencia de algún daño moral o patrimonial como requiere el apartado 2.º del artículo 7 del C. c., pues, en otro caso, habrá de regir el principio general del derecho según el que «quo iure suo utitur, neminem laedit». (Sentencia de 28 de abril de 1980; no ha lugar.)

#### 2. Derecho de la persona

2. *Títulos nobiliarios. Legislación vigente.*—Por Ley de 4 mayo 1948 se restableció la normativa existente con anterioridad al 14 abril 1931 en las Grandezas y Títulos del Reino, que está contenida, según Sentencia de 2 julio 1925, por la Ley segunda, título XV, de la partida segunda; Ley primera, título XXVIII, de la partida segunda; Ley octava, título XXVI, de la partida cuarta; Leyes primera y segunda de la partida séptima; Ley cuarenta de Toro, que se incluyó en la quinta, título XVII, libro X, de la Novísima Recopilación; Ley cuarenta y cuatro de Toro; Ley cuarta, título XVII, libro ocho de la Novísima Recopilación; Ley de 27 septiembre 1920; R. D. de 28 diciembre 1946; Ley de 17 junio 1855; R. D. de 1.º octubre 1858; R. D. de 27 mayo 1912, con fuerza de ley por la de Presupuestos de 29 diciembre 1914 y R. D. 8 julio 1922, además de otras complementarias.

*Facultad distributiva con posibilidad de elección.*—El artículo 13 del R. D. de 27 mayo 1912, reflejador de lo ya normado en igual artículo de la Ley de 27 de septiembre 1820, permite que el poseedor de una o varias Grandezas de España o Títulos del Reino, pueda distribuirlos entre sus hijos o descendientes directos, reservando el principal para el inmediato sucesor; en

consecuencia, la escritura de cesión don Beltrán O. y D. de R. hizo a su hermano don Miguel del título de Marqués de los Balbases, no es un acto de cesión espontánea, sino de efectividad de la actividad distributiva de los títulos hecha en testamento por el padre de ambos, debiendo entenderse que la reserva del título principal se efectuase por el beneficiario de la misma.

*Su ejercicio no constituye delegación de facultad personalísima.*—Es errónea la tesis sostenida por la sentencia recurrida de que el acto electivo del concreto título, de entre los tres designados —Alburquerque, Alcañices y Balbases— implica una delegación no permisible por ser la facultad distributiva de carácter personalísimo y extraordinario.

«*Quien puede lo más, puede lo menos*».—Si el testador podía hacer lo más, que era designar directamente el título que atribuía a su hijo no primogénito, podía indudablemente hacer lo menos, que era atribuir uno de los títulos al primogénito encomendándole la elección del que concedía a su hermano; facultad de elección que era complementaria de la facultad distributiva llevada a cabo en testamento.

*Obligaciones alternativas.*—El encargo testamentario genera por analogía la naturaleza y efectos de las obligaciones alternativas, con específica proyección al legado de esta naturaleza, en cuanto que el hijo primogénito quedó constreñido a la realización de una determinada prestación entre las varias contempladas como posibles, quedando extinguida la obligación por concentración del objeto, al amparo de la concepción dominante que entiende que en esta clase de obligaciones no hay una suma de obligaciones determinadas por la pluralidad de sus posibles objetos, sino una obligación única en la que se debe una sola prestación.

*Aprobación de S. M. el Rey.*—El requisito de la aprobación regía de la distribución de los títulos es meramente complementario para lograr su definitiva efectividad de hecho y de derecho, y puede ser instada en cualquier momento, al no venir supeditado por el legislador a uno determinado, ni menos previamente al acuerdo de distribución. (Sentencia de 3 de octubre de 1980; ha lugar.)

### 3. Obligaciones y contratos

3. *Obligaciones con varios sujetos deudores. Mancomunidad y solidaridad.*—Cuando no se indica ni se deduce que la obligación sea solidaria, necesariamente es de aplicación la regla general de que el vínculo obligatorio con varios sujetos ha de tenerse por mancomunado en cuanto no concurra ninguno de los supuestos excepcionales de solidaridad. (Sentencia de 25 de mayo de 1980; ha lugar.)

4. *Solidaridad.*—El carácter solidario de la obligación de reparar que compete a los responsables de la causación de un evento dañoso en los supuestos de aplicación de la preceptiva contenida en los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, impide que, cuando son demandados con tal carácter solidario varios de los supuestamente responsables, el pronunciamiento

absolutorio recaído en la sentencia de primera instancia a favor de alguno de ellos adquiera carácter de firmeza si dicha sentencia es recurrida por otro de los deudores solidarios condenados, sometiendo al conocimiento y decisión del Tribunal de alzada la integridad de las cuestiones planteadas con la demanda. (Sentencia de 29 de marzo de 1980; ha lugar.)

*Hechos.*—Responsabilidad solidaria de los diversos profesionales que han intervenido en la construcción de la obra inmobiliaria.

5. *Novación extintiva.*—Es requisito esencial, para que la novación sea extintiva, la intención de los contratantes de dar por extinguido el contrato primitivo entre ellos existente, decisión ésta que han de declarar expresamente los contratantes como condición indispensable para que la novación se produzca, a menos que la obligación antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles entre sí.

*Modificación accidental.*—La simple modificación accidental que, sin alterar la esencia de una obligación preexistente, se introduzca en ella no produce el efecto de extinguirla por novación.

*Prueba de peritos.*—Es de la discrecional apreciación del Tribunal de instancia. (Sentencia de 23 de mayo de 1980; ha lugar.)

*Hechos.*—Se discute si existe un acuerdo novatorio de la primitiva obligación, por el que la anterior responsabilidad que recaía sobre el contratista se ha desplazado, con el consentimiento de las partes interesadas, a la dirección técnica. La Audiencia admite la existencia del acuerdo novatorio. El Tribunal Supremo estima que existe solamente una modificación accidental que no altera la preexistente obligación.

**NOTA.**—La sentencia que anotamos pone de relieve que en nuestro actual Derecho positivo son posibles dos formas de novación, la llamada novación extintiva y la denominada novación modificativa. Nuestra doctrina ha destacado que el deslinde entre una y otra debe hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación. (Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Madrid, 1972, pág. 787).

A. C. S.

6. *Excepción de cosa juzgada. Naturaleza.*—Debe estimarse como de orden público, de modo que al Juzgador se impone, de oficio, conocer de la misma y a las partes no es dable renunciarla.

*Cosa juzgada. Requisitos.*—A pesar de ser indiscutible la identidad de las personas litigantes y de la razón o causa de pedir en los pleitos objeto de la sentencia recurrida y los resueltos definitivamente en las sentencias anteriores que cita, son muy diversos los objetos de cada procedimiento, por lo que no puede apreciarse la excepción de cosa juzgada.

*Interpretación de contratos. Revisión de la realizada por el Juzgador de Instancia.*—Debe ser estimado el recurso y, en consecuencia, ser revisada la sentencia de Instancia cuando infringe una de las normas de hermenéutica contractual, como el artículo 1.281 del Código civil, obteniendo una interpretación ilógica de alcance desorbitado, que no es conforme con la litera-

lidad del contrato, ni con la realidad del momento presente ni a la intención de las partes.

*Reglas de interpretación contractual.*—No puede prevalecer sobre la interpretación de los términos claros del contrato la que resulte de los actos de los contratantes posteriores a la celebración del contrato que no son reveladores más que de la reacción que tales actos provocaron en el arrendador. (Sentencia de 27 de marzo de 1980; *ha lugar*.)

**NOTA.**—La cuestión fundamental planteada consistía en interpretar la estipulación H) de un contrato de arrendamiento celebrado en 1937. Dicha cláusula era del siguiente tenor: «El arrendatario... adquiere también el compromiso ineludible de tomar en arrendamiento, en cualquier tiempo que vayan quedando libres todos los demás pisos y el bajo de que consta la casa, para destinarlos al mismo uso de fonda en idénticas condiciones a las que quedan establecidas para el piso 1.<sup>º</sup> y el patio indicados antes y por los precios siguientes...».

El pleito que da lugar al recurso de casación se refería al bajo y piso 2.<sup>º</sup>, pretendiendo el arrendatario la entrega de los mismos a cargo del propietario y por dicho concepto.

Con anterioridad habíanse planteado litigios entre ambas partes en relación con los siguientes extremos: ocupación del portal de la casa (Sentencias de 1958 y 1962), retracto arrendatario del inmuebles (Sentencia de 1974) y servidumbre de portal (Sentencia de 1975). Las sentencias correspondientes adquirieron firmeza, sin llegar a plantearse a recurso de casación.

7. *Prueba de testigos.*—El artículo 1.248 del Código civil confiere a los Tribunales, según muy reiteradamente ha declarado esta Sala, una facultad discrecional en la apreciación de la prueba de testigos e implica solamente una recomendación a los mismos Tribunales, careciendo de carácter preceptivo, por lo que no es susceptibles de recurso de casación, ni en sí, ni en relación con el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*Reglas de la sana crítica.*—Las reglas de la sana crítica, a que se refiere el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no están fijadas en la ley ni en la doctrina legal.

*Interpretación del contrato.*—Tratándose de un contrato a base de formulario o condiciones generales más o menos expresas, no interesan tanto las circunstancias particulares del caso concreto, sino puntos de vista objetivos, siendo en gran medida indiferente la comprensión de un contratante particular determinado, debiendo atenderse al cliente o participante en el tráfico de cualidades intelectuales medianas, módulos interpretativos que tuvo en cuenta la Sala de Instancia.

*Contratos bilaterales.*—La reciprocidad de prestaciones propias de los contratos bilaterales en general, impide que una de las partes pueda exigir a la otra su prestación en tanto la suya no pueda cumplir el fin práctico y lícito perseguido al decidirse a contratar.

*Alcance del artículo 1.283 del Código civil.*—Este precepto legal establece la superioridad del elemento intencional.

*Condición suspensiva.*—No cumplido el evento, futuro al contratar, del que dependía la existencia de la obligación, de los artículos 1.113 y 1.114, se reduce que no es exigible a la recurrida el cumplimiento de la obligación, ni el recurrente puede sostener que ha adquirido los derechos que dependían del acontecimiento que constitúa la condición, al no haber tenido ésta el

cumplimiento preciso para aquella exigibilidad. (Sentencia de 30 de junio de 1980; no ha lugar.)

