

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXIV
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO
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

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

JAIME GUASP DELGADO
Catedrático de D. procesal y Abogauo
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 NUNEZ 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

Páginas

Estudios monográficos

- PEDRO ELIZALDE Y AYMERICH: *El Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia* 227
- IVÁN C. IBÁN: *Calificación jurisprudencial del sistema matrimonial español* 259

Cuestiones prácticas

- JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ y JUAN SEGOVIA OTERO: *Nota sobre la expedición de copias de instrumentos públicos por mandato judicial en virtud de diligencia para mejor proveer en proceso civil* 371

Estudios Legislativos

JOSÉ BONET CORREA: <i>La nueva normativa sobre el aumento y la liberalización de las rentas actualizadas en los contratos de arrendamientos urbanos</i>	377
--	-----

Estudios de Derecho Extranjero

LUIS MOISSET DE ESPANES: <i>La transmisión del dominio y otros derechos reales en la reforma del Código Civil</i>	397
JUAN ALVAREZ SALA WALTHER: <i>Régimen económico matrimonial en el Derecho italiano</i>	415

Información Legislativa

A cargo de Pedro de Elizalde y Aymerich	449
--	-----

Notas críticas

JUAN ALVAREZ SALA: <i>Los acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español.</i>	475
ANGEL CRISTÓBAL MONTES: <i>La resolución del contrato por incumplimiento.</i>	485

Bibliografía

Libros	497
---------------	-----

ALONSO OLEA, MANUEL: *Derecho del trabajo*, por R.—ARROYO CAMACHO, D.: *Las cláusulas de inalienabilidad*, por José M. Chico Ortiz. BELFIORE, ANGELO: *Interpretazione e dommatica*, por José Bonet Correa.—COPPOLA, RAFFAELE: *Introduzione del divorzio e sue conseguenze in Italia*, por María Díaz de Entre-Sotos.—GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, y FERNANDEZ, TOMAS: *Curso de Derecho administrativo*, por B. C.—GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO: *Legislación delegada, Potestad reglamentaria y control judicial*, por R.—GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, PAREJO ALFONSO, LUCIANO: *Lecciones de Derecho urbanístico*, por B. C.—PREDIERI, ALBERTO, y GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO: *La Constitución española de 1978*, por B. C.—REVISTA DEL INSTITUTO MARTIN AZPILICUETA: *Ius canoni cum*, por José R. Antón Riesco.—SALINAS QUIJADA, FRANCISCO: *Manual de Derecho civil navarro*, por José Bonet Correa. SCHMALZL, MAX: *Die Haftung des architekten und des bauunternehmers*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—VARELA MATEOS, ESTEBAN: *De contutoribus*, por José Bonet Correa.

Revista de revistas

A cargo de María Díaz de Entre-Sotos y María Angeles Manzano	514
---	-----

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de José María Chico Ortiz	527
--	-----

Jurisprudencia

II. Sentencias	553
------------------------------	-----

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 II



ABRIL-JUNIO
MCMLXXXI

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



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

El Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia

PEDRO FLIZALDE Y AYMERICH

Abogado del Estado

SUMARIO.—INTRODUCCION: I. LA APLICACION JUDICIAL DE LA CONSTITUCION. 1. Actuación del juez ordinario. 2. Actuación del Tribunal Constitucional. 3. En especial, la legislación anterior a la Constitución.—II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ORGANO PRODUCTOR DE JURISPRUDENCIA. 1. El término jurisprudencia. 2. La jurisprudencia constitucional. 3. Eficacia de la jurisprudencia y de las sentencias del Tribunal Constitucional. Su distinción.—III. VALOR DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1. Proceso de inconstitucionalidad. A) Rechazo o estimación totales. B) Sentencias interpretativas. C) Sentencias integrativas. 2. Proceso de amparo. 3. Conflictos constitucionales. 4. Control previo de constitucionalidad.—IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EFICACIA. 1. Concepto. 2. Requisitos. 3. Eficacia.—V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 1. El proceso de constitucionalidad en la tramitación parlamentaria de la Constitución. 2. La Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 3. La doctrina del Tribunal Constitucional y el recurso de amparo. 4. Incidencia concreta en procesos ante los Tribunales ordinarios.—CONCLUSION.

INTRODUCCION

Se habla generalmente de “defensa de la Constitución” para aludir a las instituciones y medidas por las que el Estado garantiza su existencia y el respeto a su norma fundamental frente a peligros que lo amenazan “desde dentro”. En este sentido, la Constitución española, sancionada el día 27 de diciembre de 1978, crea el Tribunal Constitucional, como órgano al que corresponde específicamente la defensa

NOTA: El presente trabajo es el texto de la «comunicación» presentada por su autor a las II Jornadas de Estudio, organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado en mayo de 1980.

constitucional judicial. Junto a él los órganos integrantes del Poder judicial también se encuentran vinculados y obligan a cumplir los preceptos constitucionales.

Las relaciones que pueden surgir entre estos órganos se concretan especialmente en tres ámbitos: el cumplimiento de la Constitución, es decir, su actuación judicial, en que se produce una concurrencia de todos ellos con un mismo fin; la eficacia que las resoluciones de Tribunal Constitucional puedan tener frente a los jueces ordinarios y el alcance de la jurisprudencia de este Tribunal en relación, especialmente, con la del Tribunal Supremo.

Dictada la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 2/1979 de 3 de octubre, sus disposiciones son objeto de obligado estudio, aunque el examen crítico del texto legal sea claramente negativo. En efecto, además de contener buen número de preceptos confusos y técnicamente incorrectos, la Ley, en general, excede notoriamente de los límites establecidos en la Constitución (véase su art. 165) y, en ocasiones, difiere de las normas de ésta.

I. LA APLICACION JUDICIAL DE LA CONSTITUCION

La Constitución, entendida en su acepción jurídico-positiva (1) y sin perjuicio de su naturaleza política, tiene indudable valor normativo. Esta condición es predicable especialmente de la Constitución española. La afirmación de la Constitución como norma jurídica tiene relevancia en el ordenamiento jurídico español para rectificar la tesis tradicional de nuestro Derecho, según la cual sólo su aspecto relativo a la organización de los poderes del estado gozaba de fuerza vinculante inmediata, reduciendo toda la parte material a ser mandatos al legislador, directrices o principios programáticos cuya alegación ante los Tribunales era improcedente (2).

Actualmente resulta claro que el legislador no aparece como el principal destinatario de la Constitución, sino que ésta se impone igualmente a todos los órganos del Estado y a sus ciudadanos, siendo posible y necesaria su aplicación efectiva por los Tribunales de todo orden. La vinculación directa de sus preceptos se encuentra proclamada expresamente en la Constitución, al establecer: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución, y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9, p. 1). Tal vinculación ha de estimarse incluso potenciada al tratarse de la norma fundamental, cuyo superior rango determina que sea objeto de medidas protectoras especiales.

(1) Tal como se entiende por KELSEN en «Teoría General del Estado», 15 ed. Méjico, 1979.

(2) En este sentido, véase M. HERRERO DE MIÑÓN: «En torno a la aplicación de la Constitución», en la Constitución Española y las fuentes del Derecho. Vol. II, I.E.F., 1979, pág. 1221.

La aplicación inmediata de la Constitución debe ser, sin embargo, matizada. En el conjunto de disposiciones y principios que la integran existen algunos cuya aplicación exige de una previa actuación del legislador precisando su alcance; tales son los "principios rectores de la política social y económica", recogidos en el capítulo III del título I, que "sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen" (artículo 53, p. 3) (3). Esto no supone, sin embargo, privarlos de eficacia actual, aunque indirecta, pues se encuadran como principios políticos entre los principios generales del Derecho y desarrollan así sus funciones supletorias, interpretativa e incluso derogatoria (art. 53, página 3) (4).

La aplicación de la Constitución por los Tribunales se impone con mayor fuerza en garantía de las libertades y derechos fundamentales (art. 53, p. 1, que reitera el 9), que deben ser tutelados, en su formulación constitucional, mediante procedimientos específicos.

1. *Actuación del Juez ordinario.*

En la aplicación de la Constitución como norma jurídica se plantea básicamente la distinción de las funciones encomendadas al Juez ordinario (en el sentido amplio de integrantes del Poder Judicial, título VI de la Constitución) y las propias del Tribunal Constitucional (título IX de la misma). La Constitución como norma de rango supremo se impone a los poderes públicos y a los ciudadanos, debiendo, por tanto, ser aplicada por los Tribunales en el ejercicio de sus funciones. La manifestación más evidente de esta situación radica en que los jueces ordinarios tienen competencia para enjuiciar la adecuación a la Constitución de las normas de rango inferior a la Ley y los actos jurídicos, tanto públicos como privados, que no se encuentran sometidos al control del Tribunal Constitucional (5).

Pero su labor no es puramente crítica o negativa, sino también colaboradora a la realización de los valores constitucionales. Para ello actúan en un campo especialmente adecuado, como es el de la interpretación de las normas, en el cual la Constitución es punto de referencia obligado dada la necesidad de atender al "contexto" y a la "realidad social del tiempo en que ha de ser aplicadas" (art. 3, p. 1, Código civil). En ocasiones también la norma fundamental propor-

(3) Sobre el significado de este artículo véase F. GARRIDO FALLA: «Las fuentes del Derecho en la Constitución Española», en la Constitución Española y las fuentes del Derecho, vol. I, pág. 46 y «El artículo 53 de la Constitución», en R.E.D.A., núm. 21, pág. 177.

(4) F. DE CASTRO: «Derecho civil de España». Parte general, I, Madrid, 1955, pág. 473, y «El Derecho civil y la Constitución», R.D.P., núm. 257, página 33.

(5) En relación con esta cuestión se hace aquí una remisión general a E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La Constitución como norma jurídica», en A.D.C., tomo XXXII, págs. 292 y sigs.

ciona los medios para concretar el contenido de las cláusulas generales de las leyes o precisar el sentido de los conceptos jurídicos indeterminados que utilicen.

En general, la aplicación judicial de los preceptos constitucionales no encuentra más obstáculos que los derivados de su carácter, a veces programático, o su formulación genérica e imprecisa. La Constitución española ofrece ejemplos de las varias posibilidades; por un lado, el régimen de los derechos fundamentales, cuya observancia directa se impone al Juez sin excepción; por otro, el de los principios rectores de la política social y económica, sólo aplicables indirectamente ("informarán la práctica judicial", dice el art. 53, p. 3), mientras no sean desarrollados legalmente. Pero incluso estos últimos surten los efectos que corresponden a su formulación constitucional (6).

2) *Actuación del Tribunal Constitucional.*

La creación del Tribunal Constitucional no significa que en él deba concentrarse toda la aplicación judicial de la Constitución, ni siquiera que se le encomiende el monopolio de su interpretación.

El Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de su Ley Orgánica), pero no el único. Su aplicación por los jueces ordinarios, directa de sus preceptos o de los principios que contiene, entraña una previa interpretación de su contenido y eficacia.

La única reserva que se establece a favor del Tribunal Constitucional comprende las concretas funciones que le asigna la Constitución (art. 161), pero no su interpretación y aplicación (7). Es cierto que la llamada defensa de la Constitución y su medio fundamental, el control de constitucionalidad de las leyes, tienen a este Tribunal como operador específico, pero ni siquiera en este ámbito su intervención es exclusiva. En efecto, los valores proclamados en la Constitución deben ser tutelados por todos los poderes públicos y, entre ellos, los Tribunales en el ejercicio de sus funciones.

La situación no se altera porque el examen de constitucionalidad, previo a la aplicación de las normas, afecte a una ley; en cuyo caso el Tribunal que obtenga un juicio negativo no podrá decidir la inaplicación de la norma inconstitucional (como corresponde si la norma es reglamentaria, art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870), sino que deberá plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional (8).

(6) J. GONZÁLEZ PÉREZ: «Los principios generales de Derecho y la Constitución», en loc. cit., vol. II, pág. 1165.

(7) El sistema mejicano difiere claramente en este aspecto, pues las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito son siempre recurribles ante la Suprema Corte de Justicia cuando establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución. Véase O. VÁSQUEZ DEL MERCADO: «El control de la constitucionalidad de la Ley», Méjico, 1978, pág. 163.

(8) El criterio según O. VÁSQUEZ DEL MERCADO, es utilizado en la práctica italiana. Parece defender también la inaplicación de la ley evidentemente

Frente a lo que pudiera parecer la "cuestión de constitucionalidad" como medio de iniciar el proceso de constitucionalidad (9) es la manifestación más evidente de la facultad de los jueces ordinarios para controlar el ajuste de las leyes a la Constitución. Esta situación resulta claramente del régimen establecido por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sólo el órgano judicial competente para conocer del proceso en que surge la duda sobre la constitucionalidad de la Ley aplicable se encuentra legitimado para plantear la cuestión ante el Tribunal. La decisión que adopte, no susceptible de recurso alguno, constituye un enjuiciamiento previo, por el juez ordinario, de la misma cuestión que se eleva al Tribunal Constitucional.

La relevancia del papel propio del juez ordinario en la aplicación de la Constitución junto al Tribunal Constitucional se ha puesto de manifiesto recientemente por la doctrina italiana. En efecto, el intento de obtener una realización unívoca de la Constitución determinó que, a raíz de la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional, no se considerase otra forma de aplicarla que el planteamiento de cuestiones de legitimidad constitucional. Ultimamente, sin embargo, se asiste a un cambio de orientación, al actuarse directamente por el juez los valores constitucionales, mediante una interpretación correctora de la legislación ordinaria (10).

No es posible, sin embargo, desconocer la importancia de las funciones propias del Tribunal Constitucional. Sin acoger el modelo kelsiano, en el cual sólo este Tribunal queda vinculado por la Constitución, se le coloca en un lugar fundamental, considerado como "el intérprete supremo" de la norma fundamental, lo que implícitamente lleva a reconocer su autoridad superior en ese ámbito. De igual modo su preeminencia resulta confirmada por la eficacia general de que gozan sus pronunciamientos en ciertos casos, aunque el alcance concreto de esta regla requiera ser precisado.

3) *En especial, la legislación anterior a la Constitución.*

La promulgación de una Constitución plantea siempre el problema de la subsistencia de las normas anteriormente vigentes. Desde este punto de vista la Constitución española de 1978 no opera una ruptura completa con el ordenamiento jurídico vigente, sino que dispone

inconstitucional M. Sánchez Morón, comentando la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 1979, en REDA, núm. 22, pág. 445. Criterio inaplicable si la norma es posterior a la Constitución.

(9) Su regulación se contiene básicamente en los artículos 163 de la C., 29 y 35 de L. O.

(10) La evolución se describe con detalle por V. ONIDA: «L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte Costituzionale», en Scritti Mortati. Aspetti e tendenze nel Diritto Costituzionale, vol. 4, Roma, 1977, págs. 542 y sigs. El papel predominante alcanzado por el juez ordinario acerca el sistema a los de control difuso de constitucionalidad, con el riesgo que supone la diversidad de interpretaciones del mismo texto constitucional, facilitada además por la vaguedad e imprecisión de los términos empleados por éste.

solamente: "asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución" (disposición derogatoria, apartado 3).

Los mismos términos de la cláusula evidencian sus límites. No basta con que exista una mera disconformidad entre las disposiciones, sino que es preciso un enfrentamiento o contradicción patente entre la disposición antigua y la Constitución. En caso de discrepancias menores el conflicto debe ser solventado mediante la aplicación del principio de interpretación de todo el ordenamiento en conformidad con la Constitución. Del mismo modo los términos empleados manifiestan la amplitud del efecto derogatorio, que no se restringe a una parte o aspecto de la Constitución, sino que es producido por toda ella (11).

La aplicación o reconocimiento de la derogación supone una labor previa de interpretación de las normas en conflicto y de su incompatibilidad. La competencia para el desarrollo de esta función es un problema objeto de discusión doctrinal.

Como regla general las cuestiones relativas a la vigencia o derogación de las normas jurídicas son resueltas por los jueces ordinarios aplicando el art. 2, p. 2, del Código civil, que tiene aplicación general indudable (art. 13, p. 1, del mismo). Este sistema no parece perder sentido porque la norma innovadora sea la Constitución, cuyo rango superior carece de relevancia a estos efectos. Por tanto, la derogación de normas, incluso de rango legal, producida con ocasión de la entrada en vigor de la Constitución puede ser declarada, incluso de oficio, por el juez ordinario, sin necesidad de remitir el examen de su posible compatibilidad con aquélla al Tribunal Constitucional. Este criterio es pura consecuencia de vinculación directa de "todos" los poderes públicos a la actuación de la Constitución (12).

La práctica constitucional alemana se orienta en este sentido, al remitir el Tribunal Constitucional Federal a los Tribunales ordinarios la aplicación concreta del art. 123 de la Ley Fundamental de Bonn (13), sin admitir su planteamiento como un control de constitucionalidad de las leyes.

La aplicación de la Constitución italiana de 1947 ha seguido otro camino, ya que, sin perjuicio de reconocerse al juez ordinario competencia para apreciar la derogación de las leyes anteriores, se enten-

(11) Es evidente que el principio «tempus regit actum» excluye del efecto derogatorio las contradicciones puramente procedimentales. No parece adecuado, sin embargo, reducir dicho efecto a la materia política, como indica García de Enterría en loc. cit., pág. 325, sin duda influido por el sistema italiano de la primera época. Véase, sobre esta cuestión, V. CRISAFULLI: «Lezioni di Diritto Costituzionale», vol. II, Padova, 1978, pág. 288.