*Hechos.*—El cliente se negó a pagar los honorarios a los arquitectos que realizaron el proyecto, porque el pago de los mencionados honorarios quedó condicionado a la aprobación del proyecto por la Autoridad administrativa. El proyecto realizado no fue aprobado por ésta. La demanda de reclamación de honorarios interpuesta por los arquitectos fue estimada por el Juzgado y desestimada por la Audiencia. No prosperó el recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo.

NOTA.—En la práctica surge frecuentemente el problema de no ser posible la construcción de una obra inmobiliaria por no haber sido aprobado el proyecto por la Autoridad administrativa. En el supuesto planteado en la sentencia anotada, el cliente está perfectamente protegido porque la aprobación del proyecto por la Autoridad administrativa se configuró en el contrato como «condición suspensiva». Nos parece interesante destacar que el cliente es protegido por el Ordenamiento jurídico, aunque la aprobación del proyecto por la Autoridad administrativa no haya sido configurada como condición suspensiva. El autor del proyecto (el arquitecto o el ingeniero) es un profesional que está obligado legalmente (*cfr.* artículo 1.258 del Código civil) a conocer las normas de urbanismo y edificación, porque así lo exige la *lex artis* de su profesión. Si el proyecto es elaborado en contra de dichas normas, y por ello desaprobado por la Autoridad administrativa, no cabe duda que el cliente puede alegar la *exceptio non adimplenti contractus* y negarse a pagar los honorarios convenidos, sin perjuicio de exigir ante la Autoridad judicial la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, si prueba la existencia de éstos.

A. C. S.

8. *Contratos onerosos. Resolución por incumplimiento.*—Se declara probado que entre ambos contratantes se convino que una de las partes edificara una sala para proyecciones cinematográficas, comprometiéndose una vez construida a concertar con la otra un contrato de arrendamiento de local de negocio, con el fin específico y expresamente declarado de dedicar el local a dichas proyecciones, lo que fue imposible de cumplir porque la Comisión Provincial de Servicios Técnicos denegó licencia de apertura de tal negocio, aplicándose rectamente el artículo 1.124 C. c., sin perjuicio de los derechos y acciones que la demandada pueda ejercitar contra la Corporación Municipal que concedió erróneamente una licencia de obras, pero sin que pueda fundarse un recurso de casación en la infracción de disposiciones de carácter administrativo o fiscal.

*Fin del contrato. Ineficacia por su frustración.*—Es de observar que el contrato tuvo además de su causa jurídica propia como contrato oneroso, un fin orgánico traducido en el propósito, con carácter básico para una de las partes, de destinar el inmueble a local de proyecciones cinematográficas, y este propósito, aceptado expresamente por la otra parte, por causas sobrevinidas antes de la consumación total del contrato (denegación por la autoridad administrativa competente de la licencia de apertura necesaria) resultó jurídicamente inalcanzable, por lo que es equitativo que el perjudicado por la frustración pueda reclamar la ineficacia del contrato; doctrina que ante la imposibilidad jurídica, posterior al contrato, de alcanzar la finalidad perseguida, base de la voluntad contractual, hace admisible y con-

forme con el artículo 1.124 C. c. la tesis de la sentencia recurrida, que ha inspirado ya, entre otras, las SS. de 30 de junio de 1948, 31 de octubre de 1951, 23 de noviembre y 27 de octubre de 1964 y 20 de abril de 1965.

*Efectos de la resolución. Daños y perjuicios. Intereses legales.*—El «abono de intereses» a que se alude en el artículo 1.124, párrafo 2.º, no se refiere a la suma dineraria en concepto de fruto civil por disponer de dinero ajeno y como compensación por su disposición y disfrute, sino que la expresión «resarcimiento de daños y abandono de intereses» contenida en el citado precepto legal, es sinónima de indemnización de daños y perjuicios, refiriéndose el segundo concepto más bien a ganancias dejadas de obtener según criterio de las SS. de 28 de enero de 1961 y 17 de marzo de 1964.

*Ganancias futuras.*—La determinación de las ganancias frustradas ofrece muchas dificultades por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, sin que para su concesión baste la simple posibilidad de realizar las ganancias, sino que ha de existir una cierta posibilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas; circunstancias que no concurren en este caso en cuanto la recurrente pretende obtener unas sumas cuya inversión futura depende de su única voluntad, lo que hace aparecer las sumas pretendidas<sup>8</sup> bajo la prima de lo dudoso y contingente.

*Prueba. Confesión.*—Aunque la confesión hace prueba contra su autor, se ha declarado con reiteración que hoy la confesión rendida en juicio no es excepcional ni superior a las demás clases de prueba establecida en la Ley, y que no es prueba plena (salvo que se pida bajo juramento decisorio), ni es de necesario acatamiento por el juzgador de instancia, quedando reducida, por tanto, a la libre apreciación de los tribunales, sin que en ningún caso pueda dividirse contra su autor. (Sentencia de 10 de octubre de 1980; no ha lugar.)

*Comentario.*—En cuanto a la calificación del contrato aquí contemplado parece que se trata de un contrato complejo y atípico, en el que una de las partes asume una obligación de hacer (edificar un local apto para cine) y otra de contratar un arrendamiento del local construido. Hay que destacar la amplia utilización que hace la sentencia de la teoría moderna de la frustración del fin del contrato, dedicándose el considerando octavo a su exposición y adaptación al caso concreto, con fundamento en la equidad, si bien se hace a mayor abundamiento, pues el fundamento legal de la sentencia recurrida y confirmada es la resolución por incumplimiento; correcta es la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el *lucrum cesans*. Muy sugestiva es la posibilidad abierta a la empresa demandada—aunque la reserva de derechos y acciones tiene escasa efectividad, y menos si se trata de jurisdicciones diferentes—de reclamar en vía contenciosa contra la Corporación municipal que otorgó una licencia de obras con infracción de la legislación urbanística vigente, y originó considerables perjuicios declarados por una sentencia civil.

G. G. C.

9. *Contratos onerosos. Resolución por incumplimiento. Doctrina general.*—La resolución del contrato bilateral por incumplimiento mediante una decla-

ración de voluntad del acreedor por la cual hace saber al deudor su decisión de dar por extinguido el vínculo negocial, forma expresamente regulada por algunos ordenamientos foráneos, viene también admitida por el C. c., según enseña la jurisprudencia, señalando que el artículo 1.124 atribuye a la parte perjudicada por la infracción de lo pactado un derecho de opción entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, que puede ejercitarse acudiendo a la vía judicial o bien fuera de ella por manifestación del acreedor, a reserva de que si la declaración resolutoria resulta impugnada por el otro, queda el tema sujeto a la decisión del juez; pero si el incumplidor se aviene a la declaración unilateral de la otra parte optando por la resolución y la acepta tácitamente, puede entenderse que la declaración receptiva del acreedor no difiere sustancialmente en sus efectos de la resolución convencional, a pesar de que no haya nacido un nuevo negocio acordándola.

*Acuerdo en la disolución. Diferencia con el mutuo disenso.*—Ambos contratantes se hallan de acuerdo en que la disolución de la compraventa se tenga por operada con recíproco reintegro de las prestaciones, aunque difieran en la cuantía del resarcimiento para alcanzar el equilibrio patrimonial entre ambos sujetos del negocio, sobre todo en lo que atañe a la productividad *medio tempore* y hasta que tenga lugar la restitución de la elevada suma percibida por el vendedor como parte del precio, y a la devolución de las cantidades obtenidas por el comprador recurrido con la explotación de la cosa comprada, todo lo cual constituye una figura distinta de la disolución por mutuo disenso, pese a que las expresiones empleadas por la Sala no pequen de excesivo rigor técnico.

*Efectos de la resolución. Compensación de los intereses del precio con los frutos de la cosa.*—Constituye efecto fundamental de la resolución extinguir retroactivamente las obligaciones recíprocas, con desaparición de la eficacia del contrato y el retorno a la situación existente antes de su celebración, con la consecuencia de reintegrarse cada contratante de sus prestaciones, y por lo tanto, impone la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses, pudiendo entenderse compensados los frutos e intereses, como en el presente caso decidió el Tribunal de Instancia, pues estaría en pugna con elementales criterios de equidad y se rompería el criterio económico perseguido como consecuencia de la resolución contractual, sancionando un enriquecimiento a todas luces injusto, permitir que el vendedor recurrente retuviese la cuantiosa productividad de una considerable suma dineraria, mientras se condenaba al comprador a la devolución de lo percibido como utilidades de la cosa comprada en los pocos meses que ha durado su posesión. (Sentencia de 5 de julio de 1980; no ha lugar.)

*Comentario.*—Quizá cabría hacer aplicación de un calificativo de uso muy frecuente en otros ámbitos, denominado «resolución consensuada», a la que tiene lugar cuando una de las partes la propone y la otra la acepta de modo expreso o tácito, adhiriéndose a ella; hipótesis que, como acertadamente se dice en la sentencia, difiere de la extinción del contrato por mutuo disenso, la cual no guarda necesariamente relación con el incumplimiento contractual.

G. G. C.

10. *Contrato de compraventa en fase de consumación. Documento extintivo. Interpretación.*—La interpretación de los documentos presentados por las partes incumbe al Tribunal sentenciador, la que ha de prevalecer aun cuando alguna duda pudiera caber sobre su absoluta exactitud, salvo que de manera clara y terminante se demuestre que resulta equivocada, arbitraría o ilógica, de tal modo que contradiga la letra y espíritu del documento, lo que en el presente caso no acontece, dado que al declarar la resolución impugnada que una de las partes había cumplido todas las obligaciones que dimanaban del contrato de compraventa, se ha atendido a la literalidad de los términos del documento suscrito por la otra, que son tan diáfanos terminantes y explícitos que no puede caber alguna de que la intención era la de dar por extinguidas y canceladas todas las obligaciones pactadas.