(12) La atribución de esta cuestión al juez ordinario no es transitoria ni pasará al Tribunal Constitucional cuando comience a funcionar, como parece entender G. TRUJILLO en «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional, cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español», R.E.P., núm. 7 (nueva época), pág. 146.

(13) Su apartado 1 dispone: «El Derecho vigente desde antes de la reunión del Parlamento Federal continúa rigiendo siempre que no esté en contradicción con la presente Ley Fundamental».

día que sólo podía producirse por una norma constitucional de eficacia inmediata, preceptiva, no por las de eficacia diferida o programática. El funcionamiento de la Corte Constitucional produjo, además, el desarrollo del concepto de "ilegitimidad constitucional sobrevenida", que llega a englobar la cuestión de la derogación de leyes anteriores. En esta situación las leyes anteriores y posteriores a la Constitución quedan colocadas en idéntica posición respecto a ésta, en cuanto al examen de su compatibilidad. A pesar de todo es interesante observar que la Corte no ha afirmado claramente que su competencia sea exclusiva para resolver las cuestiones de compatibilidad entre la Constitución y leyes anteriores, y que los jueces ordinarios continúan aplicando el esquema de la derogación o directamente la normativa constitucional (14). Configurar la cuestión como una "inconstitucionalidad sobrevenida", cuya resolución correspondiese al Tribunal Constitucional, supondría una ventaja evidente, al asegurarse la unicidad de criterio. La decisión del Tribunal, que surte efectos generales eliminaría definitivamente las disposiciones incompatibles con la Constitución, mientras que la declaración del juez ordinario entendiéndolas derogadas tendría sus efectos limitados al proceso en que se dictase.

La disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se ha podido entender que constituye una reserva de esta materia para el mismo Tribunal, pero la debida exégesis del precepto hace inatendible este criterio. La disposición se refiere a las normas anteriores al día en que quede constituido el Tribunal, sin más, pudiendo incluso cuestionarse su aplicación a las normas preconstitucionales (15); lo que resulta evidente es que en nada afecta a la apreciación de los efectos derogatorios de la Constitución, que no ha salido del ámbito de competencias de los jueces ordinarios.

El ordenamiento constitucional español no permite imponer de modo exclusivo la aplicación de uno de los dos sistemas expuestos, sino que ambos pueden desarrollarse, incluso en relación con las mismas normas, surtiendo efectos distintos y característicos.

a) El juez ordinario tiene facultades para declarar que las normas preconstitucionales, de cualquier rango, por oponerse a la Constitución han sido derogadas por ésta. El efecto derogatorio no puede, por otra parte, limitarse a las normas constitucionales que sean de apli-

(14) La primera sentencia de la Corte de 14 de junio de 1956, resolvió una cuestión de este tipo. Según algunos se afirma la exclusiva competencia de la Corte en la materia (Calamandrei, Espósito), mientras que para otros el juez ordinario conservaba sus funciones para estimar producida la derogación (Rossano, Liebman, Crisafulli, Mortati), véase en V. ONIDA, loc cit.,

(15) La disposición de referencia concluye su apartado 1 exigiendo, para las leyes, disposiciones, resoluciones o actos que originen el recurso o conflicto, «que no hubieran agotado sus efectos». Parece que el agotamiento o consunción sólo debe ser predicable de actos, o de normas cuya vigencia está temporalmente limitada, no de normas ordinarias que se extinguen por derogación. Sin embargo, podría también interpretarse en el sentido de excluir del conocimiento del T. C. las normas que deben considerarse derogadas por la Constitución.

cación inmediata; también cuando se apliquen mediatamente, a través de los principios generales del Derecho, producirán la eliminación de las normas que sean incompatibles. En la apreciación de la derogación corresponde al juez un papel especialmente delicado, calibrando el grado de incompatibilidad entre normas y su posibilidad de corrección mediante una interpretación adecuada a la Constitución. Finalmente, es obvio que la declaración del juez ordinario surte efectos sólo "inter partes", pudiendo ser contradicha libremente por cualquier otro juez.

b) El Tribunal Constitucional controla la constitucionalidad de las leyes y, si éstas son anteriores a la Constitución, debe entenderse que puede declarar su invalidez sobrevenida por disconformidad con ella.

Los dos planos en que actúan el juez ordinario y el Tribunal Constitucional, respectivamente, se encuentran reflejados en la regulación de la llamada "cuestión de constitucionalidad" (16). El juez resuelve una cuestión de vigencia, el Tribunal de validez; la derogación se aprecia en la etapa previa de búsqueda de la norma, mientras que la elevación de la "cuestión" al Tribunal Constitucional sólo se produce cuando se ha llegado a la fase final de su aplicación. La intervención del juez ordinario, dada la limitada eficacia de sus pronunciamientos, no excluye un posterior planteamiento de la inconstitucionalidad ante el Tribunal, con el fin de obtener una resolución de valor general y definitivo (17).

En todo caso la decisión del Tribunal Constitucional deberá referirse a la conformidad o no de las leyes examinadas con la Constitución, único aspecto sometido a su competencia, sin que pueda versar sobre su posible derogación por ser una cuestión que no le ha sido encomendada.

II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ORGANO PRODUCTOR DE JURISPRUDENCIA

1) *El término jurisprudencia.*

La utilización del término jurisprudencia siempre evoca una actividad de aplicación práctica del Derecho, pero es posible asignarle múltiples significados.

En un primer sentido, como ciencia, jurisprudencia es el conocimiento del Derecho, y, enlazando con las fuentes romanas, se identifica con el sentido jurídico, el sentimiento vivo de la justicia intrínse-

(16) Artículo 163 de la Constitución, 35 de la L. O. del Tribunal Constitucional. La Ley de constitucionalidad dudosa para que pueda ser elevada al Tribunal Constitucional por esta vía ha de ser «aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo».

(17) Así ha ocurrido en Italia; la Corte Constitucional ha afirmado repetidamente su poder para declarar la ilegitimidad constitucional de normas que la Corte de Casación había entendido derogadas.

ca de las relaciones de la vida social, por los que se discierne lo justo de lo injusto (18). De acuerdo con este criterio, las decisiones del Tribunal Constitucional constituirán una manifestación de "prudentia iuris", de ciencia del Derecho.

Pero generalmente se habla de jurisprudencia en el sentido de doctrina, como modo de interpretar una regla del Derecho, de observarla y de aplicarla, e incluso de forma más restringida se designa el conjunto de criterios, de interpretación y de decisión, establecidos por los Tribunales de Justicia (19). Por consiguiente, nos interesa determinar si la doctrina emanada del Tribunal Constitucional puede considerarse jurisprudencia.

En el Derecho español anterior a la Constitución de 1978 el concepto estricto de jurisprudencia sólo era aplicable a la doctrina del Tribunal Supremo, como órgano al que se atribuye la misión de controlar la legalidad y uniformar la aplicación del Derecho. La formulación de este criterio restrictivo tenía bases normativas poco sólidas (20) hasta la modificación del Título Preliminar del Código civil en 1973-74. Así, conforme al artículo 1, p. 6, del Código civil, la jurisprudencia es la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las normas jurídicas.

La Constitución recoge este concepto de jurisprudencia, pues no puede entenderse en otro sentido la referencia que a ella contiene su artículo 161, p. 1, letra a), sin embargo, cabe la duda sobre el papel que corresponda a la doctrina resultante de las decisiones del Tribunal Constitucional, que ella misma crea.

Las principales funciones del Tribunal Constitucional revisten estricta naturaleza jurisdiccional y existe un proceso especial para decidir las pretensiones formuladas ante él. No es un obstáculo que su régimen sea independiente del llamado Poder Judicial, ni que se establezca su sola sumisión a la Constitución y a su Ley Orgánica (21), tampoco su especial composición, influida por criterios políticos; ya que la naturaleza de un órgano viene determinada por la configuración de las funciones que se le atribuyen. En este sentido al Tribunal corresponde juzgar, declarar el Derecho de los casos concretos que le son sometidos, con plena independencia de las partes contendientes, ejerciendo una verdadera jurisdicción (22).

(18) En este sentido, F. CLEMENTE DE DIEGO en «La jurisprudencia como fuente del Derecho», Madrid, 1925, pág. 44.

(19) V., L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN: «Sistema de Derecho Civil», I. Madrid, 1976, pág. 170.

(20) Las disposiciones adicionales del Código civil que se refieren a ella al regular su procedimiento de revisión, y el artículo 1782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil referente al recurso de casación en interés de Ley. De hecho, este criterio se imponía rígidamente por el Tribunal Supremo.

(21) Estos tajantes términos del artículo 1 L. O. tienen una importante carga retórica. Su fin es proclamar la independencia del Tribunal respecto a la ley ordinaria; pretender considerarla al margen del ordenamiento jurídico en su conjunto sería erróneo.

(22) La exposición en este sentido de J. GONZÁLEZ PÉREZ, en «Derecho Procesal Constitucional», Madrid, 1980, pág. 75, es decisiva. La naturaleza

Como cualquier otro juez, el Tribunal Constitucional produce una doctrina, integrada por los criterios que son fundamento de las decisiones en que plasma su función. Esta doctrina debe encontrar acomodo junto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el artículo 1, p. 6, del Código civil.

Este criterio es consecuencia de la posición del Tribunal Constitucional en nuestro ordenamiento. Calificado de "intérprete supremo de la Constitución", la doctrina que elabore sobre su aplicación e interpretación ha de gozar de relevante autoridad, teniendo en cuenta, además que la interpretación de toda norma jurídica debe conformarse a los principios constitucionales. En el campo concreto de las garantías constitucionales la situación es aún más evidente, pues el Tribunal Supremo ya no es el órgano jurisdiccional superior, posición que ocupa el Tribunal Constitucional (arts. 123 y 161, p. 1, letra b) de la Constitución).

Las mismas causas que condujeron a la preponderancia actual del Tribunal Supremo sobre los restantes órganos judiciales, coinciden para atribuir una relevancia especial a la doctrina del Tribunal Constitucional. Ambos Tribunales deciden en forma definitiva sobre las cuestiones de su competencia, aunque en un plano distinto, como corresponde a sus distintas funciones.

La única norma del Derecho positivo español que precisa el significado de la jurisprudencia es el citado artículo 1, p. 6, del Código civil, que alude sólo a la del Tribunal Supremo. Creado el Tribunal Constitucional, dicho precepto ha de extenderse a la doctrina que contengan sus resoluciones, pues así lo exige la posición y funciones que le atribuye la Constitución y la naturaleza del artículo 1 del Código civil, aplicable al ordenamiento jurídico español en su totalidad (23).

2) *La jurisprudencia constitucional.*

Las observaciones hechas anteriormente podrían conducir a distinguir una clase especial de jurisprudencia, calificándola de "constitucional", cuyo origen estaría en las decisiones del Tribunal Constitucional (24). Este proceder sería causa de dificultades y equívocos que es necesario aclarar.

jurisdiccional de las funciones de la Corte Costituzionale italiana se razona convincentemente por C. MORTALI, en «Istituzioni di Diritto Pubblico», vol. II, Padova, 1976, págs. 1470 y sigs.

(23) Se admite directamente por M. GORDILLO en «La jurisprudencia en la Constitución». La Constitución Española y las fuentes..., cit., vol. II, página 1182.

(24) Se utiliza dicho término por J. AROZAMENA: «Valor de la jurisprudencia constitucional», en La Constitución Española y las fuentes..., vol. I, pág. 257. También por J. ALMAGRO NOSETTE en «Justicia constitucional», Madrid, 1980, pág. 64.

Por una parte se olvidarían todos los supuestos de aplicación judicial de la Constitución, con el peligro de llegar a entender que sólo el Tribunal Constitucional es su destinatario. Frente a ello ha de recordarse que la Constitución debe ser aplicada por todos los poderes públicos y, por consiguiente, será interpretada y aplicada por el Tribunal Supremo, que producirá una jurisprudencia sobre la materia. Esta jurisprudencia también merece ser calificada de constitucional, por su objeto, surtiendo los efectos correspondientes.

Además induciría a pensar que el Tribunal Constitucional sólo puede sentar jurisprudencia cuando interpreta y aplica los preceptos de la Constitución, no en relación con otras normas. Con ello, una hipervaloración del papel del Tribunal como intérprete supremo de la Constitución, ocasionaría una limitación del alcance de su doctrina, olvidando que ésta surge, al igual que la de cualquier órgano judicial, del ejercicio de sus funciones, que no se limitan a la estricta aplicación de la Constitución.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de modo consciente, ha evitado utilizar el término de jurisprudencia, incluso añadiendo constitucional, prefiriendo el de doctrina constitucional, para referirse a la emanada de este Tribunal (especialmente el art. 13). Aun reconociendo su utilidad, pues evita confundirla con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (25), la expresión legal no es satisfactoria, por dos razones:

1.º Supone desconocer la naturaleza jurisprudencial de esta doctrina, que hace posible su inclusión en el repetido artículo 1, p. 6, del Código civil.

2.º Conduce al error, antes expuesto, de reducirla a surgir de la aplicación de la Constitución estrictamente.

Por ello, aunque las cuestiones terminológicas carezcan de sentido una vez concretada la realidad sustancial, creemos más adecuado y, sobre todo, seguro, denominar “jurisprudencia del Tribunal Constitucional” a la doctrina que produzca en el ejercicio de sus funciones.

3) *Eficacia de la jurisprudencia y de las sentencias del Tribunal Constitucional. Su distinción.*

Las resoluciones del Tribunal Constitucional gozan, en ocasiones de eficacia general, “erga omnes”, disponiéndose que vinculan a todos los poderes públicos (26), lo cual pudiera llevar a entender que se proclama el carácter vinculante de su doctrina o jurisprudencia.

(25) Sorprendentemente el artículo 40, p. 2, de la L. O., se refiere a «la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia», olvidando que sólo a la del Tribunal Supremo es aplicable el artículo 1, p. 6, del Código civil, precepto que dio lugar a la confusa referencia de la Constitución, ahora trasladada a la Ley.

(26) Artículos 164 de la C. y 38, p. 1, 61, p. 3 y 87 de la L. O.

Estrictamente ha de partirse de la distinción entre la decisión o fallo que dicta el Tribunal y las bases o fundamentos de la misma; la primera constituye el pronunciamiento concreto del que es predicable esa eficacia general; los fundamentos, cuando den lugar inmediatamente a la decisión (*ratio decidendi*), son la verdadera jurisprudencia, que producirá sus propios efectos (27).

La Ley Orgánica regula con detalle la eficacia de los fallos del Tribunal Constitucional, pero no la de su jurisprudencia. Esta distinción origina confusión, justificable por la amplitud de los términos empleados en la Ley (28) y la extensión de los efectos de las resoluciones. No obstante, la eficacia "erga omnes" a que nos referimos, con la correlativa supresión del límite subjetivo a la cosa juzgada, se impone por la especialidad del objeto del proceso, una norma jurídica, no por la autoridad del Tribunal que dicta la resolución. Igual eficacia general surten las sentencias dictadas por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando declaran la nulidad de una norma regamentaria (art. 86, p. 2, de su Ley reguladora).

III. VALOR DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con referencia exclusiva a la actuación jurisdiccional del Tribunal, es decir, cuando resuelve pretensiones fundadas en normas constitucionales interesa determinar el alcance o eficacia de sus pronunciamientos, atendiendo especialmente a la posición del juez ordinario ante ellos.

1) *Proceso de inconstitucionalidad.*

Señala la Ley Orgánica que mediante este proceso "el Tribunal constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados" (art. 27, p. 1). Siendo éste su objeto es evidente la necesidad de asignar efectos generales a la decisión que se produzca, sin embargo, esta afirmación exige ser matizada teniendo en cuenta el contenido de la resolución.

El proceso puede ser promovido a través de dos vías, el recurso de inconstitucionalidad, para cuyo ejercicio la legitimación es restringida, o la cuestión de constitucionalidad, promovida incidentalmente por los jueces ordinarios (arts. 29, 32 y 35 de la L. O. en relación con

(27) La distinción se formula claramente por L. Díez-PICAZO en «Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo», R.D.Pr., 1964, pág. 933. Los criterios de J. Almagro y J. Arozamena, *cits* sobre esta cuestión, parecen estar fundados en la confusión indicada en el texto.

(28) El capítulo IV del título II se dedica a «la sentencia en procedimientos de inconstitucionalidad y de sus efectos».

los arts. 162 y 163 de la C.). En cualquiera de los dos casos y a pesar de la distinción del procedimiento, la sentencia del Tribunal Constitucional produce los mismos efectos en relación con la disposición impugnada, por lo que su examen debe realizarse conjuntamente, en relación con los pronunciamientos que puede contener.

A) *Rechazo o estimación totales de la inconstitucionalidad*: Son aquellas decisiones del Tribunal Constitucional que declaran de plano, sin matizaciones ni reservas, la conformidad o no de una ley o de un precepto legal con la Constitución.

La Ley Orgánica ha pretendido establecer una regulación general, aplicable tanto a las sentencias de rechazo como a las estimatorias, al disponer en su artículo 38, p. 1: "Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales".

Incorre así en un evidente exceso respecto a la Constitución, que sólo atribuye efectos generales a "las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley" (art. 164, p. 1), no a las de rechazo. La interpretación conjunta de los preceptos de la Ley Orgánica permite, no obstante, reducir el exceso, aunque no corregirlo totalmente.

No supone enervar la eficacia general de las sentencias el que exista una regulación especial relativa a las cuestiones de constitucionalidad. El artículo 38, p. 3, de la Ley Orgánica no hace más que anticipar la vinculación del Juez o Tribunal y de las partes al momento en que la sentencia les sea comunicada, pero no afecta, ni elimina, su eficacia general, que surgirá en la fecha de su publicación, con arreglo a la norma ordinaria.

Cuando la sentencia sea estimatoria declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos impugnados, por lo que su eliminación del ordenamiento jurídico produce efectos "ex tunc". Su aplicación retroactiva sólo se encuentra limitada por la eficacia de la cosa juzgada cuando la disposición nula no sea de naturaleza sancionadora (arts. 39 y 40 de la L. O.). Resulta así claramente imposible pretender trasladar a nuestro Derecho la polémica que suscitó en la doctrina italiana la interpretación del artículo 136 de la Constitución de 1947. Taxativamente se considera a la sentencia que estima la inconstitucionalidad como declarativa y sin más limitación en su eficacia que la resultante del objeto a que se refiere. Suprimida la norma inconstitucional carece ya de sentido afirmar que la sentencia produce efectos de cosa juzgada (29).

Las sentencias de rechazo, aunque tengan acomodo en el señalado artículo 38, p. 1, de la Ley Orgánica, no producen sus efectos de modo uniforme, siendo necesario distinguir:

1) Cuando la desestimación se produzca porque un recurso de inconstitucionalidad adolezca de defectos formales, es obvio que no

(29) Llega a esta conclusión J. GONZÁLEZ PÉREZ, en cit., pág. 218.

surtirá efectos de cosa juzgada, pudiendo plantearse ulteriormente nuevo recurso o cuestión de inconstitucionalidad en los mismos términos sustanciales.

Sin embargo, el artículo 29, p. 2, de la Ley Orgánica, incompleto y de redacción confusa, parece dar a entender que sólo cabe, con posterioridad, formular la cuestión de inconstitucionalidad en "otro" proceso. Basta tener en cuenta la referencia a "otro proceso", para advertir la incoherencia del precepto, porque no existe un proceso anterior con el cual relacionarla. En estos términos no puede reconocérsele virtualidad para restringir la utilización del recurso de inconstitucionalidad.

2) Tratándose de una cuestión de inconstitucionalidad el Tribunal (a través de las Secciones, art. 8 de la L. O.) en trámite de admisión puede rechazarla por medio de Auto, cuando falten las condiciones procesales o fuera notoriamente infundada la cuestión (art. 37, p. 1). En este caso no parece posible atribuir a la resolución efectos generales que, sólo se predicen por la Ley de las "sentencias" del Tribunal Constitucional. Si la inadmisión se debe a efectos de índole procesal, será posible plantear la inconstitucionalidad por los mismos motivos, mediante las vías ordinarias y en la forma normal. Pero si la resolución de inadmisión se funda en la falta de fundamento de la cuestión, al realizarse una decisión sobre el fondo, surtirá efectos de cosa juzgada, sin modificación alguna de los límites que con carácter general se establecen para ésta (arts. 1.251 y 1.252 del Código civil).

3) Las sentencias de rechazo por razones de fondo dictadas en recursos de inconstitucionalidad producen efectos de cosa juzgada, sin la imposición de límite subjetivo alguno, pero fijándose otros dos especiales: uno objetivo, pues no podrá plantearse la infracción de idéntico precepto de la Constitución, y otro procesal, ya que sólo se impide utilizar "la misma vía" (art. 38, p. 2, de la Ley Orgánica). Por consiguiente será preciso entender admisible plantear una cuestión de inconstitucionalidad por el mismo motivo que fue rechazado en anterior recurso (30), aunque suponga desvirtuar prácticamente la solemne afirmación de sus efectos generales proclamada en el apartado anterior del mismo artículo 38.

Falta en la Ley Orgánica una referencia concreta a los efectos que produzca la desestimación de las cuestiones de constitucionalidad. La solución preferible entendemos que debe prescindir de la regla contenida en el artículo 38, p. 1, de la Ley, excesivamente general y atender al precepto concreto relativo a estas cuestiones, recogido en el apartado 3, así como al artículo 164, p. 1, de la Constitución. De tales preceptos resulta exclusivamente la vinculación del Juez o Tribunal que planteó la cuestión y de las partes en el proceso que la motivó,

(30) J. ALMAGRRO, loc. cit., pág. 172, no admite este criterio, sino que, partiendo de la eficacia general de la resolución desestimatoria, sólo prevé la posibilidad de que una variación ulterior del objeto permita el nuevo planteamiento de la cuestión. Con esta resolución no se aclara el sentido de la Ley, pues, por hipótesis, no puede jugar ya la eficacia de la cosa juzgada.

no limitándose la posibilidad de que el mismo motivo de inconstitucionalidad de una ley sea objeto de otra cuestión, suscitada en relación con un proceso distinto.

El defectuoso enfoque del problema contenido en la Ley Orgánica radica en la errónea interpretación del artículo 164 de la Constitución. Sólo las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes son susceptibles de alcanzar efectos generales, pues sólo ellas innovan el ordenamiento jurídico. Las de rechazo carecen de efecto innovador e incluso la debida defensa de la Constitución exigiría negarlas tales efectos generales.

B) *Sentencias interpretativas*: Su origen, en la práctica constitucional alemana e italiana se encuentra íntimamente ligado al designio de evitar las declaraciones de inconstitucionalidad, que originan un vacío normativo. En estos casos el Tribunal Constitucional se limita a declarar que cierta interpretación de una ley ordinaria es conforme a la Constitución (sentencia de rechazo) o bien que se opone a ella (sentencia estimatoria) (31). La eficacia general de las sentencias interpretativas de rechazo supondría una clara restricción de la libre interpretación de las leyes ordinarias y consecuentemente de los poderes atribuidos a los órganos judiciales. A esta conclusión serían oponibles también los argumentos esgrimidos anteriormente al tratar de la eficacia de las sentencias de rechazo. Sólo cuando se trate de una cuestión de inconstitucionalidad se producirá una vinculación del Juez o Tribunal que la haya planteado, el cual vendrá obligado a cumplir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (art. 38, p. 3, de la Ley Orgánica). Las sentencias estimatorias, al declarar la inconstitucionalidad de una concreta interpretación de la ley, limitan su contenido. Conocidas en la doctrina italiana como "sentencias correctivas, sustitutivas, manipuladoras o adecuadoras" (32), permiten a la Corte Constitucional realizar una auténtica reformulación o reconstrucción del contenido de las normas examinadas, generalmente anteriores a la Constitución.

Estas sentencias, en cuanto contienen una declaración de inconstitucionalidad, aunque sólo de una parte del contenido de la norma, producen efectos generales. La vinculación que imponen a los poderes públicos, especialmente a los jueces ordinarios, consistirá, por tanto, en excluir aquella interpretación de la norma que haya sido objeto de la resolución del Tribunal Constitucional.

C) *Sentencias integrativas*: Recientemente, en Alemania Federal e Italia se ha comenzado a abordar el problema de la llamada "inconstitucionalidad por omisión", que ha dado lugar a múltiples resoluciones de los respectivos Tribunales Constitucionales. En relación con

(31) Las generalidades sobre este tipo de sentencias son expuestas en los manuales de uso más corriente. Por ejemplo, G. BALLADORE PALLIERI: «Diritto Costituzionale». 10 ed., Milano, 1972, págs. 351 y 355; V. CRISAFULLI, loc cit., págs. 358 y sigs., y C. MORTATI, loc. cit., págs. 1422 y sig.

(32) V. ONIDA, loc cit., págs. 536 a 537, realiza un detallado examen de su origen y significado.

éstas se ha hablado de sentencias “aditivas”, “introdutivas”, “creativas” o, en fin, “integrativas”; con ellas parece como si el Tribunal Constitucional llegara a sustituir al legislador. Su justificación más firme se ha encontrado en el concepto de “laguna técnica” de la ley, susceptibles de ser colmada mediante un desarrollo de los principios contenidos en la Constitución. El alcance que pueda asignarse a estos pronunciamientos no parece superior al indicado para las sentencias interpretativas so pena de subvertir los principios fundamentales de la distribución de funciones entre los órganos estatales (33).

2) *Proceso de amparo.*

Su objeto específico es la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas proclamadas en la Constitución, así como la objeción de conciencia (arts. 14 a 29, 30 y 53 de la C. 41 de la L. O.). La sentencia, que normalmente le ponga término, decidirá otorgar o denegar el amparo, adoptando en el primer caso las medidas oportunas (arts. 53 y 55 de la L. O.).

El proceso de amparo no tiene naturaleza de “recurso” jurisdiccional, sino que se dirige a garantizar directamente los derechos fundamentales. Por ello el Tribunal Constitucional se limita a examinar la procedencia o no del amparo frente al acto denunciado, sin extenderse al control del proceso seguido previamente ante los jueces ordinarios. Este es el significado del art. 54 de la Ley Orgánica, que no se refiere, por tanto, a los supuestos en que la vulneración del derecho o libertad fundamental se produce directamente por la actuación de los órganos judiciales (prevista en el art. 44 de la misma ley).

La resolución del Tribunal Constitucional surtirá normalmente efectos sólo en relación con las partes del proceso de amparo, por limitarse a la estimación subjetiva de un derecho (art. 164, p. 1). Se exceptúan los casos en que el acto infractor del derecho fundamental produjera efectos más amplios, ya que su anulación favorece también a los demás afectados. Sin embargo, la inconstitucionalidad de una ley ordinaria que lesione derechos fundamentales y libertades públicas debe ser declarada por el Pleno del Tribunal Constitucional expresamente, una vez otorgado el amparo frente a los actos dictados en su aplicación (art. 55, p. 2, L. O.).

La denegación del amparo solicitado produce efectos de cosa juzgada especiales, ya que se suprimen los límites subjetivos y se flexibiliza el causal, permitiéndose al Tribunal (en Sección, art. 8 L. O.) acordar

(33) Un estudio exhaustivo sobre este tipo de pronunciamientos, su fundamento y eficacia realiza N. PICARDI en «La sentenze integrative della Corte Costituzionale», Scritti Mortati, vol. 4, cit., pág. 599. Los términos utilizados por la doctrina italiana, muy diversos, no siempre corresponden a conceptos diferentes, como advierte V. CRISAFULLI, loc. cit., pág. 358.

la inadmisibilidad cuando previamente hubiese denegado el amparo "en supuesto sustancialmente igual (art. 50, p. 2, letra c L. O.) (34).

3) *Conflictos constitucionales.*

La decisión del Tribunal Constitucional en esta materia (v. el artículo 59 de la L. O.) resuelve una discrepancia específica y sus efectos no se pueden extender fuera de los límites concretos de ésta. Así resulta sorprendente que el artículo 61, p. 3, de la Ley Orgánica disponga que "vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos". No obstante la propia ley concreta el alcance de esta declaración, pues la sentencia se limitará a determinar la titularidad de la competencia discutida, declarando la nulidad de los actos o disposiciones viciados de incompetencia y adoptando las medidas necesarias para corregir los efectos que hayan podido producir (artículos 66, 67 y 75, p. 2, de la L. O.).

La resolución es concreta, referida a una situación conflictiva inmediata, y en este sentido su eficacia es general, pero no es admisible entender que pueda plantearse al Tribunal Constitucional una cuestión abstracta y general, cuya resolución sea preventiva, para el futuro.

Cuando se trate de impugnación por el Gobierno de actos y disposiciones reglamentarias dictadas por las Comunidades Autónomas (art. 161, p. 2, de la C. 76 y 77 de la L. O.), la resolución del Tribunal Constitucional no producirá otros efectos que los dictados en casos semejantes por la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 86 de su Ley reguladora).

4) *Control previo de constitucionalidad.*

La intervención del Tribunal Constitucional en estos casos (tratados internacionales, proyectos de Estatutos de Autonomía y de leyes orgánicas) se materializa en un dictamen cuya eficacia se encuentra tasada en la Ley Orgánica. Por supuesto que sus efectos no exceden del procedimiento en que el dictamen se integra, ni evitan que el propio Tribunal pueda conocer posteriormente del mismo asunto en forma totalmente libre (v. arts. 95 de la C., 78, p. 2 y 79, p. 5 de la L. O.).

Examinado el alcance concreto de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en cada uno de los tipos de proceso en que conoce, es posible comprender el significado del art. 87 de la Ley

(34) Los restantes casos establecidos en el artículo 50, p. 2, es decir, desestimación de recurso o cuestión de inconstitucionalidad, se fundan en la eficacia general de las resoluciones. La pretensión de configurar esta situación como una vinculación al precedente defendida por J. ALMAGRO NOSETTE, loc. cit., pág. 249, aparece como totalmente injustificada. Al ser los términos utilizados («sustancialmente igual») muy poco precisos, podría llegarse a un predominio de las Secciones y una rigidez absoluta en el funcionamiento del Tribunal Constitucional.

Orgánica, que dispone: “Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva”. En realidad esta declaración formal era ociosa, no añade una fuerza vinculante especial a las sentencias ni a la doctrina de este Tribunal, ya que no constituye más que una repetición del art. 118 de la Constitución, a cuyo tenor: “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y Tribunales...”

IV. LA JURISPRUENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EFICACIA

1) *Concepto.*

Se ha definido la jurisprudencia constitucional como “los criterios y orientaciones que, en materia de interpretación de la Constitución establezcan las sentencias y autos del Tribunal”. No es preciso repetir los argumentos expuestos anteriormente, al criticar la terminología empleada, para considerar insatisfactorio su contenido.

Parece más adecuado señalar que por jurisprudencia del Tribunal Constitucional entendemos el conjunto de criterios, para la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, que constituyen el fundamento de las resoluciones dictadas por el Tribunal en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Se pretende destacar el ámbito de esta “doctrina”, relativa a todo el ordenamiento, no sólo la Constitución, y su origen, ya que surge de la actuación del Tribunal como órgano judicial, interpretando y aplicando normas jurídicas.

2) *Requisitos.*

Las exigencias impuestas por el Tribunal Supremo y la doctrina, especialmente civilista, para que surja la jurisprudencia son trasladables a la producida por el Tribunal Constitucional, con la debida adecuación previa.

A) *Subjetivos.*—Las resoluciones deben ser dictadas por el Tribunal Constitucional en Pleno o actuando en Salas o Secciones, pues en los tres casos ejerce funciones decisorias. Resulta evidente que las Salas sólo podrán originar jurisprudencia al resolver recursos de amparo, único caso en que dictan la resolución (arts. 10 y 11 de la Ley Orgánica). Las Secciones sólo intervienen con carácter decisivo en el trámite de admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad o recursos de amparo (arts. 8, 37 y 50 de la L. O.) (35); decisión que adopta la forma de auto si declara la inadmisibilidad.

(35) El artículo 50 se refiere a la Sala, con lo que parece excluir a las Secciones del trámite de admisión. Más bien debe entenderse como una simple imprecisión y atribuir preferencia a la asignación de funciones que realza el artículo 8.

No existe una jerarquía o preferencia en la doctrina producida, toda ella es jurisprudencia del Tribunal y surte los mismos efectos.

B) *Objetivos*.—El tipo de resolución adoptada por el Tribunal, sentencia o auto, es irrelevante a efectos de formar jurisprudencia, pero siempre es necesario que el criterio jurisprudencial haya sido motivo o fundamento inmediato de la decisión (*ratio decidendi*). No constituyen jurisprudencia los razonamientos incidentales, de orden retórico o dialéctico, innecesarios o hechos a mayor abundamiento (*obiter dicta*).

Debe requerirse también la existencia de una identidad entre el caso concreto decidido por el Tribunal y aquel en que se plantea la aplicación del criterio jurisprudencial. Este principio no puede mantenerse, sin embargo, rígidamente. En primer lugar ha de admitirse una homogeneidad de las resoluciones del Tribunal, aunque se hayan dictado en procesos diferentes, de modo que exista un solo “fondo” de su doctrina. De esta forma el requisito de identidad quedaría limitado, por un lado, a las leyes, disposiciones o actos que motivan la intervención del Tribunal, y por otro, a los principios constitucionales aplicados. Incluso la primera de dichas identidades se entiende de modo flexible, según parece deducirse de la Ley Orgánica (36).

Es preciso finalmente repetir que el Tribunal Constitucional no se limita a interpretar y aplicar la Constitución, sino que sus funciones inciden sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, de modo que los criterios o doctrina que emplea en sus resoluciones constituyen su jurisprudencia, aunque se refiera a normas de rango inferior.

C) *Formales*.—El Tribunal Supremo ha venido exigiendo para formar jurisprudencia que los criterios o doctrinas sean repetidos o reiterados en varias de sus sentencias, de forma que gocen de cierta estabilidad. Este requisito ha sido incorporado al concepto de jurisprudencia contenido en el art. 1, p. 6, del Código civil (“de modo reiterado”, señala), sirviendo para distinguir el sistema de “jurisprudencia constante”, propio de los ordenamientos del continente europeo, del de “precedente vinculatorio”, característicamente anglosajón (37).