*Mandato irrevocable. Doctrina general.*—Si bien el mandato es esencialmente revocable a voluntad del mandante (art. 1.733 C. c.), es lo cierto que la doctrina científica y la jurisprudencial, con fundamento en ser la revocación un derecho del mandante al que podría renunciar y porque en ciertos supuestos es necesario o conveniente la irrevocabilidad, como en los casos de darse el poder en interés común de mandante y mandatario o de alguno de ellos y un tercero, o cuando constituye una cláusula de un contrato, han venido admitiendo la licitud del pacto de irrevocabilidad (SS. de 22 de mayo de 1942, 1.<sup>o</sup> de diciembre de 1944, 10 de julio de 1946, 12 de junio de 1947, 3 de junio de 1950 y 2 de noviembre de 1961) cuando la concesión del mandato irrevocable sea el contenido, o medio de ejecución, especialmente pactado, de un negocio bilateral o plurilateral, en cuyo caso ha de subsistir en cuanto subsista el contrato originario que motivó el otorgamiento del poder.

*Mandato irrevocable para evitar sucesivas transmisiones.*—En el presente caso el otorgamiento del poder irrevocable no fue debido a una graciosa concesión del poderdante, sino que fue previamente convenido por mandante y mandatario con la finalidad de evitar dos sucesivas transmisiones de la propiedad del chalet adquirido, sin que hasta el momento se hubiera otorgado la escritura de compraventa a su favor, teniéndolo que vender a tercera persona, con el consiguiente ahorro de gastos, por lo que en modo alguno puede hablarse de una declaración unilateral de voluntad, sino que refleja el acuerdo verbal previamente convenido; al proceder el poderdante a su revocación realizaba un acto ilegal y contrario al derecho que el mandatario tenía.

*Mandato otorgado por el marido en representación de su esposa. Separación de bienes.*—Hubo pleno acuerdo entre ambos cónyuges, con régimen matrimonial de separación de bienes, para otorgar el poder, y, por tanto, mandato expreso por parte de la esposa para que el marido lo suscribiese en los términos en que aparece redactado, sin que obste la circunstancia de que el mandato de la mujer fuese conferido verbalmente. (Sentencia de 21 de octubre de 1980; no ha lugar.)

11. *Prueba de peritos.*—Es constante doctrina de esta Sala que toda la materia relativa al tema y apreciación de los dictámenes periciales queda sustraída a la censura de la casación.

*Contrato de obra con suministro de materiales.*—Aun prescindiendo de la imposibilidad de adentrarse en el examen de las ponderaciones de la Sala,

que han de tenerse por inalterables al no haber sido combatidas en forma, no se oculta que, sin necesidad de pasar revista a las diversas posiciones doctrinales acerca de la distinción, en las zonas dudosas, entre el contrato de compraventa y el de locación de obra, hay casos como el presente en los cuales ya se atienda al criterio subjetivo de la intención de los contratantes, contemplando el producto del trabajo o *res facta* como un *dare* y prescindiendo del proceso de fabricación, ya se utilice el criterio objetivo de la prevalencia del valor de la materia, unido al de la fungibilidad de la cosa producida en serie periódica y profesionalmente por quien las elabora, con toda evidencia se ofrece un contrato de compraventa, aunque el pedido del fabricante se haga fijando a las cosas determinadas características de forma y dimensiones, con lo que la única nota singular será la que comporte matizar la obligación del vendedor como entrega de cosa futura, según esta Sala tiene declarado en Sentencia de 28 de noviembre de 1973, resolviendo sobre venta de inmuebles. (Sentencia de 25 de abril de 1980; no ha lugar.)

*Hechos.*—La sociedad demandante debía suministrar una serie de elementos para establecimientos mercantiles, que habían de ser fabricados de acuerdo con las especificaciones de la sociedad demandada. Esta no pagó una parte de los bienes suministrados, por considerarlos defectuosos. El Juzgado y la Audiencia estimaron que el negocio era una compraventa y condenaron a la sociedad demandada a pagar la suma debida. La sociedad demandante alegó en el recurso de casación, entre otras cosas, que el negocio debía ser calificado como contrato de obra con suministro de material. No prosperó el citado recurso.

*NOTA.*—Debemos hacer notar que el recurso de casación es desestimado fundamentalmente por defecto formal en su interposición, lo cual significa que nuestro Tribunal Supremo no tenía necesidad de ocuparse del problema sustantivo o de fondo. Sin embargo, lo ha hecho, y por ello, dada la autoridad de nuestro más alto Tribunal, es digna de ser destacada su opinión. Nuestro Tribunal Supremo ha tenido en cuenta los criterios (el subjetivo y el objetivo) que la doctrina científica utiliza comúnmente para calificar al contrato celebrado como compraventa o contratos de obra. Nuestro Tribunal Supremo rechaza las tesis extremistas (estamos siempre en presencia de una compraventa o de un contrato de obra) e intermedias (estamos siempre ante un contrato mixto). Entiende el citado Tribunal que la calificación del contrato depende del carácter prevalente de la prestación de dar o de hacer. En el supuesto que se plantea en la sentencia que anotamos, nuestro Tribunal Supremo niega que el contrato celebrado sea un contrato de obra, porque los contratantes contemplan el producto del trabajo como un *dare*, prescindiendo del proceso productivo (criterio subjetivo), y por tener prevalencia el valor de la materia y ser fungible la cosa producida en serie periódica y profesionalmente por quien las elabora (criterio objetivo). La aplicación de ambos criterios determina la calificación del contrato celebrado como compraventa. Nuestro Tribunal Supremo tiene en cuenta el carácter fungible de la cosa, que la doctrina (*cfr. GULLÓN, Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, pág. 263) califica de gran interés, porque en un buen número de casos permite comprobar la función del trabajo en la estructura del negocio. Normalmente en el contrato celebrado para la elaboración o construcción de una cosa fungible el proceso productivo pierde importancia frente a la entrega de la cosa, como objeto peculiar del contrato de compraventa. Así sucederá cuando se trate de cosas

producidas, periódica o profesionalmente, por quien las construye o elabora. En cambio, cuando se encarga la realización de una cosa no fungible, el proceso productivo pasa a un primer plano. Finalmente, queremos destacar que mantenemos una posición análoga a la del Tribunal Supremo en la sentencia anotada. Véase este ANUARIO, año 1980, fasc. I, págs. 210 y 211.

A. C. S.

12. *Naturaleza del contrato de arrendamiento. Arrendamiento de temporada.*—Tanto la determinación del plazo contractual, como la posesión de las llaves durante todo el año por el arrendatario, no son elementos que califiquen necesariamente la naturaleza del contrato. Sin embargo sí habrá de deducirse el carácter de arrendamiento por temporada, de que la renta concertada sea únicamente efectiva durante el funcionamiento del cine. (Sentencia de 10 de junio de 1980; no ha lugar.)

*Hechos.*—Contrato de arrendamiento de un cine. El propietario interpone demanda de desahucio contra el arrendatario solicitando la resolución del referido contrato de arrendamiento por temporada relativo al local de negocio destinado a cine de verano. El juez de primera instancia estima la demanda de desahucio y declara resuelto el arrendamiento. La Audiencia confirma la sentencia apelada.

M. D. E.

13. *Interpretación de la Ley. Criterios interpretativos.*—Es evidente el error interpretativo de la Sala de Instancia en la aplicación del RDL de 20 de junio de 1978, no sólo por el olvido del criterio literal, sino por el del sociológico y finalista que recomienda al intérprete el artículo 3, párrafo 1 del Código civil. Primero por ser clara la distinción entre arrendamientos protegidos y los que afectan a cultivadores directos y personales, extendiéndose el beneficio de la prórroga a ambos, al decir «... quedarán igualmente prorrogados...», ya que en caso contrario la disposición transitoria quedaría sin finalidad —criterios sociológico y finalista—, que no sería otra que la de evitar el problema social que plantearía con el despido de arrendatarios que personal y directamente cultivan las tierras arrendadas. (Sentencia de 13 de junio de 1980, ha lugar.)

*Hechos.*—Contrato de arrendamiento rústico. El arrendatario, cultivador directo y personal, pide la prórroga del contrato en base a lo dispuesto en el RDL de 20 de junio de 1978.

La Sala de Instancia estima la demanda. La Audiencia revoca la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia.

M. A. M.

14. *Arrendamiento de temporada. Diferencias entre tácita reconducción y mera tolerancia. Aplicación de la tácita reconducción.*—No es en modo alguno correcto ni factible aplicar al arrendamiento de temporada el artículo 1.566 del C. c., porque para que ésta clase de arrendamiento almitiera la tácita reconducción (dado que dicha modalidad contractual supone una ruptura desde el fin de la temporada al inicio de la próxima) sería preciso que la

tolerancia en la posesión arrendaticia se refiriera a los quince primeros días de la nueva temporada y no, a los días subsiguientes al final de la extinguida, y ello, primero, por una razón lógica elemental, concordante con la característica anotada del contrato y su intrínseca naturaleza, de tracto interrumpido, que desautoriza una posesión legítima más allá del tiempo pactado, y, en segundo lugar, consecuentemente, porque, si se admitiera la tesis contraria, conllevaría una tácita alteración no sólo del acuerdo sobre la duración temporal del arriendo, que es lo que se limita a sancionar el artículo 1.566 del C. c., sino, lo que es más grave y trascendental, un cambio en la naturaleza del propio contrato, que se convertiría, mediante una extraña novación, de arrendamiento especial en ordinario, con las consecuencias previstas en la legislación restrictiva aplicable, y ello sólo por obra, sobre todo, de la conducta posesoria de la parte que obtendría mayor beneficio frente a la de la otra que, fiada en la naturaleza del arriendo de temporada, no pudo prever que con su actitud pasiva, de mera tolerancia, pudieran acarreársele unos perjuicios por aplicación de una norma —la de la tácita reconducción— no apropiada al supuesto convenido y tenido en cuenta por las partes, a las cuales, en buena lógica, sólo pueden y deben afectar las consecuencias normales —art. 1.258 del C. c.—, pero no las excepcionalmente derivadas de una aplicación extensiva o desmesurada de preceptos legales, según la conocida regla de «odiosa sunt restringenda». (Sentencia de 2 de abril de 1980; no ha lugar.)