La repetición no parece, sin embargo, ser un requisito esencial de toda jurisprudencia, necesario para su producción, sino sólo natural y ordinario, que aumenta su certeza, facilita el conocimiento y la seguridad de su existencia, pero no es imprescindible. Puede admitirse que surgió a consecuencia de la confusión entre jurisprudencia y derecho consuetudinario (38), pero, en todo caso, lo que interesa

(36) Como mínimo esta flexibilidad llegará a comprender los supuestos «sustancialmente iguales» al decidido. La utilización de estos términos por el artículo 50, al referirse a los efectos de la cosa juzgada parece desbordar los límites de esta institución.

(37) Un examen comparado de ambos sistemas, con tendencia a justificar su acercamiento a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, realiza A. ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR en «El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española», R.G.L. y J., 1948, pág. 508.

(38) F. CLEMENTE DE DIEGO, loc. cit., pág. 56.

señalar es que no existe razón alguna para negar carácter jurisprudencial a la doctrina contenida en una sola resolución.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se refiere a su doctrina sólo en el art. 13 ("doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal") que no exige la reiteración de resoluciones. Esta circunstancia, añadida a la naturaleza y desarrollo de las funciones del Tribunal, que no propician la repetición de procesos ante él suscitando las mismas cuestiones, conducen a eliminar este requisito para que forme su jurisprudencia.

3) *Eficacia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*

Creado un órgano especial como intérprete supremo de la Constitución, al que se encomienda garantizar la supremacía de la norma constitucional mediante su actuación como Juez, surge la cuestión de precisar, no los efectos inmediatos de sus resoluciones, ya estudiados, sino la fuerza vinculante de los criterios en que basa tales resoluciones, es decir, de su jurisprudencia. Parece ocioso indicarlo, pero lo que se plantea es una disyuntiva fundamental: aplicar la Constitución directamente o mediatizada por la intervención del Tribunal Constitucional. La solución de esta cuestión afecta directamente a la futura evolución jurídica española e incluso a la misma distribución de funciones entre los órganos constitucionales.

A) La tesis positiva, afirmando el carácter vinculante de los criterios sentados por el Tribunal Constitucional, ha sido defendida desde dos ángulos, el normativo, acudiendo a los preceptos de la Ley Orgánica, y el funcional, referido a las tareas que corresponden al Tribunal.

Esta última postura (39), partiendo de calificarle como Juez de la Constitución, le asigna la función de complementarla, haciendo hincapié en la labor creadora del Tribunal Constitucional. Tanto la interpretación que haga el Tribunal de la norma constitucional, como la de las leyes ordinarias confrontadas, vincula para el futuro al juez ordinario, que no puede darlas una interpretación distinta. El mismo criterio se aplica a la jurisprudencia en materia de amparo, por ser el Tribunal juez supremo de las libertades públicas.

Se afirma también el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional (40) en base a la eficacia general de que gozan las sentencias del Tribunal, según la Ley Orgánica (arts. 38 y 40).

Probablemente exista en estos criterios un mimetismo injustificado de ordenamientos extranjeros, especialmente el vigente en Alemania Federal. La posición del Tribunal Constitucional Federal es, sin embargo, distinta de la que ocupa el Tribunal español. La Ley Funda-

(39) La expone J. ARÓZAMENA, loc. cit., pág. 261, en forma totalmente congruente con el papel que, a su entender, cumple la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico.

(40) Es el criterio defendido por J. ALMAGRO, cit., pág. 64.

mental de Bönn otorga una relativa, pero cierta, fuerza vinculante a los criterios interpretativos utilizados por el Tribunal Federal e incluso algunas de sus decisiones poseen fuerza de ley (41).

Más cercano al sistema español es el establecido por la Constitución italiana, en el cual sólo las sentencias de la Corte Constitucional que declaran la ilegitimidad constitucional de una ley producen efectos generales al hacerla inaplicable (art. 136). En ningún caso se considera que la magistratura, a la que corresponde el poder de interpretar las leyes, sea vinculada por la interpretación que haya dado la Corte. El pronunciamiento de ésta sirve como dato o modelo que se tendrá en cuenta por el juez ordinario, pero carece de fuerza para imponerle una determinada interpretación.

B) El planteamiento correcto del tema requiere hacer una tajante distinción entre los efectos que produce la decisión concreta del Tribunal Constitucional y los de su jurisprudencia. La confusión de ambos se encuentra en la base de la tesis positiva antes expuesta.

Anteriormente ha sido examinada la eficacia de las sentencias del Tribunal, es decir, de la decisión contenida en sus fallos; aspecto que es abordado por la Ley Orgánica, cuyos artículos 38 y 87 no se refieren a otras cuestiones.

Sólo dos referencias existen en la Ley Orgánica a la "doctrina del Tribunal": 1) En primer lugar el art. 13 que, para asegurar la uniformidad en la actuación del propio Tribunal, impone que la decisión sobre una mutación de su doctrina sea adoptada por el Pleno. No se impone, por tanto, una eficacia general a la doctrina, sino que se adopta una medida correspondiente al carácter delegado de las competencias asumidas por las Salas del Tribunal, deducido del sentido de los arts. 10 y 11 de la misma Ley. 2) También el art. 40, p. 2, se refiere a la doctrina del Tribunal asignándola unos efectos correctivos de la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia. Basta indicar que tampoco aquí se atribuye fuerza vinculante a tal doctrina, pues si lo corregido es la jurisprudencia, no puede asignarse al resultado de la corrección una eficacia superior a la que tenía aquélla con anterioridad.

La única base sólida de solución consiste en aplicar a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el art. 1, p. 6, del Código civil, único precepto del Derecho positivo español que regula la posición de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico y cuyo emplazamiento en el título preliminar de dicho Código impone su aplicación general con rango quasi-constitucional.

La alteración sustancial causada por la Constitución de 1978 en el Derecho español no ha producido innovaciones en esta materia.

(41) La Ley Fundamental dispone en su artículo 100, p. 3: «Cuando en la interpretación de la Ley Fundamental el Tribunal Constitucional de un Estado quiera apartarse de una decisión de la Corte Constitucional Federal o del Tribunal Constitucional de otro Estado, recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal». El sistema alemán en su totalidad se estudia por H. J. FALLER en «Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la R. F. Alemana», R.E.P., núm. 7 (nueva época), página 47.

La jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico, pero no es fuente del Derecho, sino que se considera como una doctrina autorizada, cuyo influjo efectivo se reconoce. En general la ordenación política española no admite la posibilidad de que los Tribunales, ni siquiera el Tribunal Constitucional, dicten normas jurídicas con eficacia general y obligatoria. La Constitución expresa claramente el sistema vigente: la potestad de crear normas jurídicas generales corresponde exclusivamente a las Cortes Generales (potestad legislativa, artículo 66, p. 2) y al Gobierno (potestad reglamentaria, art. 97); los órganos del poder judicial se limitan a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (exclusivamente, art. 117) y el Tribunal Constitucional no tiene otra función que resolver los procesos concretos de su competencia (art. 161).

C) La eficacia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se enmarca en una materia propia de la Teoría General del Derecho estudiada especialmente por los civilistas, como es la posición de la jurisprudencia en relación con las fuentes del Derecho y su influencia en las operaciones de interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

El tema, que constituye un tradicional punto de discusión doctrinal, fue reavivado por la redacción dada al art. 1, p. 6, del Código civil en la Reforma del título preliminar de los años 1973-74, considerada por un sector doctrinal como notoriamente desafortunada, inoportuna, absurda y asistemática (42).

El criterio más seguro es entender que la Reforma no ha pretendido alterar el valor de que ya anteriormente gozaba la jurisprudencia, sino precisamente intentar plasmarlo normativamente, a pesar de que la ambigüedad del texto definitivo permita amparar en él otro significado.

Si se parte de considerar fuente del Derecho sólo al poder de dictar una reglamentación vinculante para todos, es evidente que la jurisprudencia carece de esta condición en el ordenamiento jurídico español. El régimen anterior a la promulgación del Código civil tampoco permitía defender la tesis opuesta. La Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, todavía vigente, niega expresamente que los órganos judiciales tengan aquélla función (arts. 2 y 4), y tampoco resulta admisible siquiera que sea fuente para llenar las lagunas de la ley, pues éstas se colman mediante la aplicación de las fuentes subsidiarias, de modo que el ordenamiento jurídico, en su conjunto, carece de lagunas.

La función del Juez al dictar sentencia se reduce a solucionar un conflicto concreto, declarando cuál es la solución justa, nada más. La generalización de los criterios empleados para la resolución es algo extraño a dicha función, supone una abstracción intelectual de las decisiones singulares, que no corresponde a los órganos judiciales.

(42) Una crítica total del nuevo texto es formulada por J. L. DE LOS MOZOS: «Derecho Civil Español». Parte general, I, Salamanca, 1977, pág. 602.

En definitiva, la función de los Tribunales no es crear normas jurídicas nuevas, sino aplicar las preexistentes, de modo que su actuación no innova el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que, en la solución del caso concreto, interprete la normativa vigente y la actualice para servir a las nuevas necesidades sociales (43).

La defensa del carácter de fuente jurídica para la jurisprudencia se ha fundado, unas veces, en su relación con las auténticas fuentes, especialmente los principios generales y la costumbre; otras, en una concepción realista del Derecho, afirmando que tiene de hecho una vigencia positiva y destacando su valor persuasivo para los Tribunales inferiores (44).

La discusión doctrinal ha servido para precisar los límites del tema. La actividad de los tribunales consiste en juzgar, no en dictar normas de valor general, pero en su función de aplicar el Derecho en contacto con la realidad y los conflictos de intereses adoptan decisiones que adquieren una trascendencia jurídica evidente.

El mismo artículo 1 p. 6, al que nos referimos, indica que la jurisprudencia surte sus efectos en la interpretación y aplicación de las fuentes, no crea normas, pero las aplica. Su relevancia en este ámbito específico se pretende señalar al configurarla como fuente mediata, indirecta o de conocimiento del Derecho, es decir, como una forma de manifestar lo que existe previamente.

La trascendencia de la jurisprudencia radica en su función de mostrar la práctica normal del Derecho, la norma jurídica en cuanto incide en la realidad social efectivamente. Aquí radica la función creadora del juez, en dar solución a los casos concretos, creando una regulación jurídica singular.

Una generalización de los criterios utilizados por un órgano judicial en el ejercicio de sus funciones sería inadmisibles. Sólo razones de índole práctica pueden hacer prevalecer, en cierta forma, las tesis sostenidas por los tribunales superiores, como la existencia de un sistema de recursos contra las resoluciones de los órganos inferiores y la autoridad científica de que gozan aquéllos.

(43) Merecen citarse expresamente los trabajos de: E. LALAGUNA: «Jurisprudencia y fuentes del Derecho», Pamplona, 1969; J. L. LACRUZ: «Elementos de Derecho civil, I, Barcelona, 1974, pág. 62; M. ALBALADEJO: «Derecho civil», I, Barcelona, 1978, pág. 135; L. Díez-PICAZO, en «Comentarios a las reformas del Código civil», I, Madrid, 1977, pág. 133; M. BATLLÉ en «Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales», I, Madrid, 1978, pág. 63; M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: «La jurisprudencia en el Código civil después de la reforma de 1974», en ADC, tomo XXIX, pág. 337, y sobre todo el ya tradicional estudio de F. DE CASTRO en «Derecho Civil de España», cit., página 554, que mantiene plena vigencia. Un buen repertorio de los criterios formulados expone F. PERA VERDAGUER: «Fuentes del Derecho, jurisprudencia y constitucionalidad», en La Constitución Española y las fuentes..., cit., vol. III, pág. 1615.

(44) Especialmente, J. PUIG BRUTAU en «La jurisprudencia como fuente del Derecho», Barcelona, 1951; también A. D'ORS en «De la 'prudentia iuris' a la jurisprudencia del Tribunal Supremo», Información Jurídica 1947, página 63.

D) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a la que son aplicables los criterios anteriores, no es fuente jurídica, ni vincula a los jueces ordinarios. Sin perjuicio de ello es indudable que debe gozar de una autoridad extraordinaria, que resulta de su condición de órgano especializado en el control de las normas jurídicas de rango superior y de su título de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones no son susceptibles de recurso alguno.

La doctrina contenida en sus sentencias y autos no es vinculante para los jueces ordinarios, ni para los restantes órganos públicos o los ciudadanos, pero supone una guía, ejemplo o modelo a seguir en la aplicación del ordenamiento jurídico. Cuando la jurisprudencia del Tribunal se refiera a la Constitución o realice una interpretación de una norma conforme a los principios constitucionales, su autoridad será inigualable, imponiéndose lógicamente sobre cualquier otro criterio. A este Tribunal corresponde además una fructífera labor de descubrimiento de los principios generales políticos insertos en la Constitución, apreciando su alcance normativo. En ocasiones sus resoluciones pueden condicionar en alguna forma el actuar futuro de los jueces ordinarios, pero, incluso en estos casos, la doctrina que contengan carece de fuerza vinculante (45).

Como todo órgano judicial el Tribunal Constitucional desempeña una función creadora, no dictando normas generales, sino resolviendo los conflictos concretos que le son planteados. El Tribunal crea en su sentencia una norma jurídica individual, determina los hechos enjuiciados (por ejemplo: disconformidad de una ley con la Constitución), señala la consecuencia jurídica que corresponde (declaración de inconstitucionalidad y nulidad) y verifica dicho enlace (eliminando a la norma infractora del ordenamiento jurídico) (46). La creación jurídica que se produce es para el caso concreto, para decidir sólo la concreta situación conflictiva enjuiciada. La doctrina elaborada no es, pues, generalizable, pero goza de la autoridad que corresponde al órgano que procede.

V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La posibilidad de que surjan discrepancias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, con ocasión de la aplicación de una norma, realizada por cada uno en el ejercicio de sus funciones respectivas, es de todo punto evidente. Basta si no tener en cuenta lo sucedido en el Derecho italiano, en que la doctrina ha llegado a hablar de una "guerra 'delle due Corti", refiriéndose a los conflictos entre

(45) Declarada por el Tribunal Constitucional la conformidad de una ley preconstitucional a la Constitución misma, no sería admisible que un juez ordinario la entendiese derogada por ésta.

(46) Kelsen: «Teoría General del Estado», cit., pág. 304.

las Cortes de Casación y Constitucional (47). Manifestación directa de tal situación es el repetido planteamiento ante la Corte Constitucional de cuestiones idénticas, pues, resueltas mediante sentencias interpretativas de rechazo, la negativa de la Corte de Casación a admitir la doctrina sentada en ellas, obliga a que, suscitada nuevamente la cuestión de inconstitucionalidad, sea resuelta con una sentencia interpretativa de estimación parcial, cuya eficacia vinculante es general.

En el sistema jurídico español la solución de los conflictos debe estar informada por dos principios básicos: la primacía de la Constitución, como norma jurídica vinculante y aplicable directamente por los jueces ordinarios, y la independencia de los órganos del poder judicial, sometidos únicamente al imperio de la ley.

1) *El proceso de constitucionalidad en la tramitación parlamentaria de la Constitución.*

La referencia que contiene el vigente art. 161, p. 1, letra a) de la Constitución a la jurisprudencia es uno de los extremos que sufrió más alteraciones en las etapas del proceso constituyente. Junto a éstas, interesa también hacer referencia a la regulación que los diversos textos contenían sobre el Tribunal Supremo (48).

A) El artículo 123, p. 1, de la Constitución establece que "el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales", con lo que se ratifica la posición superior del Tribunal Constitucional en el ámbito comprendido por el proceso de amparo.

El texto de este artículo no fue alterado en toda la tramitación, coincidiendo con el 113, p. 1, del Anteproyecto. Con anterioridad, sin embargo, el borrador del texto había añadido a lo indicado que al mismo Tribunal "corresponderá la competencia en materia de casación (y elaboración consiguiente de la doctrina legal)". La desaparición de estas últimas referencias debe juzgarse positiva, pues carecería de sentido atribuir rango constitucional al recurso de casación y menos aún aludir a la doctrina legal como objeto de la exclusiva actividad del Tribunal Supremo.

B) En las disposiciones sobre el Tribunal Constitucional, la cuestión que se estudia exige distinguir dos fases. En primer lugar el

(47) El conflicto se encuentra descrito con detalle por N. PICARDI y V. ONIDA, locs. cit., págs. 545, 553 y 633. La situación española actual no es comparable con la italiana de la posguerra, por lo que no es posible trasladar las cuestiones y soluciones surgidas en la práctica italiana. La judicatura española no muestra una postura de rechazo a la Constitución como lo demuestra su aplicación, por ejemplo, en las sentencias de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 1979 y de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1979.

(48) Se utilizan los documentos del proceso constituyente tal como han sido recogidos en el núm. 180 de Documentación Administrativa.

horrador (art. 134) y el anteproyecto (art. 155) se limitaban a señalar la eficacia general de las sentencias del Tribunal y no aludían a la jurisprudencia. Posteriormente el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso incorporó el contenido de una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, en cuya virtud se dotaba al art. 157 de un apartado 2: "Asimismo por ley se regularán los supuestos de revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por causa de inconstitucionalidad". Este texto fue aprobado sin modificación por el Pleno del Congreso de los Diputados. Llegado el Proyecto al Senado, el Dictamen de su Comisión Constitucional suprimió el apartado transcrito, lo que motivó un voto particular del Grupo Parlamentario Socialista para restablecerlo en el mismo lugar, es decir, como apartado 2.º en el artículo regulador de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por un Tribunal. Sin embargo, el Pleno del Senado aprobó un texto diferente; al tratarse de las funciones encomendadas al Tribunal Constitucional se admite "el recurso de inconstitucionalidad contra... jurisprudencia en cuanto sea complementaria del ordenamiento jurídico" (art. 160, p. 1, letra a) (49). Finalmente, el Dictamen de la Comisión Mixta introdujo el texto definitivo.

El intento de someter la jurisprudencia al proceso de constitucionalidad, en caso de prosperar, habría supuesto una quiebra radical en la naturaleza de éste y en el mismo concepto de defensa de la Constitución, pero su misma existencia muestra ya una situación de desconfianza latente, en el proceso constituyente, frente a la actuación judicial de la Constitución. Esta posición, tal vez influida por el ejemplo italiano, carece de justificación en la tradición jurídica española, basada en una constante colaboración entre los poderes legislativo y judicial, así como en el momento actual, en que los jueces ordinarios aplican sin reticencias los preceptos constitucionales. Por otra parte admitir esta forma de control de constitucionalidad supondría inmediatamente considerar la jurisprudencia como fuente del Derecho y atribuirle una fuerza vinculante de la que debe continuar careciendo, aparte del atentado que sufriría la independencia del poder judicial (50).

2) *La Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.*

El artículo 161, p. 1, letra a) de la Constitución contiene en su segundo inciso la siguiente disposición: "La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta...". Ha sido considerada acertadamente como uno de los "enunciados aparentemente vacíos de la regu-

(49) En esta formulación puede encontrarse algún influjo de la distinción entre jurisprudencia interpretativa y jurisprudencia a efecto de casación, es decir, como doctrina legal, expuesta por ALBALADEJO, cit., pág. 143.

(50) Este último fue el principal argumento que se opuso en la tramitación parlamentaria. Véase O. ALZAGA: «La Constitución española de 1978», página 929.

lación constitucional”, carente de significado y sin otra misión que recordar la polémica surgida en la tramitación parlamentaria (51). La regla es evidentemente innecesaria, pues al ser la jurisprudencia una especial doctrina referente a la interpretación y aplicación de normas concretas, la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de éstas acarrea la de los criterios jurisprudenciales producidos.

La importancia del precepto resulta sólo de lo que no dice, pues evidencia que no existe posibilidad de incoar un proceso de inconstitucionalidad directo contra la jurisprudencia, sin referirlo a la norma legal que constituye su objeto. Por la misma razón tampoco puede esgrimirse como argumento para defender un reconocimiento constitucional de la jurisprudencia como fuente jurídica, ya que hasta se desconoce su verdadera fuerza creadora, al considerarse como una mera emanación o consecuencia de la ley declarada inconstitucional a la que interpreta.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional contiene, en su artículo 40, p. 2, un pretendido desarrollo del precepto anterior que origina algunas dificultades; dispone: “En todo caso la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional, habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad”.

Comparados los dos preceptos destacan los excesos en que ha incurrido la Ley Orgánica:

1) La referencia a los “actos enjuiciados”, que comprende aquellos dotados de fuerza legal, pero sin ser normas jurídicas, no se encontraba en la Constitución, que sólo aludía a “normas jurídicas con rango de ley”. Siendo dichos actos puramente singulares no se comprende qué jurisprudencia es la que pueda haber recaído sobre ellos, a no ser que se haya pretendido aludir a las resoluciones judiciales en general, empleando un concepto no acorde con el sentido habitual y legal del término jurisprudencia (52).

2) Tanto las resoluciones estimatorias como las desestimatorias de la inconstitucionalidad tienen atribuida virtualidad para corregir la jurisprudencia. Así se desprende de la generalidad con que está redactado el precepto y de la referencia a “las sentencias y autos”, resoluciones estas últimas que sólo pueden declarar inadmisibles la cuestión de constitucionalidad (v. art. 37, p. 1, L. O.). La infracción del texto constitucional resulta aquí flagrante; sólo las declaraciones de inconstitucionalidad pueden, en su regulación, afectar a la jurisprudencia, no a las desestimatorias.

(51) F. RUBIO LLORENTE y M. ARAGÓN: «Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad», en R.E.P., número 7 (nueva época), pág. 163.

(52) Esta confusión se refleja en la alusión a la «jurisprudencia de los Tribunales de Justicia», que olvida el concepto estricto plasmado en el artículo 1, pág. 6, del Código civil.

3) El efecto de incidir sobre la jurisprudencia se atribuye a la doctrina derivada de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Con ello viene a utilizarse un criterio distinto del recogido en la Constitución, según la cual lo que afecta a la jurisprudencia es la declaración de inconstitucionalidad, el mandato del Tribunal, y no los criterios en que se funde. La situación en ambos casos difiere totalmente; según la Constitución, la declaración del Tribunal determina la nulidad de una norma, lo que hace decaer la jurisprudencia a ella referida; según la Ley Orgánica cada resolución del Tribunal contiene una doctrina que ha de compararse con la jurisprudencia recaída sobre la misma materia, para determinar si se produce y hasta dónde una corrección de ésta.

4) También el efecto previsto "corregir" la jurisprudencia, parece distinto del "afectar" señalado por la Constitución. En procesos de constitucionalidad el término afectar no puede significar más que el decaimiento de la jurisprudencia, en cuanto se refiere a lo que el Tribunal declara inconstitucional. Corregir supone algo más, no sólo descalificar o hacer decaer una doctrina, sino colocar otra en su lugar y, por tanto, romper la unidad de la jurisprudencia.

El rango superior de que está dotado el texto constitucional y la necesidad de interpretar todas las normas conforme a él, exigen atender principalmente a sus disposiciones, que son taxativas en esta materia.

Con carácter general ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia producida por el Tribunal Constitucional carece de fuerza vinculante, pudiendo, sin embargo, destacarse de la del Tribunal Supremo cuando verse sobre la interpretación de un precepto constitucional, dada la especial y exclusiva autoridad de que goza en este ámbito.

No plantea dificultad alguna la incidencia de las sentencias de rechazo total, que no afectan a la jurisprudencia, aunque su doctrina pueda formar parte de la jurisprudencia propia del Tribunal. Tampoco las sentencias de estimación total, pues la jurisprudencia sobre la norma eliminada del ordenamiento queda sin fundamento.

Cuando las sentencias son "interpretativas" es oportuno distinguir sus dos tipos:

1) Las sentencias de rechazo contienen la declaración del Tribunal Constitucional de que una interpretación de la norma enjuiciada no vulnera la Constitución. Al no producir efectos innovadores, pues no descalifica ni siquiera parcialmente la norma, es evidente que no afectará a la jurisprudencia preexistente, cuya interpretación podrá coincidir o no con la de la sentencia, pero ello no obsta a que sea plenamente conforme con la Constitución. Aplicar rigidamente el efecto correctivo señalado en el artículo 40, p. 2, de la L. O., sería en estos casos, injustificado. Aunque el Tribunal Constitucional ostente funciones específicas de garantía de la Constitución, la interpretación y aplicación normal de las leyes ordinarias corresponde a los jueces y el libre ejercicio de su función no está coartado por la exis-

tencia de aquél. La doctrina que fundamente la resolución del Tribunal Constitucional tiene la condición de jurisprudencia y surtirá los efectos correspondientes.

2) Las sentencias estimatorias, en cuanto declaran la inconstitucionalidad de una precisa interpretación de las leyes ordinarias, descalifican la jurisprudencia que acoja dicha interpretación, pero ni siquiera en este caso puede entenderse que corrige la jurisprudencia con su doctrina. La jurisprudencia inconstitucional decae, pero la doctrina del Tribunal Constitucional no la sustituye, sino que integra la propia jurisprudencia.

La utilización de este tipo de sentencias puede hacer posible un cierto control de constitucionalidad de la jurisprudencia, aunque la norma sobre la que ésta recaiga sea conforme a la Constitución, superándose así el criterio según el cual sólo por vía legislativa es posible corregir la interpretación disconforme con la Constitución (53). También podría obtenerse del mismo modo la confirmación de criterios jurisprudenciales correctores del sentido de normas inconstitucionales.

A pesar de todo, no existe otra vía que la legislativa para la corrección de una posible jurisprudencia inconstitucional surgida en la interpretación y aplicación de la costumbre o los principios generales del Derecho, por faltar entonces la conexión necesaria para iniciar el proceso ante el Tribunal Constitucional.

3) *La doctrina del Tribunal Constitucional y el recurso de amparo.*

En materia de derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de recurso de amparo, el Tribunal Constitucional se encuentra colocado por encima de todos los restantes órganos judiciales, incluso del Tribunal Supremo, tal como refleja el artículo 123 de la Constitución. Los actos de todos los poderes públicos pueden quedar sometidos al control del Tribunal Constitucional, mediante el recurso de amparo. Esta situación determina que goce de una autoridad especial en esta materia y, por tanto, que su jurisprudencia deba considerarse "más fundada" que la procedente del Tribunal Supremo, en caso de contradicción. La eficacia de su doctrina no ofrece, sin embargo, ninguna especialidad, siendo improcedente, también en este caso, pretender asignarla fuerza vinculante general.

Tampoco es preciso examinar con detalle el alcance de la jurisprudencia producida por el Tribunal con ocasión del ejercicio de sus restantes funciones jurisdiccionales, que viene determinada por la aplicación de las reglas generales, y cuya funcionalidad está limitada por la naturaleza concreta y exclusiva de las competencias que le corresponden.

(53) En este último sentido se pronuncia L. Díez-PICAZO en «Constitución y fuentes del Derecho», REDA, núm. 21, pág. 196 y La Constitución Española y las fuentes..., cit., pág. 662, a mi juicio equívocamente.

4) *Incidencia concreta en procesos ante los Tribunales ordinarios.*

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede ser alegada y deberá ser tenida en cuenta por los jueces ordinarios, en su condición de doctrina dotada de especial autoridad, aplicando el artículo 1, p. 6, del Código civil. Pero es posible advertir que cause efectos más concretos. En este sentido nos referiremos a su aptitud para recibir la "doctrina legal", a efectos de la interposición de recurso de casación, civil o laboral, y para ser fundamento del recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, en vía contencioso-administrativa.

A) El recurso de casación, tanto en procesos civiles como laborales, puede fundarse en la infracción de ley o de doctrina legal, en que haya incurrido la sentencia impugnada (arts. 1.687, 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 165 y 166 de la Ley de Procedimiento Laboral).

El concepto de doctrina legal parece recogido en la misma Ley de Enjuiciamiento Civil, como "los principios que merezcan tal concepto y las opiniones de los jurisconsultos a los que la legislación del país de fuerza de ley (art. 1.729, núm. 10). Se mantiene el sentido tradicional que admite el recurso en los casos de vulneración de los "principales capitales", de los "dogmas inconcusos de la ciencia del Derecho".

La nítida distinción originaria entre doctrina legal y jurisprudencia ha desaparecido progresivamente, hasta el extremo de que el Tribunal Supremo, olvidando su intervención como mero legitimador o confirmador, se ha erigido en fuente exclusiva de la doctrina legal.

El funcionamiento del Tribunal Constitucional ha de acabar directamente con el monopolio asumido por el Tribunal Supremo para la recepción de las doctrinas legales, entendidas como aquéllas que tienen valor normativo, conforme a las cuales se ha de fallar el pleito. Las resoluciones del Tribunal Constitucional contendrán la precisión de criterios y doctrinas que deben ser calificadas de "legales"; en ocasiones extraídas de la Constitución y dotadas, por ello, de un valor normativo superior.

Alegadas las doctrinas legales recibidas por el Tribunal Constitucional, han de ser admitidas, en este concepto, por el Tribunal Supremo sin dificultad, máxime teniendo en cuenta la autoridad superior que ostenta aquél en ciertas materias (54).

B) La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa admite el recurso extraordinario de revisión, entre otros supuestos, cuando las Salas del Tribunal Supremo o de las Audiencias "hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí o con sentencias del Tribunal Supremo" (art. 102, p. 1, letra b).

Creado el Tribunal Constitucional e institucionalizado el proceso de amparo, ante él, cuya iniciación requiere el agotamiento de todos

(54) En relación con el concepto histórico y actual de la doctrina legal y sus relaciones con la jurisprudencia, basta hacer una remisión genérica a los autores citados en la anterior nota 43.

los recursos utilizables en la vía judicial (art. 44, p. 1, letra a), de la L. O.), las resoluciones que dicte con ocasión de los recursos de amparo interpuestos contra actos o disposiciones del poder ejecutivo han de servir para el futuro como término comparativo a efectos del recurso extraordinario de revisión. La cuestión no ofrece duda alguna, conforme a la situación del Tribunal como garante de los derechos fundamentales. No ocurre lo mismo en relación con las restantes funciones del Tribunal Constitucional, por ser su jurisdicción exclusiva, como ya antes se ha indicado.

CONCLUSION

El estudio de la posición del Tribunal Constitucional en el ordenamiento jurídico español pone de manifiesto la relevancia de su función como órgano productor de jurisprudencia. Los criterios normativos aplicados en sus resoluciones tendrían por objeto, sobre todo en la primera época de su funcionamiento, realizar una precisión del sentido de la Constitución, cuyos términos son, a veces, ambiguos y contradictorios.

La importancia de las funciones asignadas al Tribunal Constitucional, la eficacia general de que gozan algunas de sus resoluciones y el papel que ha de cumplir su doctrina, exigen que el futuro estudio de sus decisiones sea especialmente cuidadoso, evitando incurrir en los errores, generalizados en la actualidad, que vician el manejo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Especialmente debe reaccionarse ante la marcada tendencia a la dogmatización de los criterios jurisprudenciales y proliferación de máximas consolidadas (55), que originan una distorsión de las verdaderas doctrinas, y cuyo riesgo se acrecienta con la preeminencia atribuida al Tribunal Constitucional.

(55) Sobre estas máximas, características del sistema italiano y sus vicisitudes, véase J. L. DE LOS MOZOS, *cit.*, pág. 617.

Calificación jurisprudencial del sistema matrimonial español (1938-1978)

IVAN C. IBÁN

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL TRIBUNAL SUPREMO COMO ÚNICO ÓRGANO COMPETENTE PARA INTERPRETAR EL ARTÍCULO CUARENTA Y DOS DEL CÓDIGO CIVIL: a) El Tribunal Supremo como órgano competente para interpretar las leyes en el ordenamiento jurídico español. b) Ilegalidad de cualquier interpretación del artículo cuarenta y dos realizada por órgano distinto del Tribunal Supremo. c) Formas de interpretación de la ley.—III. LA INTERPRETACION DEL TÉRMINO «PROFESAR LA RELIGION CATOLICA» DEL ARTÍCULO CUARENTA Y DOS DEL CÓDIGO CIVIL: A) La jurisprudencia matrimonial desde 1938; B) Calificación jurisprudencial del sistema matrimonial español: a) Matrimonios contraídos durante la II República. b) Se plantea el problema del término «profesar la religión católica», pero no se resuelve. c) Se identifica el término «profesar la religión católica», con el hecho de ser católico. d) El matrimonio civil en España y el hecho de estar bautizado. e) Debe contraer matrimonio canónico aquel que practique la religión católica. f) La declaración de apostasía como requisito necesario para que los bautizados puedan contraer matrimonio civil. g) Se sustituye el término «profesar la religión católica» por el de «no ser apóstata», sin especificar su contenido. h) Validez de matrimonio civil celebrado en el extranjero por católico.—C) Conclusiones.

I.—INTRODUCCION

La regulación jurídica del matrimonio en España se ha visto muy afectada por la promulgación de la Constitución de 1978 (1), (1 bis),

(1) Vid., entre otros, IBÁN, Iván C., *El matrimonio en la Constitución*, «Revista de Derecho Privado» («R. D. P.»), LXIV, págs. 137-145; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *La nulidad del matrimonio después de la Constitución*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» («R. G. L. J.»), segunda época, LXXIX, págs. 3-24 y 177-230; PÉREZ LLANTADA Y GUTIÉRREZ, Jaime, *Matrimonio-Familia en la nueva Constitución española*, en *Lecturas sobre la Constitución española*, I, Madrid, 1978, págs. 85-122.

(1 bis) Con posterioridad a la redacción de este trabajo han aparecido los siguientes trabajos que inciden sobre la cuestión: DÍAZ MORENO, José Ma-

como ya ha demostrado la práctica (2) y se verá afectada en mayor medida cuando el texto constitucional se vea desarrollado en la legislación ordinaria. Tal vez las dos materias en las que el Derecho matrimonial español sufra mayores cambios, con respecto a la situación anterior, sean las de la disolución del matrimonio y de la calificación del sistema matrimonial (3). En el presente trabajo me referiré únicamente a la segunda cuestión.