15. *Aparcería. Rescisión de contrato por muerte del aparcero. Renuncia de este derecho. Entrega de frutos.*—La facultad de rescindir el contrato de aparcería, que establece el núm. 2º del artículo 47 del vigente Reglamento sobre arrendamientos rústicos, con motivo de la muerte del aparcero, no tiene plazo de caducidad para su ejercicio, ni la aparcería admite para su continuación la tácita reconducción, pudiendo sólo admitirse una renuncia a tal facultad de rescisión y tácitamente si el transcurso del tiempo fuera unido a hechos de los que pudiera deducirse lógica y justamente la clara voluntad de tal renuncia..., sin que pueda inferirse del hecho de haber satisfecho a los propietarios la porción de frutos correspondientes, puesto que deben de ser aplicadas las enseñanzas jurisprudenciales (Sentencias de 15 diciembre 1952, 29 septiembre 1975, etc.) en punto a que en tanto prosiga la posesión del aparcero, colono o sus herederos, han de abonar la contraprestación correspondiente para evitar enriquecimiento injusto, sin que ello signifique el enervamiento de la causa de desaucio ni el concierto de un nuevo contrato. (Sentencia de 26 de febrero de 1980; no ha lugar.)

16. *Transporte de mercancías por carretera. Pérdida parcial de la mercancía. Documento de ambas partes encaminado a fijar el daño. Interpretación.*—La voluntad de los contratantes fue fijar con exactitud el importe de la mercancía sometida a transporte, dañada y no recuperable, por lo cual, fijado su valor, el resto assignable a lo no dañado quedaría precisado en referencia al total objeto de transporte.

*Propuesta condicionada.*—No incide la sentencia en error de hecho al no tomar en cuenta el valor que el dueño de la mercancía había fijado al

conjunto de la misma en un requerimiento anterior, pues se trataba de una oferta condicionada a determinados requisitos que no se cumplieron por el transportista. (Sentencia de 16 de octubre de 1980; no ha lugar.)

17. *Ley formal y ley material. Conceptos.*—El vocablo «ley» puede ser entendido en su acepción restringida formal de mandato normativo emanado de los órganos soberanos que tienen constitucionalmente atribuido el poder legislativo superior (artículo 66, párrafo 2, de la Carta Fundamental y Sentencia de 15 octubre 1968), o, por el contrario, en su aspecto material de toda norma jurídica escrita (artículo 4 del C. c.) que, por tanto, abarca a los Decretos revestidos de las notas de generalidad y obligatoriedad.

*Concepto de ley a los efectos de la casación.*—No parece adecuado otorgar el rango de «ley» en la esfera de un recurso extraordinario, como es el de casación, a las disposiciones que no pasan de meras órdenes ministeriales.

*Mandato. Irrevocabilidad.*—El mandato es de naturaleza claramente irrevocable cuando no se otorga como negocio jurídico autónomo, derivado de la mutua confianza y respondiendo al exclusivo interés del mandante, como ocurre cuando se confiere para cumplimiento de un contrato principal, como puede ser el de compraventa, por lo que ha de ceder el principio general de revocabilidad sancionado en el artículo 1.733 como la jurisprudencia tiene declarado para tales casos (Sentencias de 2 noviembre 1961, 26 mayo 1964, 6 mayo 1968 y 4 mayo 1973, entre otras).

*Obligaciones recíprocas. Resolución del contrato y en especial del de compraventa.*—Según repetida jurisprudencia, de la que son manifestación las sentencias de 5 noviembre 1979 y 21 marzo 1980, antecedidas por las de 23 abril 1965, 24 junio 1968 y 1 febrero 1977, los artículos 1.124 y 1.504 lejos de pugnar entre sí, se complementan en el sentido de que la regla general para toda clase de obligaciones recíprocas establecida en el primero, se aplica de modo concreto en el segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, y si bien el derecho potestativo de pedir la resolución contractual requiere en ambos casos la concurrencia de una voluntad rebelde en la parte incumplidora, la determinación de la existencia de este «animus» corresponde al Tribunal de Instancia. (Sentencia de 8 de abril de 1980; no ha lugar.)

18. *Seguro de accidentes. Contrato de adhesión. Cláusula que excluye indemnización si el siniestro obedece a intoxicación del conductor.*—En el pleito no se ha probado que el conductor padeciese una auténtica intoxicación etílica y que ésta fuera la causa determinante del accidente, pero además la expresión empleada en la póliza es tan vaga y falta de concreción que hace de toda evidencia que no toda intoxicación del conductor excluye la cobertura del riesgo, ya que el término intoxicación alcanza a toda alteración de un organismo vivo por sustancias tóxicas, venenosas o empozoñadas, cualquiera que sea su intensidad o su causa, por tanto esa cláusula de contrato de adhesión, imputable a la aseguradora, dada su falta

de concreción y claridad, con base en el artículo 1.288 C. c., ha de ser interpretada en el sentido más favorable al asegurado y perjudicado-beneficiario. (Sentencia de 23 de octubre de 1980; no ha lugar.)

19. *Cláusula compromisoria. Arbitraje improPIO.* El concepto de «hombres buenos». Requisitos para someter las cuestiones a la decisión de árbitros. Interpretación de los contratos.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que la interpretación de los contratos corresponde al Tribunal de Instancia, sin que sea lícito al recurrente sustituir por el suyo propio el más autorizado criterio, objetivo e imparcial de aquél, si bien la aceptación de la interpretación así hecha queda condicionada a que sea lógica y acorde con los términos contractuales y la intención de los contratantes, de tal modo que esa labor interpretativa no contradiga la letra y el espíritu de lo convenido, debiendo hacerse la interpretación conforme a las normas de hermenéutica contenidas en los artículo 1.281 y siguientes del C. c., y en el presente caso, a la vista del contrato de compraventa suscrito por los litigantes, y con relación a la cláusula 6.<sup>a</sup> del mismo, ha de llegarse a conclusión contraria a la deducida por el Tribunal sentenciador de instancia, el cual estima que el contenido literal de la misma («para todas cuantas divergencias o problemas puedan suscitarse con motivo del presente contrato de compraventa, las partes contratantes se someten de mutuo acuerdo a la intervención de hombres buenos en la forma y manera determinadas por la ley») constituye una específica y terminante cláusula compromisoria por la que las partes deciden someterse a un procedimiento de arbitraje de derecho privado, pues ha de tenerse en cuenta que para que tal cláusula revelase la clara e indiscutible voluntad de aquéllas al sometimiento de ese arbitraje, regulado por la Ley de 22 de diciembre de 1953, era necesario que los términos de la misma no ofreciesen la menor duda acerca de que lo que las partes quisieron fue, previa formalización del compromiso, la de someterse a la decisión de terceras personas sobre las divergencias surgidas en la interpretación o cumplimiento de dicho contrato, y esa sumisión previa a tal resolución decisoria de los árbitros no aparece en la cláusula litigiosa, en la que solamente aceptan los contratantes la intervención de «hombres buenos», lo que, contrariamente a lo que la resolución impugnada expresa, da lugar a la ambigüedad de dicha estipulación por falta de claridad en sus palabras, pues de ellas no se deduce esa expresa aceptación previa y necesaria sumisión a un procedimiento arbitral que resuelva el conflicto suscitado, ya que la expresión «hombres buenos» no puede estimarse necesariamente como equivalente a la de árbitros de derecho o de equidad que, según la Ley anteriormente mencionada, son quienes han de resolver las cuestiones sometidas a su decisión, y sabido es que el arbitraje es una institución eminentemente formal, con requisitos esenciales y de ineludible cumplimiento, uno de los cuales, y el primero de ellos, es el otorgamiento del contrato de compromiso, por el cual los interesados acuerdan someter sus diferencias a la decisión de un tercero o terceros que formalmente designen, y en el presente caso no se habla de decisión, sino de intervención de hombres buenos, lo que parece indicar una mediación para conseguir un acuerdo entre las partes, pero sin resolución vinculante,

que necesariamente ha de interpretarse como una cláusula de arbitraje improPIO (al que el preámbulo de la Ley de 22 de diciembre de 1953 alude y que el artículo 3 de ella previene) por no ajustarse a las prescripciones legales y que es insuficiente para con base en él eliminar la competencia jurisdiccional de los Tribunales de Justicia. (Sentencia de 25 de marzo de 1980; ha lugar.)

20. *Interpretación del contrato.*—La labor interpretativa del Juzgador es de su exclusiva competencia y ha de ser respetada, de no quebrar cualquiera de las normas de hermenéutica contractual o llegar a resultados absurdos o notoriamente contrarios a derecho.

*Contrato atípico.*—Hay que respetar el criterio del Juzgador, que calificó el contrato de «atípico», dentro de los encuadrados en los denominados de gestión de servicios, mandato o comisión mercantil y muy en particular con el de agencia.

*Revocación del contrato.*—Fijado en interés de ambas partes en el contrato un plazo de duración, al no existir causas determinantes del incumplimiento de lo pactado por parte de los comisionistas, el comitente pierde aquella facultad revocatoria y de hacerlo debe indemnizar a aquéllos los daños y perjuicios que con la extemporánea revocación les ocasione.

*Principio general del derecho.*—Es doctrina constante de esta Sala que para fundamentar un motivo de casación en la infracción de un principio general del derecho ha de estar reconocido como tal en la ley o en la jurisprudencia, que debe ser citada expresamente como ineludible exigencia para que pueda ser tenido en cuenta. (Sentencia de 12 de junio de 1980; no ha lugar.)

**HECHOS:** Una sociedad contrató a unas personas como promotores de ventas en exclusiva de una serie de parcelas. Antes de que hubiese vencido el plazo establecido, el contrato fue revocado unilateralmente. El Juzgado y la Audiencia estimaron que la revocación no obedeció a justa causa. El Tribunal Supremo confirmó estos fallos.