La simple promulgación del artículo 32 de la Constitución —sin necesidad de esperar a su desarrollo en su grupo normativo— supuso una notable modificación en el sistema matrimonial español (4). Creo que cabe hablar de un cambio radical, del cierre de un largo paréntesis que se abrió el día 12 de marzo de 1938 (5). Ese período, de más de cuarenta años, que comienza con la Ley de derogación de la de Matrimonio civil de la II República española y que concluye con la Cons-

ria. *La regulación del matrimonio canónico*, en *Iglesia y Estado en España. Régimen jurídico de sus relaciones*, Madrid, 1980, págs. 127-164; LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, *Sistema matrimonial concordado. Celebración y efectos*, en *Los Acuerdos entre la Iglesia y España*, Madrid, 1980, págs. 291-331; NAVARRO VALLS, Rafael, *El matrimonio*, en *Derecho eclesástico del Estado español*, Pamplona, 1980, págs. 407-488; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede*, «Anuario de Derecho Civil», XXXIII, págs. 571-583, y REINA, Victor, *El sistema matrimonial español*, separata de *Los Acuerdos concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano*, Barcelona, 1980.

(2) Baste un solo ejemplo para probarlo: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (R. D. G. R. y N) de 6 de abril de 1979. Sobre esta R. D. G. R. y N. vid. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano, *A propósito de la Resolución de 6 de abril de 1979: El supuesto de matrimonio con divorciado*, «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense» («R. F. D. U. C.»), nueva época, 57, págs. 195-211; IBÁN, Iván c., *Matrimonio canónico, divorcio y Constitución*. (Comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 1979), «R. D. P.», LXIII, págs. 768-771.

(3) Para este concepto vid. IBÁN, Iván C., *Sistemas matrimoniales*, «Ius Canonicum» («I. C.»), XVII, 34, págs. 213-247.

(4) Vid., CARRIÓN, Salvador, *Notas sobre la evolución del sistema matrimonial español*, «Anuario de Derecho Civil» («A. D. C.»), XXXII, págs. 395-436; DE FUENMAYOR, Amadeo, *El marco del nuevo sistema matrimonial español*, «R. G. L. J.», segunda época, LXXIX, págs. 261-303; IBÁN, Iván C., *Sistemas matrimoniales, libertad religiosa y Constitución española*, «R. F. D. U. C.»), nueva época, I monográfico, págs. 75-90; IDEM, *El matrimonio...*, cit.; LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, *El matrimonio concordatario en el actual proceso legislativo español*, «I. C.»), XVIII, págs. 55-80; NAVARRO VALLS, Rafael, *El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978*, en *El hecho religioso en la nueva Constitución española. Trabajos de la XVI Semana Española de Derecho Canónico*, Salamanca, 1979, págs. 135-162.

(5) En tal fecha se promulga una ley que establece en su artículo 1.º: «Quedan derogadas la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 y las disposiciones dictadas para su aplicación.» Ciertamente esa ley no estuvo vigente en todo el territorio español hasta un año más tarde de su promulgación, pero el desenlace final de la guerra civil y la legislación posterior a dicho momento en materia de Derecho de familia, hace que tal norma deba ser considerada como vigente —de facto, si se quiere— desde la fecha de su promulgación. No obstante, como se verá más adelante, existen algunas excepciones a dicho planteamiento en la jurisprudencia.

titución de 1978 (6), será al que prestaré atención a lo largo de este trabajo.

Así, pues, no se trata de analizar el ordenamiento *in fieri*, ni tan siquiera el ordenamiento vigente en este momento, sino el atender al sistema matrimonial español de nuestra más reciente historia.

La historia del sistema matrimonial español en las cuatro décadas a las que vamos a atender es, en buena medida, la historia del artículo 42 del Código civil y de sus interpretaciones —entiéndase que me refiero al artículo 42 del Código civil vigente en ese período.

El artículo 42 del Código civil emplea un término —“profesar la religión católica”— que carece de un sentido claro en nuestro sistema jurídico; ese término, en sí mismo vacío de significado, ha pretendido ser completado por la Administración Pública, tanto a través de normas de aplicación general (7), como mediante R. D. G. R. y N. (8); igualmente la doctrina (9); y también los tribunales de justicia, y muy

(6) Tal vez algunos prefieran situar el término final en otro momento distinto: la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978, o la modificación de la regulación de dicha materia en el Código civil (C. c.), en trámite de elaboración parlamentaria al escribir estas líneas.

(7) Para un catálogo de tales disposiciones vid. IBÁN, Iván C., *Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870-1978)*, «A. D. C.», XXXII, págs. 83-175, en especial, págs. 128-175.

(8) Vid., entre otras, las de 17 de noviembre de 1946, 8 de marzo de 1950, 17 de abril de 1950, 5 de mayo de 1950, 7 de julio de 1952, 3 de diciembre de 1954, 17 de diciembre de 1954, 13 de octubre de 1959, 13 de enero de 1962, 8 de febrero de 1962, 4 de junio de 1962, 8 de junio de 1962, 25 de octubre de 1962, 3 de septiembre de 1963, 8 de octubre de 1963, 9 de julio de 1964, 3 de marzo de 1966, 14 de marzo de 1967, 21 de marzo de 1967, 3 de agosto de 1970, 27 de junio de 1972, 20 de octubre de 1973, 23 de marzo de 1976, 5 de abril de 1976 y 24 de agosto de 1976.

(9) Entre otras muchas y citando únicamente los trabajos específicamente dedicados a la cuestión, vid. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Contribución al estudio de los matrimonios civiles de católicos*, «Revista General de Derecho» («RGD»), XII, págs. 666-681; ALONSO PÉREZ, Mariano, *Matrimonio civil y divorcio*, en *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, págs. 39-74; ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Prueba de la acatolicidad a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Orden de 10 de marzo de 1941*, «Revista de Derecho Procesal», VII, págs. 339-341; ARECHEDERRA, Luis, *Formas y clases de matrimonio en el Derecho español. (Cotario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1967)*, «A.D.C.», XXV, págs. 1223-1244; ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, *El sistema matrimonial español y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ibídem, XXIX, páginas 941-965; BARCIA MARTÍN, Luciano, *Problemática del artículo 42 C. c. en relación con el derecho natural de libertad civil en materia religiosa. Extracto de tesis doctoral*, Santiago de Compostela, 1974; IDEM, *Matrimonio y libertad civil en materia religiosa. Problemática del artículo 42 del Código civil en relación con el derecho natural de libertad civil en materia religiosa*, Santiago de Compostela, 1976; CARRIÓN OLMOS, Salvador, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977; DE FUENMAYOR, Amadeo, *El matrimonio y el Concordato español*, «I.C.», III, págs. 251-418; IDEM, *El matrimonio como contrato civil*, «R.G.L.J.», segunda época, LXXII, págs. 93-110; DE FUENMAYOR CHAMFÍN, Amadeo, *El sistema matrimonial español (Comentario al artículo 42 del Código civil)*, Madrid, 1959; DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio civil y revisión del Concordato (Cuestiones en torno al artículo 42*

especialmente el Tribunal Supremo (T. S.). En este estudio me referiré a una de esas vías de interpretación, la que ha realizado el T. S. Así, pues, el objeto de este trabajo es el tratar de poner de relieve cuál ha sido el significado que nuestro más alto tribunal ha conferido al término "profesar la religión católica" del artículo 42 del Código civil, a través de las sentencias por él dictadas a lo largo de cuarenta años, es decir: la calificación jurisprudencial del sistema matrimonial español en el período 1938-1978.

En el próximo apartado trataré de hacer una brevísima valoración de la importancia de la interpretación jurisprudencial, y en el último se señalará cuál ha sido la respuesta dada por el T. S. al interrogante abierto por el artículo 42 del Código civil.

del Código civil), «A.D.C.», XXVIII, págs. 639-682; DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús, *El matrimonio civil en España, hoy, en Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, I, Madrid, 1976, págs. 539-565; IDEM, *Nulidad de matrimonio civil celebrado en el extranjero por la condición de católico del contrayente español (Notas a las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1974, 25 de septiembre de 1974 y 11 de marzo de 1975)*, «A.D.C.», XXIX, págs. 915-940; ESCUDERO ESCORZA, Fernando, *Matrimonio de acatólicos en España*, Vitoria, 1964; GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Matrimonio civil de acatólicos*, «A.D.C.», VII, págs. 115-147; IDEM, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959; GONZÁLEZ DEL VALLE, José M., *El sistema matrimonial español: Situación actual y perspectivas de reforma*, «A.D.C.», XXXI, págs. 71-110; HERNÁNDEZ ASCÓ, Miguel, *Problemas latentes en el sistema matrimonial español*, Valladolid, 1964; IBÁN, Iván C., *Matrimonio civil...*, cit.; LOMBARDÍA, Pedro, *Sobre el artículo 42 del Código civil*, en *Escritos de Derecho Canónico*, II, Pamplona, 1973, págs. 145-149; LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, *El matrimonio civil como subsidiario del canónico*, «R.G.D.», XI, págs. 594-603; IDEM, *Consultas gubernativas en el matrimonio civil por causa de obstáculo legal de profesión de la religión católica (Notas a la Resolución de la DGR de 27 de junio de 1972)*, «Anales de la Universidad de Murcia», XXX, Derecho, págs. 157-172; IDEM, *Matrimonio civil y obstáculo legal de profesión de la religión católica (Consultas, recursos gubernativos y procesos judiciales, según la resolución de la DGR de 27 de junio de 1972)*, «Revista Española de Derecho Canónico» («R.E.D.C.»), XXIX, páginas 111-123; LÓPEZ NIÑO, José María, *Los sistemas matrimoniales en el Derecho concordatario*, Madrid, 1971; MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, *Sobre los matrimonios civiles de españoles en el extranjero (A propósito de una nota reciente)*, «R.E.D.C.», IV, págs. 641-647; IDEM, *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*, «A.D.C.», VII, págs. 149-166; MONTERO GUTIÉRREZ, Eloy, *El nuevo Estado español y la institución matrimonial*, «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», 2, págs. 5-10; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS,, Manuel, *Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley del Matrimonio civil de 28 de junio de 1932. Notas a la Sentencia del T. S. de 25 de enero de 1956*, «A.D.C.», X, págs. 253-263; IDEM, *Matrimonio civil contraído de mala fe por católico mallorquín con norteamericana (S. T. 2 noviembre 1965)*, ibídem, XIX, páginas 888-900; PÉREZ MIER, Laureano, *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, «R.E.D.C.», XIV, págs. 131-214; PORTERO, Luis, *Sobre el matrimonio de apóstatas. Comentario a una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1961*, ibídem, XVI, págs. 153-169; ROMERO VIEITEZ, M. A., *Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español (Notas para su estudio dogmático)*, «R.D.P.», XXV, págs. 62-80 y 182-201; TOBAINA, Agustín, *El matrimonio canónico de los casados civilmente*, «R.E.D.C.», I, págs. 51-66, y VELLVE BUENO, Ernesto, *Matrimonio civil de acatólicos en España*, «R.D.P.», XLI, págs. 534-544.

II.—EL TRIBUNAL SUPREMO COMO UNICO ORGANO COMPETENTE PARA INTERPRETAR EL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL.

- a) *El Tribunal Supremo como órgano competente para interpretar las leyes en el ordenamiento jurídico español.*

Tres clases de interpretación de la norma se distinguen comúnmente en razón de su origen: auténtica, usual y doctrinal.

Se entiende por interpretación doctrinal la realizada por los autores; respecto a su eficacia, hay que señalar con el profesor De Castro que "tiene la autoridad que le dé el prestigio de su autor, pero ni siquiera la *communis opinio Doctorum* es decisiva" (10); son eficaces en el sentido de que necesariamente influirán, de una parte en el legislador para posibles modificaciones legislativas, y de otra en los tribunales, que serán los que en último extremo conectarán el Derecho con la realidad fáctica. Fuera cual fuere su importancia histórica, sea cual sea su importancia —grande— indirecta en la actualidad, lo que es un hecho es que la opinión doctrinal no es elemento decisivo en la aplicación inmediata de la norma positiva.

Interpretación auténtica es aquélla que realiza el propio legislador, no sólo por el nombre con el que es conocida, sino por la idea, en apariencia lógica, de que quién mejor que el que prescribió algo para determinar qué es exactamente lo que pretendía ordenar. Pero pienso que esta apreciación es inexacta.

En la actual concepción de una agrupación social organizada en Estado, tal postura está superada. La norma positiva, al dejar de ser proyecto y convertirse en ley (entiéndase en el sentido más amplio) queda separada del legislador. Si el legislador quiere volver sobre el tema, bien sea porque su incapacidad para legislar le ha hecho decir algo distinto de lo que quería decir, bien sea porque ha cambiado de opinión sobre cuál deba ser la solución adecuada, el método a emplear no es la interpretación, sino la reforma legislativa.

A este respecto es importante aludir a una habitual forma de interpretar/modificar. Me refiero a los supuestos "desarrollos" de una norma de rango superior, por otras de rango inferior. Este tema es de especial interés en el presente trabajo ya que los intentos de interpretar el artículo 42 del Código civil a través de normas de todo rango han sido continuos. El profesor De Castro es claro a este respecto "hay que advertir que la regla de categoría inferior no puede estimarse interpretación auténtica de otra de rango superior; pues tiene distinto origen (*auctor*). Quien dicte la nueva disposición tendrá una autoridad atendible, pero no tanta que elimine el respeto debido al verdadero significado de la disposición superior; puede tener un valor orientador pero no vinculante" (11). Volveré, con más detenimiento, sobre tan importante cuestión en el siguiente epígrafe.

(10) DE CASTRO Y BRAVO, Federico; *Derecho civil de España. Parte general*, I, libro preliminar, *Introducción al Derecho civil*, tercera edición, Madrid, 1955, pág. 520.

(11) *Ibidem*, pág. 519.

La tercera clase de interpretación es la realizada por los tribunales, recibiendo el nombre de interpretación usual. A propósito de la misma De Castro afirma: "no tiene valor decisivo más que para el caso decidido en la sentencia (artículo 1251 y 1252 C. c.)... La jurisprudencia del Tribunal Supremo es la única que puede llegar a fijar «doctrina legal»; pero la autoridad de las demás decisiones es muy respetable, tanto para la práctica (precedentes) como para la teoría" (12). Se analizará, pues, sólo el concepto de jurisprudencia del T. S. y su relación con el concepto de "doctrina legal".

"Una de las mayores dificultades para entender bien el significado de la jurisprudencia deriva de la frase «infracción de ley o de doctrina legal» usada por la Ley de Enjuiciamiento Civil, al señalar los motivos del recurso de casación (arts. 1687 y sig.). Autores muy respetables piensan que la doctrina legal es la doctrina de la jurisprudencia; con lo que también afirman el carácter de fuente jurídica de ésta, al ser su infracción motivo para casar la sentencia. Todo ello parece derivar de una confusión. Al crearse el Tribunal Supremo se siguió el modelo francés; y como en éste el primitivo recurso de nulidad tenía por principio el general respeto a la letra de las leyes y se daba así sólo frente a las sentencias que «fuesen contrarias a la Ley clara y terminante» (D. 4-11-1838). Desviación injustificada de la práctica tradicional española, y que por ello fue mal recibida. Pronto se cambia el sistema, mediante la admisión de recursos por infracción de «doctrina legal» (Ley de E. C., 5-10-1855); lo que significa, en opinión de los autores contemporáneos, evitar las malas o erradas «interpretaciones de las leyes y la inaplicación de los principios universalmente recibidos» (Pacheco, Gómez de la Serna). Este mismo criterio sigue la ley vigente (L. E. C. 3-2-1881) que no puede dudarse que distingue también entre la doctrina legal y la jurisprudencia. Pues dice: no se admitirá el recurso «cuando se citen como doctrina legal principios que no merezcan tal concepto o las opiniones de los jurisconsultos a los que la legislación del país no dé fuerza legal» (art. 1725, 10.º). La doctrina legal, mejor dicho, «las doctrinas legales» (art. 1692 L. E. C.) tienen valor normativo («ratio decidendi»); que se distingue del estricto de «la ley» (interpretación literal, «ley clara y terminante»); pero que son «las emanaciones de las mismas leyes», es decir, su sentido normativo directo o indirecto (interpretación declarativa, correctora, analogía); y que además comprende «los principios capitales», «los dogmas inconcusos de la ciencia del Derecho» (Gómez de la Serna).

La conexión y posterior confusión entre doctrina legal y doctrina jurisprudencial se produjo —y se explica— fácilmente. Un recurso basado en una interpretación arbitraria o absurda de una disposición legal debe rechazarse ya en el trámite de admisión. Para que un recurso por infracción de ley no sea rechazado, se requiere por la ley la concreción y exactitud de la cita (art. 4.º, 7.º, L. E. C.), y nada semejante se dice respecto a la doctrina. El Tribunal Supremo ha exigido (Ile-

(12) *Ibidem*.

nando la laguna de la ley) que la doctrina esté «autorizada»; entendiendo que lo está cuando se recoge en la doctrina jurisprudencial. Esta no es ya una doctrina que mana directamente de la ley, ni puede, por tanto, ser infringida; tiene, sin embargo, una gran autoridad (la del Tribunal que la crea), originando una presunción a favor de la interpretación o principio que ampare (doctrina legal), y facilita que se considere admisible el recurso y que pase a la decisión de la Sala (significado procesal)” (13).

Es un hecho legal que existe un recurso de casación por infracción de “doctrina legal”; es decir, los órganos judiciales de rango inferior al T. S. deben resolver conforme a la “doctrina legal”, ya que de no hacerlo así quedarán expuestos a que sus decisiones sean revisadas para ajustarlas a la “doctrina legal”; la “doctrina legal” —que no es ley— queda a efectos casacionales a nivel de la ley.