**NOTA.**—En los resultados y en los considerandos de la sentencia se emplea el término «promotores de ventas en exclusiva». Queremos llamar la atención sobre el problema terminológico que nace de utilizar un término en sentidos diversos. La palabra «promotor» está de moda en el ámbito de la construcción inmobiliaria. Todo el mundo la emplea, el gran público, los prácticos, la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, no se sabe muy bien quién es este personaje y cuál es su cometido. En la sentencia que anotamos, el recurrente y el recurrido utilizan el término «promotor» para referirse a un profesional que se encarga de vender por cuenta de otro una serie de parcelas. De esta actividad se encargan —pensamos nosotros— en el ámbito de la construcción inmobiliaria fundamentalmente los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, como previene el artículo 1º del Decreto de 4 de diciembre de 1969, que aprueba el Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (Repertorio Aranzadi de Legislación, núm. 2.299). El término «promotor» debe utilizarse exclusivamente para designar al profesional que organiza la construcción de obras inmobiliarias para que determinadas personas adquieran la propiedad, el arrendamiento o cualquier otro derecho sobre las mismas (véase este ANUARIO, año 1980,

fasc. I, págs. 215-222, donde exponemos el significado el promotor inmobiliario). En un sentido parecido se pronuncia nuestro Tribunal Supremo en las Sentencias de 11 y 14 de octubre de 1974.

En la sentencia anotada, nuestro Tribunal Supremo sitúa el contrato celebrado en el marco de los denominados de gestión de servicios, mandato, comisión mercantil y agencia. En el ámbito de estos contratos rige el principio de la revocación por voluntad del comitente (*cfr.* artículos 1.733 del Código Civil y 279 del Código de Comercio). Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo pone de relieve que, al haberse establecido en el contrato un plazo de duración del contrato en interés de ambas partes, el comitente no tiene una facultad revocatoria libre. Esta facultad ha sido excluida por voluntad de partes, lo cual es perfectamente admisible (*cfr.* GULLÓN, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*. Madrid, 1972, págs. 299-301).

Nuestro Tribunal Supremo establece que para casar una sentencia por aplicación indebida de un principio general del derecho, o por su falta de aplicación, es necesario que se trate de un principio recogido en la ley o en la doctrina legal. De esta manera se controla —como dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1979, pág. 182), la positivización o, en otras palabras, la inserción *de facto* en el ordenamiento jurídico de los principios generales, pero a cambio de una mutilación de sus funciones más genuinas, lo que parece admisible en aras de la seguridad jurídica.

No obstante, hay que tener en cuenta que esta limitación en el juego de los principios generales del derecho opera sólo en la materia civil, vinculada a la técnica del recurso de casación. En la jurisprudencia administrativa, por el contrario, tiene una mayor desenvoltura la aplicación de los principios generales del derecho.

A. C. S.

*21. Culpa extracontractual. Fondo Nacional de Garantía. Carácter de su responsabilidad.*—La configuración obligacional del Fondo de Garantía no es la de ser un obligado principal y directo, sino subsidiario o más bien supletorio por disposición legal de carácter e interés público con la finalidad de suplir o sustituir al responsable, o a falta de seguro, y garantizar en todo caso a la víctima o derechohabientes un mínimo de resarcimiento económico; en consecuencia, mientras la jurisdicción no determine la inexistencia de persona conocida a la que quepa exigir responsabilidad, no podrá ejercitarse la reclamación contra el mismo, sólo obligado al pago en defecto de aquélla, según resulta del artículo 7.º del Texto Refundido de la Ley de 1962 en relación con los artículos 10, 15 y ss. del mismo.

*Concurrencia de acciones, ejecutiva y ordinaria. Prejudicialidad.*—La Sentencia de 17 diciembre 1979 declaró que si bien las acciones, especial del seguro obligatorio y ordinaria a las que alude el artículo 4.º del Texto Refundido, ofrecen características en algún punto diferentes —tal el *quantum* exigible por limitación legal—, por un lado tienen un origen común y por otro un camino o trayectoria procesal con posibilidades contradictorias e incluso excluyentes, con la consecuencia de una posible prejudicialidad de la nacida del contrato de seguro obligatorio sobre la ordinaria, de donde la necesidad *ad cautelam* para el perjudicado de ejercitar antes la acción especial y agotar sus trámites hasta la resolución definitiva, a partir de la cual podrá actuarse la ordinaria en el plazo del artículo 1.968 Código civil.

*Interrupción de la prescripción de la acción contra el Fondo de Garantía. No se produce si la acción no ha nacido.*—La reclamación prematura e informal al Fondo de Garantía no puede iniciar el tiempo para el cómputo de la prescripción en razón de su ineficacia, porque para que la prescripción opere se precisa no sólo que la acción exista o haya nacido, sino que tenga posibilidad legal de ejercitarse, lo que en este caso requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 7.<sup>º</sup> del Texto Refundido. (Sentencia de 14 de octubre de 1980; no ha lugar.)

#### 4. Derechos reales

22. *Fundamentación del recurso de casación.*—La violación del artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por tratarse de un concepto exclusivamente procesal, no puede servir de fundamento a un recurso por infracción de ley afectante al fondo de la cuestión debatida.

*Extensión del dominio.*—Son cuestiones distintas el dominio del actor, tercerista, sobre la finca objeto del litigio, y las consecuencias que de este dominio puedan derivarse en orden a su extensión a los bienes muebles en aquélla situados.

*Confesión judicial.*—Según doctrina legal anterior, si bien es cierto que la confesión judicial prestada por uno de los demandados hace prueba contra él, pero no contra los demás que no se encuentren en el mismo caso, no lo es menos que, cuando la confesión judicial prestada por el colitigante no es más que uno de los varios elementos tenidos expresamente en cuenta por el órgano jurisdiccional de Instancia para sentar sus conclusiones, no hay obstáculo para que lo confesado sea ponderado y valorado por el mismo, tal como ocurre en este supuesto.

*Configuración de la presunción de posesión establecida en favor del titular de un derecho real inscrito en el Registro.*—A pesar que la Ley Hipotecaria, como desarrollo del principio de «legitimación», establece presunciones de derecho que hacen permisible que el titular según el Registro sea tratado como «propietario-poseedor», ello no es óbice para que, como sanciona nuestro Código Civil, pueda ser distinto el tenedor de la cosa o derecho, tal como ocurre en el supuesto del arrendatario que será quien ejerzite la posesión inmediata sobre la finca. De tal forma que al transmitirse al arrendatario las facultades de uso y disfrute de la finca rústica, será inherente a las mismas, instalar en ella los elementos conducentes a su explotación, entre ellos la maquinaria para su adecuado laboreo y el ganado que posibilitará su mejor aprovechamiento, por lo que es obvio que la presunción legal de posesión de los muebles radicados en la cosa raíz no puede favorecer al propietario no poseedor.

*Carga de la prueba.*—La norma genérica respecto a la carga de la prueba en las obligaciones no cede ante la específica consagrada en el artículo 1.250 del Código Civil, por cuanto que las presunciones en que pretende ampararse el recurrente, para ser dispensado así de la prueba, carecen de operación en el supuesto concreto sometido aquí a la consideración de los órganos jurisdiccionales. (Sentencia de 14 de marzo de 1980; no ha lugar.)

**HECHOS:** El propietario de una finca rústica frente al embargo de maquinaria agrícola, cosechas y ganado realizado por una sociedad mercantil, en razón del incumplimiento del arrendatario, explotador directo e inmediato de la misma, interpone tercería de dominio respecto a los bienes embargados, basándose en que la titularidad de los mismos le pertenece, por cuanto se hallaban situados en la finca de su propiedad.

La Sala de Instancia estima en parte la demanda y declara la propiedad del demandante sobre solo uno de los bienes. La Audiencia confirma la sentencia.

M. A. M.

**23. Acción de deslinde. Naturaleza y condiciones para su utilización.**—Si bien es cierto que el artículo 384 del C. c. sanciona que «todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes», es sobre la base de que entre los terrenos en fricción exista mera cuestión de colindancia, y, por tanto, determinación tan sólo de sus respectivos límites, o, con más precisión, a donde alcanzan los de una y otra finca consideradas, de hecho y jurídicamente, como realidades independientes, pero no cuando lo que se produce es el planteamiento de una contienda sobre la propiedad por rebasar el ámbito estricto de la acción de deslinde, puesto que si, según las Sentencias de 21 diciembre 1918, 14 enero 1936, 9 noviembre 1949 y 2 abril 1965, esta acción (que ofrece semejanza con la antigua «finium regundorum», pero no una plena identificación) requiere como aspectos fundamentales la titularidad dominical indubitable respectiva de las partes sobre predios colindantes y confusión de sus linderos en el punto o línea de tangencia, al venir conferida por el ordenamiento jurídico para evitar intrusiones, más o menos conscientes, en propiedad ajena, no permite su acogida, cual se deduce también de la Sentencia de 13 septiembre 1870, cuando lo en esencia pretendido sea tratar de resolver cuestiones controvertidas sobre la propiedad de los predios, desde el momento, una vez más sea dicho, que la acción de deslinde viene instaurada en nuestro ordenamiento jurídico como un específico remedio de alcanzar las respectivas delimitaciones de fincas colindantes, pero con indubitable independencia dominical y tan sólo discrepancia en las respectivas superficies y no para decidir cuestiones de prevalencia dominical. (Sentencia de 12 de mayo de 1980; ha lugar).

**24. Servidumbre no inscrita en el Registro. Buena fe del tercero.**—No puede admitirse que el tercero actúe con buena fe cuando conocía la existencia de la servidumbre que gravaba el inmueble adquirido y tan conocimiento existe si los signos de la servidumbre son ostensibles. La existencia de numerosos huecos abiertos en la pared posterior de la finca inmediata es un signo de servidumbre y el no hallarse inscrita en el Registro no impide su existencia ni supone la carencia de título.

**Servidumbre de no alzar un edificio. Naturaleza.**—Es una servidumbre continua, negativa y no aparente, por lo que su adquisición no puede tener lugar más que por título cuando tenga sustantividad propia. Este gravamen no puede deducirse de la simple existencia de huecos abiertos, que cons-

tituyen signos de la realidad de una servidumbre de luces y vistas, pero no de la de no elevar el edificio. (Sentencia de 27 de junio de 1980; ha lugar.)

25. *Carácter potestativo de la anotación preventiva del embargo de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad.*—Conforme a la doctrina legal sancionada por la jurisprudencia de esta Sala en anteriores sentencias, la anotación preventiva de un embargo dictado legalmente por la autoridad judicial no puede condicionar su existencia, ni tener con respecto a él valor constitutivo, que sería incompatible con la naturaleza que en nuestro derecho se dan a las inscripciones y sobre todo a las anotaciones preventivas, como se deduce del tenor literal del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que al decir «podrán anotar» está claramente reflejando un sentido potestativo y no imperativo.

*Justo título del tercerista.*—Al implicar la tercería una cuestión de preferencia, es imprescindible que la justificación del dominio se refiera a la existencia de un derecho de propiedad vigente en el momento de practicarse el embargo, puesto que al ser éste el causante de la privación posesoria es necesario justificar que el tercerista tenía la propiedad del bien embargado, condición indispensable para aplicar la protección que se reclama. (S. T. S. de 4 de abril de 1980; no ha lugar.)

**HECHOS:** Compraventa de bungalows sobre los que existía un embargo preventivo no anotado. El comprador ejerce la tercería de dominio frente a la ejecución del embargo. El Juez de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia confirma la decisión de éste.

M. D. E.

26. *Doble inmatriculación.*—Existe en el supuesto una doble inmatriculación, pues la vigencia de las anteriores inscripciones afecta y contradice la titularidad dominical, produciéndose como consecuencia de esta anormalidad la imposibilidad de la correcta aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

*Inexactitud registral.*—Ante esta situación de falta de exactitud registral que neutraliza los efectos de ambas inscripciones hay que acudir para resolver la pugna o colisión entre ellas y determinar cuál sea la prevalente, sin posible aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a la vía civil, pues sólo las normas y reglas de Derecho común son las que han de determinar quién tiene el título de dominio más antiguo, con inscripción registral anterior.

*Ejercicio de la acción reivindicatoria.*—Es claro conforme a las disposiciones de Derecho civil, el mejor derecho de los actores ahora recurridos, al haber acreditado éstos su justo título de dominio, la identidad de dichas fincas y su posesión por parte de los recurrentes, requisitos éstos necesarios para la efectividad de la acción reivindicatoria.

*Tercero hipotecario.*—Con respecto a las otras dos fincas de inferior calidad, que también se reivindican, la recurrente no puede alegar la condición de tercero hipotecario, al no tener inscrito en el Registro, el dominio que pretende tener sobre ellas.

*Cuestión procesal.*—Cuando la sentencia que hubiere de dictarse en lugar de la casada, haya de contener idéntico fallo, aunque fuera por distintos razonamientos, no procede la casación, pues aun cuando en los fundamentos de dicho fallo se hubiese cometido alguna infracción legal, hay base bastante para mantenerlo por otros razonamientos jurídicos. (Sentencia de 17 de mayo de 1980; no ha lugar.)

*Hechos.*—Los demandantes solicitan en su demanda que se declare que son dueños en pleno dominio de varios solares y que se declaren nulas e ineficaces las escrituras e inscripciones que con posterioridad se produjeron relativas a los mencionados solares. El Juez de Primera Instancia estima la demanda y la Audiencia confirma la sentencia apelada.

M. A. M.

27. *Retracto de colindantes. Acumulación de las acciones de retracto y de nulidad.*—Siendo el retracto, artículo 1.521 del C. c., el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago, ya habiendo declarado anteriormente, artículo 1.511, que el comprador sustituye al vendedor en todos los derechos y acciones, la jurisprudencia no ha puesto dificultad alguna, por el contrario no ya lo permite, sino que estima ser requisito previo a la acción de retracto, el que cuando para evitar o burlar el ejercicio de la correspondiente acción de retracto, por parte de quien tiene derecho al mismo, se disimula la compraventa o cualquier enajenación a título oneroso que lo determina, con otra figura jurídica que no la autoriza o no da lugar al mismo, se ataque mediante la correspondiente acción de nulidad por simulación o fraude de ley, tal modo que quede al descubierto la verdadera figura jurídica que resulta disimulada o el fraude de ley que con ella se pretendía, para con ello, al propio tiempo, ejercitar la correspondiente acción de retracto contra el adquirente que quiso evitarlo.

*Legitimación pasiva. Necesidad de ser traídos al juicio todos los interesados.*—Han de ser traídos a la litis todas aquellas personas interesadas intervenientes, para que nadie pueda resultar condenado sin ser oído y vencido en juicio, sirviendo a estos efectos como ejemplo la S. de 16 de mayo de 1960, siendo indiferente a ello que se trate de primera o segunda enajenación, puesto que la acción se ha de dirigir conjunta y sucesivamente contra los que por enajenaciones posteriores hubiesen adquirido la finca objeto de retracto. (Sentencia de 20 de junio de 1980; no ha lugar.)

## 6. Derechos de sucesiones

28. *Partición de la herencia. Formación de lotes y adjudicación de bienes. El concepto de igualdad de lotes.*—La circunstancia de que para el pago de lotes se adjudiquen bienes de distinta naturaleza no implica, si aquéllos son iguales, que se contravenga la igualdad dispuesta, ya que el artículo 1.061 del C. c. manda guardar la igualdad en las adjudicaciones sólo si ello es posible a base de cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, y se

ha declarado por esta Sala que la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso y de la naturaleza de lo que se reparta, sin que sea precisa la existencia de una igualdad matemática y absoluta (Sentencia de 25 de junio de 1977), por lo que el pago de lotes iguales con bienes de distinta naturaleza no supone quebranto de aquella igualdad.

*Mandatario procesal. Valor de sus actos con relación al mandante.*—Han de considerarse los actos realizados por el mandatario procesal, dentro de los límites del mandato, como actos propios de los mandantes, que les obligan como si fueren personales suyos.

*Recurso de casación. Documentos auténticos. No lo es el documento examinado por el Tribunal.*—Cuando se trata de un documento que la sentencia impugnada interpretó y examinó (SS. de 14 de junio de 1968 y 8 abril 1969) este hecho lo desposee del carácter de autenticidad a los fines del recurso. (Sentencia de 17 de junio de 1980; no ha lugar.)

## II. DERECHO MERCANTIL

29. *Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Reducción del número de administradores. Inexistencia de lesión a los intereses de la sociedad.*—Como ya expresó la Sentencia de 4 de octubre de 1955, en el enjuiciamiento de las causas de impugnación de los acuerdos sociales, previstas en el artículo 67 de la Ley, los Tribunales han de proceder con toda ponderación y cautela, procurando no invadir la esfera de acción reservada por la Ley o los Estatutos a los órganos de la sociedad, sin perjuicio de que, con plena libertad de su actuación, siempre ajustada a Derecho, el juzgador pueda y deba revisar los acuerdos de aquéllos si el proceso ofrece demostración suficientemente razonable de que el organismo social se ha extralimitado por exceso o por defecto en el ejercicio de sus facultades legales o estatutarias, o causado lesión a la entidad en beneficio de algún socio; y en relación con el supuesto de lesión las Sentencias de 29 de noviembre de 1969 y 2 de marzo de 1977 establecen que el acuerdo de la Junta General modificando los Estatutos en el sentido de reducir el número de los Administradores, no puede considerarse lesivo de los intereses sociales en beneficio de uno o varios de los socios, no vulnerándose con tal acuerdo lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 71 de la Ley; doctrina que procede ratificar en el presente caso. (Sentencia de 10 de octubre de 1980; ha lugar.)

30. *Marca. Nulidad por incumplimiento de los requisitos legales.*—En aplicación del artículo 124 del Estatuto de la Propiedad Industrial, la palabra «multimueble» es concepto genérico no patentable y la palabra «España» es denominación geográfica cuya inscripción está vedada, por lo que no puede su unión ser patentable como marca. (Sentencia de 28 de marzo de 1980; ha lugar.)

NOTA.—La sentencia cita el Estatuto de la Propiedad Industrial con la fecha de la Real Orden de su publicación; en realidad fue aprobada por Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929. Resulta también errónea la mención del artículo 114 por la Sentencia, pues la enumeración de las exclusiones del Registro como marcas, se contiene en el artículo 124, cuyos números 5 y 6 son expresamente aplicados en este caso.

La nulidad de las marcas por infracción de las normas legales aplicables, como ocurre en el presente caso, no encuentra una regulación clara en el Estatuto, aunque resulta indudable de la aplicación del artículo 6, pág. 3 del Código civil.

El artículo 163 del Estatuto señala que «serán anuladas las marcas... 3.º por sentencia firme de los Tribunales», pero sin excluir la posible existencia de supuestos de nulidad.

P. E. A.

31. *Propiedad industrial. Nulidad de marcas. Competencia de la Jurisdicción ordinaria. Recursos administrativos.*—Según doctrina jurisprudencial el ejercicio de los recursos administrativos y contencioso-administrativos no es obligado para el solicitante al que se denegó la inscripción registral, ni para el opositor al que se desestimó su «oposición», sino simplemente potestativo, pues se trata de un acto administrativo que únicamente puede ser combatido por tal juego de recursos, dirigidos exclusivamente a impugnar el expediente de concesión y acceso al Registro de una determinada marca; pero ha de tenerse en cuenta que no puede negarse a los particulares el derecho de obtener en la vía civil una declaración que les faculte para mantener el libre disfrute de la posesión, siempre que el juicio que promuevan verse sobre la nulidad del registro de cualquiera de las modalidades de la propiedad industrial, ya que en tal supuesto la acción no se dirige a impugnar el expediente de concesión, sino la titularidad de ésta según obra en el Registro.

*Nulidad impropias por caducidad.*—Notoria es la doctrina jurisprudencial que mantiene que las cuestiones de competencia y procedimiento son de orden público, lo que obliga a su examen de oficio; en el presente caso se trata de una declaración de nulidad impropias, por virtud de una adquisición del dominio al margen del Registro y una declaración de nulidad por caducidad de la marca inscrita por el demandado y usada por la entidad actora, por lo cual se trata de la acción prevista en el artículo 269 del Estatuto, que debe sustanciarse por las normas de la LEC. (Sentencia de 3 de octubre de 1980; ha lugar.)