El problema será el de señalar qué se debe entender por doctrina legal, y algo aún más importante a efectos prácticos: ¿quién es competente para determinar qué es doctrina legal? Antes de tratar de responder a ambos interrogantes, algunas opiniones doctrinales permitirán enmarcar el problema en sus justos términos.

El profesor De Castro afirma que: “a) La doctrina legal es distinta y no debe confundirse con la doctrina jurisprudencial. b) La jurisprudencia no crea la doctrina legal, aunque tenga... gran importancia para su fijación” (14).

Por su parte, Albaladejo estima que el T. S. entiende por infracción de doctrina legal a efectos de casación la establecida por su jurisprudencia (15).

En su importante obra en torno a la jurisprudencia, Lalaguna alude al tema en repetidas ocasiones: “La doctrina legal [a efectos de recurso de casación] no es ley escrita ni pura creación jurisprudencial, pero su existencia depende tanto de la ley como de la jurisprudencia” (16). “El valor normativo de la doctrina legal, que es el aspecto principalmente destacado por nuestra doctrina científica, justifica su consideración como «fuente complementaria de la ley». En este sentido se afirma que la posición en nuestro ordenamiento de la llamada «doctrina legal» y «su absoluta equivalencia con la ley a efectos de fundamentar el recurso de casación» fuerza a interpretar el artículo 6 del Código civil «en el sentido de que por ley hay que entender simultáneamente el texto escrito y la jurisprudencia adherida al mismo por vía de interpretación aclaratoria o correctiva» (17)” (18):

(13) IDEM, *Compendio de Derecho civil. Introducción y Derecho de la persona*, quinta edición, Madrid, 1970, págs. 114-115.

(14) IDEM, *Derecho civil...*, cit., pág. 561.

(15) Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil, I, Introducción y Parte general*, volumen primero, *Introducción y Derecho de la persona*, séptima edición, Barcelona, 1980, pág. 145.

(16) LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969, pág. 55.

(17) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, «Revista de Administración Pública», 1963, núm. 40, pp. 196-197. Es nota de LALAGUNA.

(18) LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 61.

"Por este camino, la noción de «doctrina legal» se aproxima a la noción de «fuente del Derecho» en sentido técnico, pero se aleja de la significación creadora de la interpretación como experiencia jurídica" (19). "Pero esta *conversión* de la «doctrina legal» en «ley» se debe rechazar. Para la modificación de la ley en un plano general está ya el poder legislativo. Para la aplicación de la ley, confiriéndole un grado de practicidad adecuado a la solución de singulares conflictos de intereses, es necesaria esa cercana contemplación de los hechos que sólo puede proporcionar la jurisprudencia" (20). "En particular hay que advertir que todo el valor normativo insito en la «doctrina legal» es una consecuencia de la tarea de interpretación: ese valor normativo no lo adquiere la «doctrina legal» de una manera abstracta, como la ley, sino anudado muy precisamente a la estructura fáctica de la situación jurídica concreta en la que se fragua la doctrina legal como criterio de decisión. La radical vinculación a los hechos y la libertad de la interpretación son características esenciales en la formación de la «doctrina legal», que la distinguen netamente de las fuentes de Derecho y justifican que el tribunal Supremo no quede vinculado por sus propias decisiones" (21).

No se puede entrar aquí en la conceptualización exacta de la "doctrina legal" (ello corresponde a la Teoría General del Derecho), ni en su articulación práctica en juicio (ello corresponde al Derecho procesal). Solamente pretendo emitir unas opiniones personales, aunque influidas —obviamente— por el sentir general de la más autorizada doctrina.

Jurisprudencia y doctrina legal no son, "legalmente", términos sinónimos. Existen decisiones jurisprudenciales que no son doctrina legal y la doctrina legal no se configura solamente con la jurisprudencia.

La aplicabilidad, a efectos prácticos, de la doctrina legal es encomendada por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, por la vía del recurso de casación, al T. S.; y en la práctica es el T. S. el que determina qué debe entenderse por doctrina legal.

La pretensión de este apartado es determinar cuál es la importancia de nuestro más alto Tribunal en la configuración exacta de un precepto legal que no parece claro. Más en concreto, determinar qué posible valor tendrá la forma de entender el T. S. un término tan ambiguo como el de "profesar la religión católica", empleado en el artículo 42 del Código civil. Son varios aspectos los que hacen que las decisiones del T. S. revistan una especial importancia: entre ellos ocupa un destacado lugar la doctrina legal.

Dos puntos de contacto, en momentos y con finalidades distintas, tiene el T. S. con la doctrina legal. Tomemos como referencia un caso concreto.

Planteados un recurso de casación por infracción de doctrina legal, el T. S. deberá de decidir si el Tribunal inferior —contra cuya deci-

(19) *Ibíd.*, pág. 62.

(20) *Ibíd.*, pág. 63.

(21) *Ibíd.*, pág. 64.

sión se recurre— ha violado la doctrina legal. Si el T. S. estima que tal violación se ha producido dictará nueva sentencia, que deberá ajustarse a tal doctrina legal, revocando la decisión del Tribunal inferior; así pues, el T. S. tendrá una primera intervención directa, y tal intervención se concretará en la aplicación de la doctrina legal.

Pero no es éste, su aplicación, el único punto de conexión entre doctrina legal y T. S. En este supuesto en el que el T. S. casa una sentencia de órgano inferior por infracción de doctrina legal, es obvio que habrá que determinar cuál es la doctrina legal que resulta aplicable. El problema, antes que al T. S. se le plantea al propio recurrente, el problema es destacado por el profesor De Castro, en sus justos términos, con las siguientes palabras: "La Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1729) exige, para que un recurso de casación se admita, señalar concretamente el artículo o disposición cuya infracción se alegue; nada dice, en cambio, sobre el modo de mencionar o concretar la doctrina legal" (22), la solución adoptada en la práctica es indicada más adelante: "para llenar esta laguna y evitar que resultase inútil el trámite de admisión, el Tribunal Supremo ha exigido que, cuando se trate de doctrina legal no notoria, se autorice su cita con la aportación de la jurisprudencia que la recoja" (23). Es decir, se entenderá por doctrina legal lo que el propio T. S. entendiera por tal en sentencias anteriores (24).

Es ésta, pues, la doble vía de actuación del T. S. en contacto con la doctrina legal. Directamente la aplica (sentencia en la que admite el recurso de casación por infracción de doctrina legal), y en un momento anterior la forma (conjunto de sentencias anteriores que ahora son invocadas). En el bien entendido de que la sentencia que resuelve el caso concreto, aplicando la doctrina legal recogida en sentencias anteriores, pasará a formar "doctrina legal" para sentencias posteriores.

En definitiva, la sentencia que admite un recurso de casación por infracción de doctrina legal tiene una doble fuerza: una presente (exclusiva de dicha sentencia) aplicando a un caso concreto la doctrina legal; otra diferida (común a todas las sentencias emanadas del T. S.) al conformar la doctrina legal.

Es un hecho, que se demuestra en el siguiente apartado, que el T. S. ha interpretado el término "profesar la religión católica" del artículo 42 del Código civil dotándolo de contenido. Trataré de resumir, poco más que un mero esquema, cuál puede ser el auténtico valor de tales interpretaciones.

Creo que se deben de separar dos niveles:

- 1.—En un caso concreto.
- 2.—A nivel general.

(22) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil...*, cit., pág. 569.

(23) *Ibidem*.

(24) «El Tribunal Supremo ha exigido (llenando la laguna de la ley) que la doctrina esté «autorizada»; entendiéndolo que lo está cuando se recoge en la doctrina jurisprudencial». *IDEM*, *Compendio...*, cit., pág. 114.

1.—*Ante un caso concreto*

Pretendo recoger en este nivel aquellos supuestos en que la actuación jurisprudencial se refleja en una sentencia que resuelve una situación específica concreta.

La controversia jurídica que exige la actuación del poder judicial, se plantea en un primer momento en tribunales inferiores al T. S. Esos tribunales producirán una decisión (sentencia), que vendrá necesariamente influida por las alegaciones de las partes, y en la formación de tales alegaciones influirá a su vez la jurisprudencia (25); así pues, aun antes de dictar sentencia, la jurisprudencia actúa de la mano de los abogados. En el momento de redactar la sentencia el Tribunal inferior vuelve a tener en cuenta la jurisprudencia (26), ello por un doble motivo; en primer lugar, un Tribunal, al plantearse la interpretación de una expresión como la que ahora nos ocupa, no puede actuar con absoluta libertad e independencia, sus interpretaciones no pueden ser absolutamente originales. La interpretación no se puede realizar aislada del ordenamiento, que no es estático, y debe tomar como punto de referencia otras interpretaciones anteriores; entre ellas ocupa un especial lugar la realizada por el T. S., que servirá de ejemplo (27). Pero hay un segundo motivo para que el Tribunal inferior ajuste su interpretación a la del T. S., es la razón ya señalada que se deriva del recurso de casación por infracción de doctrina legal. Si el Tribunal pretende que su decisión surta efecto, que no sea revocada, debe ajustarse a la doctrina legal, en cuya formación ocupa lugar destacado el T. S.

Una vez obtenida la decisión del Tribunal, o tribunales, inferior, el caso controvertido puede llegar ante el T. S. En ese estadio es evidente que la interpretación del T. S. será la válida.

Así pues, en un supuesto concreto en el que sea necesario interpretar el término "profesar la religión católica" del artículo 42 del Código civil, la jurisprudencia interpretadora actuará cumulativamente por estas vías:

- 1.^a—Al ser citada en las alegaciones de las partes.
- 2.^a—En la formación de las sentencias de los Tribunales inferiores:
 - a) Para lograr una coherencia en el ordenamiento.
 - b) Para lograr que su decisión sea eficaz no siendo derogada por infracción de doctrina legal.

(25) «Desde un punto de vista práctico, no cabe la menor duda que la jurisprudencia tiene un extraordinario valor. Los abogados y los juristas prácticos la utilizan cotidianamente como materia de argumentación». DÍEZ-PICAZO, Luis, 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, 1977, pág. 132.

(26) «Los tribunales la recogen [a la jurisprudencia] para fundar en ella sus propias sentencias». *Ibidem*.

(27) «Entre las varias formas posibles de interpretación, la realizada por el Tribunal Supremo es una forma ejemplar de interpretación». LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 329.

3.^a—En la formación de la sentencia del T. S.:

- a) Porque ella misma es la interpretación jurisprudencial.
- b) Por vía del recurso de casación por infracción de doctrina legal:
 - a') Al admitir o denegar tal recurso.
 - b') Al "recibir" las anteriores interpretaciones jurisprudenciales que han conformado la doctrina legal.
 - c') Al participar en la formación de la futura doctrina legal mediante la presente sentencia.

2.—A nivel general

Aunque tal vez sea cierto que "el valor de la jurisprudencia radica, no en crear normas jurídicas de carácter general, sino en condicionar la eficacia de las mismas mediante su interpretación" (28), no es menos cierto que la jurisprudencia trasciende en su eficacia de la simple resolución de un caso concreto. La jurisprudencia ayuda a conformar el ordenamiento. La polémica doctrinal acerca de si la jurisprudencia es o no fuente del Derecho deriva precisamente de ahí. Todos los autores coinciden en señalar la importancia que la jurisprudencia tiene en la conformación del ordenamiento, lo único que ocurre es que para algunos sólo las fuentes del Derecho tienen tal fuerza y por lo tanto deben considerar a la jurisprudencia como tal.

Pero es que incluso la jurisprudencia tiene una innegable fuerza indirecta en la formación y aplicación de las tres fuentes (indubitadas) del Derecho:

1.º *En la Ley*

"Los Tribunales, por su constante e inmediata relación con los problemas jurídicos de la vida, están en una situación inmejorable e, incluso, superior, en cierto modo, a aquéllas en que se encuentra el legislador a los efectos de ver las deficiencias del Código y de injertar en su articulado nuevos preceptos que lo revitalicen e impidan su alejamiento, cada vez mayor con el transcurso de los años, de las necesidades de la práctica" (29). Esa cualidad —contacto directo con la realidad jurídica que tienen los tribunales no puede ser desaprovechada por el legislador, pues aunque "la primera actitud que el legislador puede adoptar frente al cometido y función de la jurisprudencia cabe, sin duda, que sea de desconfianza y recelo" (30), "la auténtica postura del legislador español no es de desconfianza y hostilidad ante la obra de nuestros Tribunales, sino que trata de conciliar las funciones de ambos, de forma que, en lugar de rígida separación,

(28) OGAYAR Y AYLÓN, Tomás, *Las fuentes del Derecho en el Novísimo Título Preliminar del Código Civil*, en *Libro-homenaje a Ramón María Roca Sastre*, I, Madrid, 1976, pág. 652.

(29) ALVAREZ VIGARAY, Rafael, *Las mutuas influencias entre la legislación y la jurisprudencia*, en *Ibidem*, págs. 830-831.

(30) *Ibidem*, pág. 826.

lo que halla es ayuda y colaboración mutua, y especialmente que los Tribunales auxilian al legislador en el sentido de que éste haga suyos y se enriquezca con logros y realidades jurisprudenciales" (31).

El legislador, al reformar una disposición legal o al dictar una complementaria de las ya vigentes, debe atender al "resultado" que dieron en la práctica; nada mejor que atender a cómo fueron aplicadas por los tribunales; los criterios interpretativos de la jurisprudencia deben servir como importante punto de referencia en las tareas legislativas.

El T. S. no sólo tiene que interpretar y aplicar la ley, también debe colaborar en su formación.

2.º En la costumbre

"La concepción de la jurisprudencia como fuente de normas consuetudinarias... se acoge después de la vigencia del Código en obras de carácter teórico y también, aunque en posición aislada, por algún civilista" (32).

"Pero, según la opinión dominante, la consideración de la jurisprudencia como costumbre... es insostenible" (33).

Si bien es cierto que las sentencias no hacen costumbre —hacen jurisprudencia, que ya es bastante—, no es menos cierto que es a la jurisprudencia a la que corresponde aplicar esa "norma creada e impuesta por el uso social" (34). Como ha señalado De Castro, "los Tribunales exigen que quien alega una costumbre debe probar su existencia" (35), y añade "en la práctica se utilizarán los medios ordinarios de prueba que el Tribunal de instancia podrá apreciar libremente y de acuerdo con las circunstancias de cada caso" (36). Lo que es tanto como afirmar: 1.º Que corresponde a quien alegue la costumbre probar su existencia y cualidad de tal; y 2.º Que corresponde al Tribunal el determinar, en libertad, si se dan los requisitos que permitan hablar de costumbre.

Las decisiones jurisprudenciales no forman costumbre, pero a ellas corresponde determinar qué tendrá consideración de costumbre. Si se me permite diré que son los Tribunales los que fijan la costumbre, si bien apoyándose en la realidad sociológica que hace que surja pero no que sea efectiva.

Se excusa un tratamiento más detallado de la costumbre por un doble motivo: 1.º No constituye, ni tan siquiera indirectamente, objeto de este estudio; y 2.º Porque su importancia práctica es secundaria y decreciente (37).

3.º En los principios generales del Derecho

Recoge nuestro Código civil, como fuente supletoria de segundo grado a los principios generales del Derecho.

(31) *Ibidem*, págs. 829-830.

(32) LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 126.

(33) *Ibidem*, pág. 127.

(34) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Compendio...*, cit., pág. 90.

(35) *IDEM*, *Derecho Civil...*, cit., pág. 444.

(36) *Ibidem*, págs. 446-447.

(37) *Vid.*, *IDEM*, *Compendio...*, cit. pág. 89.

¿Qué son los principios generales del Derecho? No conozco una definición más clara, tras su aparente inconcreción, que la del profesor De Castro: "Son como el aire en que jurídicamente se vive" (38).

Creo innecesario el advertir que las decisiones de nuestro más alto Tribunal, son un elemento importante en la composición de tal "atmósfera jurídica". Pero aparte de dicha importancia, difícilmente cuantificable, que se deriva del prestigio del T. S., se produce otra vía, de más clara percepción, por la que jurisprudencia y principios generales se conectan: la aplicación práctica de los principios generales.

La doctrina refleja tal punto con meridiana claridad, lo cual me exime de ulteriores precisiones. Para Díez-Picazo, "la jurisprudencia tiene una muy notable misión cuando a falta de especiales normas legales o consuetudinarias, ha de llevar a cabo la decantación y aplicación de los principios generales del Derecho" (39); por su parte, Lalaguna estima que "la posibilidad de renovación de nuestro sistema por la acción de los principios generales del Derecho en el terreno de la interpretación queda encomendada a la jurisprudencia. Si algo significan esos principios es precisamente que la realización del Derecho no es una suma de aplicaciones estrictas de la ley sino un quehacer constructivo de la jurisprudencia" (40), o, más brevemente, "la valoración de los límites de aplicabilidad de las leyes y la posibilidad de una *interpretatio juris* a través de los principios generales del Derecho se confía a la jurisprudencia" (41), D'Ors concreta con claridad: "El artículo 1692 de la L. E. C. no... menciona para nada [a los principios generales del Derecho]; pero el Tribunal Supremo tiene establecida la doctrina de que los principios generales, para poder dar lugar a casación de la sentencia que no los observa, deben haber sido recogidos o por la Ley o por la doctrina legal. Así, pues, a efectos de casación, los principios generales se absorben en la ley o la doctrina llamada legal" (42). El punto relativo a la doctrina legal ya fue tratado anteriormente y por ello no es necesario volver sobre él.