32. *Contrato de fletamiento. Recurso contra laudo arbitral. Incumplimiento de la fletadora. Orden dada tardeamente. Resolución. Conducta de la fletante según el principio de «verdad sabida y buena fe guardada».*—La orden dada el 16 de diciembre de 1977 fue dada tardeamente, pues según la póliza de fletamiento debió formularse, al menos, 24 horas antes de que el buque estuviera listo para zarpar, implicando, además, una disponibilidad del buque más allá de lo convenido en el contrato, pues no podía llegar a su destino antes del 31 de diciembre, fecha en que, de no estar cargado, dejaba de hallarse disponible para la fletadora, la cual, al dar la orden de viaje, era consciente de la imposibilidad de su cumplimiento dentro del período contractual, omitiendo así la diligencia exigida por la naturaleza de la obligación; por su parte, la fletante al tomar la decisión de

dirigirse al Golfo Pérsico por la vía del canal de Suez, lo hizo con la intención de cumplir el contrato de acuerdo con la buena fe, interpretando la orden en el único sentido posible para que pudiera producir el efecto que con el viaje se pretendía, o sea el de cargar el buque en el puerto designado dentro del plazo contractual, actuando según la buena fe; quedando obligada la fletadora a indemnizar daños y perjuicios por haber infringido el artículo 1.258 C. c. y el 57 C. comercio, específicamente aplicable a los contratos mercantiles como aplicación del principio de «verdad sabida y buena fe guardada».

*Indemnización de daños y perjuicios. Bases para su fijación.*—Ha de tomarse en cuenta el viaje del buque «Ondiz» al Golfo Pérsico desde el puerto de Leixoes (Portugal), y las estadías y sobreestadías por la detención de dicho buque desde su llegada a aquél hasta el 31 de diciembre de 1977, sin que proceda abono de las causadas a partir de esa fecha, toda vez que el contrato de fletamiento se extinguío en el indicado día, y no es lícito extender los efectos de alguna de sus cláusulas más allá del período de su duración. (Sentencia de 3 de octubre de 1980; ha lugar.)

33. *Suspensión de pagos. Insolvencia culpable. Falta de libros de contabilidad. Incongruencia. Doctrina general.*—La cuestión relativa al carácter culpable de la insolvencia por falta de libros de contabilidad, fue deducida oportunamente en los escritos de demanda, siendo objeto de desate, y, al no haber decidido nada sobre ella, la sentencia recurrida incurre en manifiesta incongruencia, pues reiterada jurisprudencia ha declarado: a) Que en bien de los litigantes y para evitarles un nuevo pleito las sentencias deben resolver todas las cuestiones; b) Que la incongruencia consiste en la discrepancia entre lo resuelto y lo que ha sido objeto de debate, y c) Que el Tribunal no está autorizado para separarse de los términos en que el debate se desenvolvió, so pena de incidir en flagrante incongruencia. (Sentencia de 8 de julio de 1980; ha lugar.)

34. *Seguro combinado contra robo y otros siniestros. Naturaleza del contrato. Autonomía de la voluntad. Responsabilidad del asegurador. Prueba del robo.*—En primer lugar hay que señalar que el seguro contra robo y otros siniestros es modalidad no contemplada por el Código de comercio, pero de frecuente contratación en la práctica, como seguro combinado de robo e incendio, cuyo modelo uniforme fue aprobado por orden de 19 de enero de 1950; y el segundo término se ha de destacar la importancia que asume la autonomía de la voluntad en esta materia, por lo que no puede admitirse la afirmación que acaecida la desaparición de la cosa asegurada surge inexcusablemente la obligación de cobertura por parte de la compañía aseguradora, pues los artículos 383 y 385 del C. de c. dejan en libertad a los otorgantes para fijar el contenido del contrato de seguro cogente, según la jurisprudencia tiene recordado. (SS. de 16 de marzo de 1962 y 7 de enero de 1967, entre otras), y por ello cuando se estipula que la entidad aseguradora sólo responderá cuando el asegurado haya observado la diligencia que se hubiera fijado, debe quedar descartada la obligación del asegurador, al no constar la observancia del deber de cuidado por parte del asegurado. (Sentencia de 14 de junio de 1980; no ha lugar.)

### **III. DERECHO PROCESAL**

35. *Arrendamiento de servicios. Reclamación de honorarios de ingenieros agrónomos. Representación legal del Colegio oficial.*—Según el apartado f) artículo 6.<sup>o</sup> de la Orden de 26 de octubre de 1968, corresponde al Colegio Oficial de Ingenieros Agrónomos comparecer ante los Tribunales en representación de los colegiados de número ejercitando las acciones procedentes en reclamación de los honorarios devengados por los mismos en el ejercicio libre de la profesión, lo que representa una hipótesis distinta de los arquitectos en que se trata de una sustitución procesal.

*Relatividad de los contratos y ejercicio de las acciones.*—No puede confundirse la relatividad y límite de la fuerza y eficacia personal de los contratos, circunscrita a los que en ellos han tomado parte, con el ejercicio de las acciones a las que dan lugar, lo que puede ocurrir en casos de sustitución procesal, de representación legal y voluntaria o, incluso, cuando alguien se cree con derecho para ello, pudiendo en todos estos casos plantearse problemas de legitimación, que puede ser por falta de personalidad o de acción, mas nunca en relación con la relatividad de los contratos. (Sentencia de 7 de julio de 1980; no ha lugar.)

NOTA. Si bien los conceptos jurídicos están claros (representación legal en caso de los Ingenieros Agrónomos, y sustitución procesal en el caso de los Arquitectos), ya no resulta tan diáfano que las normas administrativas correspondientes sean conformes con la igualdad constitucional, dado que otros profesionales (médicos, abogados, etc.) no disfrutan de tan singular privilegio a la hora de hacer efectivos sus honorarios.

G. G. C.

36. *Litis consorcio pasivo necesario. Fundamento. Bienes en poder de terceros.* La doctrina legal relativa al principio de «litis consorcio pasivo necesario» tiene su fundamento y razón de ser en la necesidad de llamar al proceso a todos cuantos puedan estar interesados en la relación jurídico-material objeto del mismo, cuando la resolución que pueda recaer haya de afectar a derechos y obligaciones de distintas personas, pues la plena virtualidad de la sentencia exige, para no convertirse en una exclusiva y parcial decisión de la cuestión entre los que fueron litigantes, desprovista, por ello, de posible ejecución, que sean llamados al litigio todos aquellos que, de un modo obligado, han de resultar afectados por dicha sentencia, a fin de obtener la válida constitución de la relación jurídico-procesal..., pues de todos es conocido el principio de Derecho según el cual nadie puede ser vencido en juicio sin haber sido previamente oído, y sabido es, como ya ha quedado hecho mención, que la demanda ha de dirigirse contra todas cuantas personas tengan interés en impugnarla, pues no pueden los Tribunales pronunciarse respecto de cuestiones que afecten a quienes, no obstante no haber sido llamados al pleito, sean extensivos a ellos los efectos de la cosa juzgada, a virtud del nexo que les une con las partes o porque figuren como sujetos de la relación jurídico-material deducida en el juicio (SS. de 25 de enero y 23 de marzo de 1963, 3 de junio de 1964, 22 de junio

de 1965, 28 de febrero de 1970 y 17 de noviembre de 1977). (Sentencia de 14 de junio de 1980; no ha lugar.)

37. *Inadmisión del recurso. Excepciones extemporáneas.*—Aunque la rebeldía del demandado no implica allanamiento ni libera al actor de probar los hechos constitutivos de su pretención, no pueden aprovecharle las excepciones no alegadas temporalmente, como las opuestas en la vista de la segunda instancia, pues es en la demanda donde quedan fijados los términos de la cuestión litigiosa.

*Quita y espera. Efectos del convenio.*—El convenio no pudo surtir efectos sobre el procedimiento objeto del recurso, ya que la solicitud de quita y espera se dedujo con posterioridad a su incoación; tampoco consta si el convenio es firme y para su ejecución sería necesario haberse dictado el auto mandando llevarlo a efecto y las providencias necesarias. Además la suspensión pretendida sólo puede producirse con relación a los procedimientos ejecutivos en vía de apremio y previa solicitud del deudor ante el Juez que conozca de la quita y espera. (Sentencia de 29 de marzo de 1980; no ha lugar.)

38. *Ejecución de letra de cambio. Competencia. Momento para interponer la cuestión.*—Según reiteradas declaraciones jurisprudenciales (SS. de 2 de abril de 1963, 2 de mayo de 1964, 9 de marzo de 1965, 6 de mayo de 1969, 28 de febrero y 7 de diciembre de 1973 y 2 de diciembre de 1978, entre otras), la competencia territorial para conocer de las acciones ejecutivas cambiarias, sin más base, por consiguiente, que la letra de donde dimanan y prescindiendo del contrato fundamental o subyacente, viene atribuirla al Juez del lugar donde el efecto está domiciliado para el pago y aparece levantado el protesto, sin que esta incuestionable atribución de fuero pueda ser desvirtuada con el argumento de que el requerimiento de inhibición fue recibido cuando había sido pronunciada sentencia de remate, pues la doctrina jurisprudencial tiene proclamado con reiteración, al aplicar la norma del artículo 77 de la LEC que para su efectividad el término de la litis pendencia debe haberse operado con anterioridad a la propuesta de la cuestión competencial y, por lo tanto, es indiferente que el oficio instando la inhibición se reciba en el Juzgado o Tribunal requerido después de dictado auto o sentencia firme, pues lo que importa es la promoción ante el órgano requiriente, ya que entenderlo de otra suerte sería tanto como condicionar el derecho del litigante a celeridades o negligencias que le son ajenas. (Sentencia de 30 de junio de 1980.)

39. *Competencia territorial. acción cambiaria. Sumisión expresa.*—La regla general de que en las acciones ejecutivas cambiarias la competencia territorial se atribuye al Juez del lugar donde la letra ha sido domiciliada, no es aplicable al supuesto de que medie sumisión expresa, no en el negocio causal, sino en el propio título.

*Validez de la sumisión por cajetín.*—En el caso actual, aun cuando las dos letras de cambio han sido protestadas en Motril como lugar de domiciliación del pago, en ambas figura estampada en su anverso, y amparada

por la firma del aceptante la cláusula de «sumisión Tribunales de Sevilla», lo que comporta una inequívoca atribución de competencia a los organismos jurisdiccionales de esa ciudad, declaración cuya eficacia no se minora por la circunstancia de que haya sido empleado un cajetín, pues lo relevante es la firma del deudor cambiario, sin que exista dato alguno que permita sentar la sospecha de que la estampación de dicho sello se haya realizado con posterioridad a la suscripción de las cambiales por el librado. (Sentencia de 30 de septiembre de 1980.)

*40. Competencia territorial. Pacto de sumisión extrema. Contrato de suministro.*—Las declaraciones estampadas en el anverso de los documentos que reflejan los contratos de suministro, utilizando los mismos caracteres tipográficos y dimensiones de lo demás impreso —con lo que su visibilidad es manifiesta— en las que se lee que «ambas partes se someten a la exclusiva jurisdicción de los Tribunales de Zaragoza, con renuncia expresa de su fuero propio», entraña un pacto de sumisión (*pactum de foro prorrogando*) con el valor que le atribuye el artículo 57 de LEC.

*Valor de la firma.*—El autorreconocimiento o confesión de certeza de la propia firma estampada al pie de un documento privado tiene la eficacia de asumir su contenido, como así lo impone la declaración de voluntad que la suscripción documental comporta, siendo reiterada la doctrina jurisprudencial expresiva de que tal adveración presupone *iuris tantum* la autenticidad del texto escrito, a no demostrarse lo contrario, presunción de conformidad que alcanza a la totalidad de lo figurado en el escrito de que se trata (Sentencia de 17 febrero 1975).

*Legitimación para alegar la excepción de incompetencia de jurisdicción en caso de varios demandados.*—La incompetencia por razón de territorio debe ser objeto de la oportuna denuncia y petición singular de la parte que ha interpuesto el recurso, promoviendo a su tiempo la cuestión de competencia por declinatoria, lo que no puede ser suplido por la gestión procesal de un colitigante; y en el presente la excepción fue propuesta por el demandado que se aquietó con la sentencia adversa, mientras que el otro permaneció en rebeldía hasta el momento de recurrir en casación, no estando permitido suplir la indispensable actividad procesal antecedente invocando la actividad procesal desplegada por el sujeto de derecho que se abstiene de recurrir. (Sentencia de 24 de septiembre de 1980.)

*Competencia territorial. Falta de audiencia del Fiscal.*—Requerido el Juzgado de Ceuta de inhibición por el Juzgado de Valencia, dictó auto, sin oír previamente al Ministerio Fiscal, en el que mantenía su propia competencia, por lo que habiéndose incumplido los artículos 89 y 90 LEC, y de acuerdo con la reiterada jurisprudencia, según la cual los preceptos sobre competencia son de orden público, procede declarar mal formada la presente cuestión de competencia, estimando nulo todo lo actuado desde que fue dictado dicho auto. (Sentencia de 5 de julio de 1980.)

*41. Apreciación de la prueba.*—No es admisible alegar la no aplicación de los preceptos relativos a las pruebas de confesión y documental cuando el Juzgador apreció los documentos y confesión referidas dentro del con-

junto de prueba practicada, la cual no puede desarticularse en casación con medios aislados.

*«In claris non fit interpretatio».* *Eficacia.*—Frente a la aplicación de esta máxima no pueden tener valor apreciable unos hechos coetáneos y posteriores al contrato basados en la actitud injusta del deudor, al negarse al cumplimiento de su obligación, pues su personal e interesada interpretación no puede prevalecer sobre el criterio del Juzgador, a menos que se demostrase que era absurdo, ilógico y contradictorio, lo cual no sucede aquí, pues encaminó correctamente su decisión a lograr la mayor reciprocidad de intereses, conforme al principio general de «*suum quique tribuere*».

*Doctrina de los actos propios. Alcance.*—El contrato, vinculante para las partes, es ley privada contractual, de modo que un contratante no está jurídicamente autorizado para desconocerlo ahora de modo arbitrario.

*Reconocimiento de deuda. Doble valor.*—El reconocimiento de deuda permitido por el principio de autonomía privada o libertad contractual (artículo 1.255 Código Civil) es vinculante para quien lo hace, con efecto probatorio, si se formula de forma abstracta y constitutivo, si se expresa su causa justificativa. (Sentencia de 9 de abril de 1980; no ha lugar.)

*Apreciación de la existencia de cosa juzgada.*—Para comprobar la existencia o no de cosa juzgada es necesaria la apreciación de la identidad de causa; para ello se establece que: a) la identidad de causa equivale a los fundamentos o razón de pedir, siendo la acción una modalidad procesal necesaria para hacer efectiva aquélla en juicio. b) No afecta a la excepción de cosa juzgada, el que la acción que se ejercita en el segundo juicio se hubiera alegado en el primero como excepción, siempre que ambos casos tengan igual objeto. c) La paridad entre los dos litigios ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, teniendo en cuenta la parte dispositiva del primero de ellos. d) La causa de pedir es un título en el que se funda un derecho y del que puedan derivarse distintas acciones. Si ejercitada una de ellas fuera declarada inadecuada, ello no es óbice para ejercitarse otra diferente.

*Valor del artículo 1.218 del Código Civil.*—Según reiterada Jurisprudencia, este artículo no atribuye al documento público valor superior al de las demás pruebas, dado el sistema de apreciación libre que inspira nuestras leyes, no amparando la fe notarial la veracidad intrínseca de las declaraciones que en la escritura pública hayan hecho los contratantes y de ahí que su eficacia probatoria frente a terceros se limite legalmente al hecho que motivó su otorgamiento y la fecha del mismo.

*Inexistencia de objeto del contrato.*—La transmisión hecha por persona que carece de poder dispositivo sobre la cosa, no provoca la nulidad del contrato por ilicitud de causa, sino por falta de objeto. (Sentencia de 9 de mayo de 1980; no ha lugar.)

**HECHOS:** La propietaria aparente de la mitad de un solar realiza contrato de compraventa sobre el mismo. Los compradores ejercitan frente a los copropietarios la acción de división de la cosa común. Frente a ello, estos últimos realizan reconvención y demandan a su vez a la vendedora

alegando el pleno dominio de la totalidad del solar cuestionado y la consiguiente carencia de objeto del contrato de compraventa.

La Sala de Instancia estima la reconversión. La Audiencia confirma la sentencia de Primera Instancia.

M. A. M.

42. *Recurso de casación. Violación de ley.*—Resulta inconsistente la denuncia de la violación del artículo 1.221 y siguiente del Código Civil cuando la sentencia recurrida no se funda en aspectos interpretativos contractuales para llegar a la solución que acoge, ya que no puede entenderse violado lo que no se ha aplicado.

*Recurso de casación. Respecto a los hechos probados.*—La casación no es una tercera instancia, por lo que es norma indeclinable el respeto a los hechos que contemple como probados la sentencia de instancia y que sean fruto de la valoración probatoria, siempre que no hayan sido impugnados eficazmente.

*Congruencia. Su apreciación.*—La falta de congruencia no se produce respecto al ámbito razonador del órgano jurisdiccional, sino porque en el fallo no se guarde acatamiento a la sustancia de lo solicitado y a los hechos planteados, es decir, a las pretensiones deducidas en la súplica de la demanda, aunque límite cuantitativamente la condena, no incurre en vicio de incongruencia.

*Cómputo del tiempo de prescripción. Créditos por trabajos de abogado-gestor.*—La cantidad adeudada por la entidad demandada deriva de un concepto unitario de abogado-gestor, determinante de continuados trabajos y productor de un arrendamiento de servicios, que no inicia situación de prescripción hasta que terminaron de prestarse. (Sentencia de 13 de junio de 1980; no ha lugar.)

43. *Interpretación del contrato por el juzgador. Motivos para la casación.*—Según reiterada doctrina jurisprudencial, y en concreto de la Sentencia de 20 noviembre 1964, los problemas atinentes a la interpretación contractual tienen acceso a la casación por una doble vía: la del número 7.<sup>º</sup> del artículo 1.692 de la LEC, para combatir las apreciaciones de la Sala sentenciadora de los elementos de hecho anteriores, coetáneos o subsiguientes al convenio, que aclaren la real voluntad de las partes como base de la interpretación contractual, y que tendrá éxito demostrándose el error de hecho o de derecho en la valoración de la prueba practicada por el juzgador, so pena de permanecer aquellos datos intangibles, o bien la del número 1.<sup>º</sup> del mismo artículo, con el fin de desvirtuar la conclusión jurídica o repercusión en Derecho de aquellos datos, hecha por la Sala de Instancia para precisar por vía interpretativa la naturaleza y efectos del convenio. (Sentencia de 24 de abril de 1980; no ha lugar.)

44. *Impugnación de afirmaciones fácticas.*—La impugnación de afirmaciones fácticas llevadas a cabo en la instancia tiene, en el recurso de casación, carácter verdaderamente excepcional, por estar subordinada la eficacia de la misma a diversos requisitos, entre los que se encuentra el de que el

documento auténtico por el que se pretenda patentizar el error, aparte de estar legítimamente adverado y autorizado por la persona a quien corresponda, ha de ser apto para acreditar por sí mismo el hecho de que se trate, sin necesidad de acudir a ninguna operación lógica complementaria.

*Documentos auténticos.*—No pueden merecer la condición de auténticos, a los efectos de la casación, aquellos documentos que por haber sido objeto de discusión en el pleito sobre el alcance de los mismos, fueron examinados y tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora, al hacer un examen conjunto de la prueba, deduciendo de aquéllos y de otros diversos factores también apreciados, como consecuencia de distintos elementos probatorios, la conclusión definitivamente fijada en la sentencia. (S. T. S. de 20 de junio de 1980; no ha lugar.)

**HECHOS:** El Ayuntamiento de Santiago de Compostela realiza una expropiación parcial de determinadas fincas. Respecto de los sobrantes de alguna de ellas, la actora solicita declaración de dominio frente a las pretensiones del Ayuntamiento sobre las mismas, en base a determinados derechos procedentes del expediente expropiatorio. El Juez de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia revoca la sentencia apelada y estima la demanda.

M. D. E.

**Suscripción anual:** España, 3.600 pesetas  
Extranjero, 4.200 pesetas  
**Número suelto:** España, 1.200 pesetas  
Extranjero, 1.500 pesetas