Pienso que ha quedado suficientemente probada la veracidad de la siguiente afirmación de Lalaguna: "la consideración de la jurisprudencia como doctrina o criterio de interpretación de los Tribunales es sólo un aspecto de la actividad jurisdiccional" (43).

No se entienda que se pretende desorbitar al valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quede clara mi adhesión a las siguientes palabras del profesor De Castro: "según nuestra concepción jurídica, la aplicación de las normas supone una actividad creadora en cuanto que interpreta, da sentido, desarrolla y completa la ley; pero no significa conceder un poder arbitrario al juez para basar la sentencia

(38) *Ibidem*, pág. 97.

(39) Díez-Picazo, Luis, en *Comentarios...*, cit., pág. 133.

(40) Lalaguna, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 181.

(41) *Ibidem*, pág. 175.

(42) D'Ors, Alvaro, *Para una interpretación realista del artículo 6 del Código civil Español*, en *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Milano, 1962, páginas 122-123.

(43) Lalaguna, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 40.

en sus particulares sentimientos o en sus utópicos ideales de legislador; se le confiere el *officium* de *cooperar* en la realización del Derecho, y en el cumplimiento de esta labor está sometido a las leyes y guiado por los principios generales del Derecho" (44).

Para resumir, en escasas ideas, qué es lo que se ha pretendido decir en este apartado, transcribiré las opiniones de dos autores, repetidamente citados: "La función que se asigna [a la jurisprudencia en el ordenamiento español vigente] es la de complemento o de integración del ordenamiento jurídico. No crea las fuentes de éste, pero le sirve de complemento" (45), o como afirma Albaladejo: "[La] importancia [de la jurisprudencia del T. S.], *de hecho*, es decisiva, en cuanto que, siendo el Tribunal Supremo el último escalón en nuestra organización judicial, si en un caso da determinado sentido a una norma jurídica, tal sentido prevalece en él, aun en el supuesto de que sea equivocado. Por ello hasta se puede decir, si se quiere, que, de hecho, la jurisprudencia es más importante que la norma jurídica en sí, pues prevalece —que es lo que prácticamente importa— no en el sentido que la norma tiene, sino el que la jurisprudencia le atribuye" (46).

b) *Ilegalidad de cualquier interpretación del artículo 42 realizada por órgano distinto del Tribunal Supremo.*

Parece necesario el explicar, en primer lugar, qué es lo que se pretende decir con el título de este epígrafe, en apariencia, tal vez, injustificado.

Si se entiende por interpretar, "como señala su etimología, mediación, modo de transmitir o hacer conocer el pensamiento entre dos seres" (47), es evidente que tal tipo de significado de la expresión "interpretar" impide que, en principio, una interpretación, sea cual fuere, sea ilegal.

Si se restringe el contenido de la interpretación al campo jurídico, consistente en "determinar por los signos externos el mandato contenido en la norma" (48), el problema plantea otros aspectos.

Empleo el término ilegalidad, no como prohibición legal de que se realice la interpretación, sino como prohibición legal de que tal interpretación goce de aplicabilidad general. En efecto:

Desde una perspectiva jurídica, y en un Estado moderno, el problema de quién puede determinar el mandato contenido en una norma, debe quedar, en una primera fase, restringida a los siguientes posibles intérpretes:

- 1.—La doctrina de los autores.
- 2.—La Administración Pública.
- 3.—El Parlamento.
- 4.—Los tribunales y jueces, excluido el T. S.
- 5.—El Tribunal Supremo.

(44) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil...*, cit., pág. 517.

(45) DÍEZ-PICAZO, Luis, en *Comentarios...*, cit., pág. 137.

(46) ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, cit., págs. 135-136.

(47) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil...*, cit., pág. 495.

(48) *Ibidem*.

1.—*La doctrina de los autores*

La doctrina de los autores es básicamente interpretación. El tratado, la monografía, el escrito jurídico no son otra cosa que un intento de interpretar la norma, o el ordenamiento. La tarea doctrinal no acaba en ese punto; una vez fijado lo que la norma prescribe, se deberá señalar la meta a alcanzar, y proponer la vía para alcanzarla, pero eso es otro tema.

El autor no sólo puede, sino que debe interpretar las normas, pero su interpretación sólo tendrá el valor que su propio prestigio le conceda. No tendrá valor ni tan siquiera para la resolución de un caso concreto, y, naturalmente, carecerá de aplicabilidad general.

2.—*La Administración Pública*

La Administración puede intervenir por dos vías en la interpretación, y ninguna de ellas es auténtica interpretación.

Como colegislador (empleo este término en un sentido distinto del habitual, y que quedará claro inmediatamente), es decir, proponiendo normas que más adelante el Parlamento transformará, de meros proyectos, en efectivas normas.

En ese supuesto, si el ejecutivo pretende interpretar no será tal lo que hace, lo único que el ejecutivo hará será legislar. Legislar en un campo en el que no se había legislado, o modificar la legislación vigente, pero nada más.

En otras ocasiones la Administración pretende actuar como "legislador"; básicamente: los Decretos, Ordenes acordadas en las comisiones delegadas del Gobierno, Ordenes ministeriales y Resoluciones o acuerdos.

Dado que en lo relativo al artículo 42 del Código civil las dos vías empleadas habitualmente para su "interpretación" han sido las Ordenes ministeriales y las Resoluciones, a ellas habrá que atender.

En otro lugar (49) he analizado el alud de Ordenes ministeriales que han pretendido interpretar el artículo 42 del Código civil. No volveré sobre ellas, pero trataré, una vez más, de situarlas en su lugar.

Las primeras Ordenes ministeriales que interpretan el 42 surgen para resolver un caso concreto. No obstante su vocación de particularidad, se exorbitó su alcance y pasaron a ser de aplicación general. Así, pues, doble violación del sistema: de una parte interpreta quién no es competente para interpretar, de otra se aplica una solución particular a un problema general.

De entre las Ordenes ministeriales que nacieron con vocación de universalidad cabe destacar la de 10 de marzo de 1941. Si en otros supuestos cabía excusar el intento de interpretar, el intento —logrado, desafortunadamente, en la práctica— de violentar no sólo el espíritu sino, incluso, la letra del 42, por la Orden de 10 de marzo de 1941,

(49) IBÁN, Iván C., *Matrimonio civil...*, cit.

merece muy duros calificativos. La orden del 41 es contraria a la ley, es ilegal, es nula de pleno Derecho; no se puede desprender de ello otra conclusión que el grave peligro que plantea una situación de un poder ejecutivo hipertrofiado, que ocupa ilegítimamente ámbitos jurídicos que no le corresponden.

La actividad resolutoria de la Administración Pública, en el campo del sistema matrimonial, ha venido monopolizada por la Dirección General de los Registros y del Notariado; confrontando las R. D. G. R. y N. con las Ordenes ministeriales hay que reconocer que no han caído en la ilegítima pretensión de ser de aplicación general directamente. La pretensión de obligatoriedad general se ha realizado de una forma más sutil e inteligente: pretendiendo crear jurisprudencia. En efecto:

La continua cita en una Resolución de anteriores Resoluciones, recuerda al método empleado por la jurisprudencia para convertir en "doctrina legal" sus anteriores sentencias. La única diferencia es que las R. D. G. R. y N. no son jurisprudencia.

La más prestigiosa doctrina deja claro tal punto; así, Albaladejo dice con acierto: "la jurisprudencia es sólo la que proviene del Tribunal Supremo, cualesquiera otras sentencias o decisiones del tipo que sea (resoluciones, acuerdos, órdenes, circulares, instrucciones, etc.) procedentes de otros centros u organismos (Abogacía del Estado, Dirección General de los Registros y del Notariado, etc. no son jurisprudencia" (50); en el mismo sentido —aunque refiriéndose específicamente a la doctrina legal— Lalaguna afirma: "no tienen valor de doctrina legal... las doctrinas contenidas en resoluciones de la Dirección General de los Registros, porque estas resoluciones no forman jurisprudencia en el sentido propio de la palabra" (51). La autoridad de la doctrina sentada por el profesor De Castro puede ser también traída a colación, en el mismo sentido, "no tienen valor de doctrina legal: a) Las opiniones de los autores, tratadistas y jurisconsultos, por muy respetables que sean, si no están admitidas en tal concepto por la jurisprudencia... b) Las órdenes del Poder ejecutivo y las circulares e instrucciones dictadas por la Administración. d) La doctrina sentada por los abogados del Estado. c) Las resoluciones de la Dirección General de los Registros, «por respetables que sean, dada la cultura jurídica de aquel centro», ni las «resoluciones de los centros directivos»" (52).

3.—El Parlamento

Aunque no sea plenamente exacto, a estos efectos podemos identificar Parlamento y legislador (con las excepciones, antes señaladas, en las que la Administración Pública actúa como legislador).

En este sentido, no plantea ninguna duda que no corresponde —en

(50) ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, cit., págs. 129-130.

(51) LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., págs. 55 y 57.

(52) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil...*, cit., pág. 563.

nuestro sistema jurídico— al Parlamento interpretar las normas, la misión que nuestro sistema encomienda al Parlamento es hacer las leyes, no interpretarlas. Cuando en 1958 —o en 1981— el legislador fija su atención en el artículo 42 del Código civil no lo interpreta, lo modifica.

4.—*Los tribunales ordinarios*

Los tribunales ordinarios ejercen una función interpretadora perfectamente legítima. Lo que ocurre es que, de una parte, tal función interpretadora sólo puede ser realizada en la resolución del caso concreto y no con vocación de universalidad, y de otra parte su interpretación debe de tratar de ajustarse a la que adoptaría el T. S. ante una situación análoga, pues en caso contrario correría el riesgo de que su sentencia fuese revocada. Ambos temas fueron tratados en el epígrafe anterior, y por eso no es necesario volver sobre ellos.

5.—*El Tribunal Supremo*

Que corresponde al T. S. interpretar las normas y que la interpretación surgida como consecuencia de la resolución de un caso concreto adquiere una validez general por diversas vías, son dos hechos demostrados en el anterior epígrafe.

Sólo señalaré que tal privilegiado lugar del T. S. deriva no sólo de las leyes (53), sino, y tal vez en mayor grado, de una decisión del propio T. S. Como ha señalado el profesor De Castro: "ha sido el mismo Tribunal Supremo el que de modo paulatino ha ido imponiendo la superioridad de sus fallos, para, al fin, recabar el monopolio de la formación de la jurisprudencia o —como, con menos precisión, se dice— de la doctrina legal.

Pronto empieza a destacarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a adquirir predominio sobre la de las Audiencias, sobre todo por su cometido de unificarla. Las cuestiones de competencia, por su especial carácter, permiten que se declare, más de una vez, *que las sentencias del Tribunal Supremo de justicia, además de resolver las cuestiones concretas a que se refieren, deben servir de reglas a los jueces en casos análogos.*

En fin, la autoridad preponderante del Tribunal Supremo y el hecho de no publicarse las sentencias de los Tribunales inferiores, harán que el Tribunal Supremo reclame para sí el monopolio de formar doctrina legal a los efectos de casación" (54), o más brevemente "la mayor eficacia de la jurisprudencia reside en la autoridad del Tribunal Supremo" (55).

(53) «El valor de la doctrina jurisprudencial reside en la misión encomendada a nuestro más alto Tribunal de "formar, jurisprudencia" (artículo 1.782 L.E.C.)». *Ibidem*, pág. 568.

(54) *Ibidem*, pág. 562. El subrayado el mío.

(55) *Ibidem*, pág. 570.

Los juristas deben dedicar su atención a esclarecer el contenido normativo, pues así colaborarán eficazmente con el T. S., a efectos de que éste pueda realizar la justicia aplicando el Derecho, facilitándole nuevos instrumentos. Pero su interpretación sólo será eficaz (legal, en el sentido en el que aquí se ha empleado el término) en la medida en que sea adoptada por el T. S., en que sea "jurisprudencializada" —valga la expresión.

La Administración Pública, tiene una importante misión para lograr la aplicación de las leyes, debe transformar ese proyecto de actuación, que toda ley es, en algo operativo, mediante su desarrollo (p. ej., mediante Ordenes ministeriales); pero su labor es de mero desarrollo, no puede innovar, no puede violentar el contenido de la norma, no puede (es ilegal) contradecir el sentido que tiene la norma interpretada por el T. S. (56). La Dirección General de los Registros y del Notariado tiene una misión que cumplir en la aplicación del 42 del Código civil, pero en sus resoluciones no puede apartarse de la interpretación que del mismo haya hecho el T. S.

El Parlamento, si no considera adecuado el sentido que el T. S. da a la norma, debe reformar tal precepto, evitando la figura que permita la interpretación que él considera inadecuada. Pero eso no es interpretar.

Los Tribunales ordinarios deben interpretar la ley al conectar la realidad fáctica con la norma jurídica. Pero no deben apartarse de la jurisprudencia no sólo por razones prácticas (evitar la casación), sino porque deben interpretar la norma, y la norma está formada por la ley y la interpretación que de la misma haga el T. S.

Sólo pretendo señalar que, en definitiva, cualquier interpretación es lícita en sí misma; pero cualquier interpretación distinta de la realizada por el T. S., que es lícita, será ilegal (contraria al sistema jurídico) si pretende lograr una aplicabilidad general. Sólo la interpretación que el T. S. haga podría pretender, en los términos vistos, ser de aplicación general.

c) *Formas de interpretación de la Ley*

No se pretende, en este epígrafe, acometer la tarea de realizar un cuadro de las diversas teorías en torno a la interpretación, las diversas técnicas interpretativas, o las distintas clases de interpretación. Y ello por dos motivos: de una parte, constituye un trabajo que tiene escaso interés directo en el presente estudio; de otra parte, tal trabajo ha sido realizado en reiteradas ocasiones por la doctrina (57), y nada nuevo se aportaría.

(56) «Lo que introduce en la realidad el oficio judicial no son sólo decisiones singulares, sino también precisiones normativas que, en relación con el sentido general de los textos legales "aplicados", constituyen en alguna manera nuevas normas». LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 103.

(57) Puede verse un lúcido y breve resumen en DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Compendio...*, cit., págs. 101-111.

Lo único que se pretende realizar aquí, es el explicar un hecho. Partiendo de la necesidad de interpretar el término "profesar la religión católica" del artículo 42 del Código civil, y del hecho —demostrado en los dos anteriores epígrafes— de que tal misión interpretadora corresponde, en nuestro sistema jurídico, al T. S. Alguna razón debe justificar la existencia de interpretaciones diversas de un mismo término, y por la misma institución.

El T. S. ha interpretado la expresión "profesar la religión católica" como se verá en el siguiente apartado, y la ha interpretado de diversas maneras. Señalar cuáles pueden ser las razones, de carácter general, que motiven interpretaciones diversas, por un mismo organismo, y de un mismo término, es la tarea que ahora se pretende acometer.

Un buen punto de partida para el razonamiento puede ser el conjunto de afirmaciones contenidas en el siguiente texto de Díez-Picazo:

"Todo, Juez..., al mismo tiempo que trata de adaptar a cada caso concreto los criterios de decisión enucleados en las normas, es decir, al mismo tiempo que «interpreta» las normas, se convierte en el portavoz o, si se prefiere, en el oráculo —es decir, en el intérprete— de un conjunto de formulaciones de valor vigentes de la comunidad en que él vive. Piensa y decide que es más justo y más benigno entender la norma equis de una determinada manera y, por lo tanto, decidir el caso concreto planteado de una determinada manera, porque así lo exigen esas formulaciones de valor vigentes en un mundo en el cual él participa. Y, si no nos engañamos, esa es la única instancia que legitima y justifica el conjunto de normas y decisiones: las creencias y las convicciones tenidas por válidas en una determinada comunidad" (58).

Como señala Díez-Picazo, los dos grandes soportes en los que el juzgador debe apoyar su labor interpretativa son la norma y la moral vigente. Tratemos de precisar el contenido de ambos soportes (que, tal vez, no son más que uno sólo).

El no jurista, al enfrentarse a la expresión norma jurídica, tiende —en nuestro mundo jurídico— a identificarla con precepto escrito. La primera actitud del jurista, ante tal identificación, es rechazarla de plano; pero tal actitud es igualmente errónea. La norma no es sólo el precepto escrito, pero no es algo ajeno al precepto escrito.

No pretendo defender un estéril e inoperativo legalismo (*ita scriptum est*), pero el desacuerdo con un legalismo no se puede transformar en una defensa a ultranza de un radical sistema de "derecho libre".

La ley (en el sentido de disposición positiva escrita), es un elemento básico que el juez en su cotidiana tarea no puede ignorar. La Ley de Enjuiciamiento civil, el Código penal y la Ley de Arrendamientos urbanos, pueden no ser *el* Derecho, pero sin duda, son Derecho.

Lo primero que el juez debe buscar es la ley aplicable al caso controvertido; lo primero que el juez debe hacer, cuando se solicita su intervención para anular un matrimonio civil en razón de que una de

(58) Díez-PICAZO, Luis, *Prólogo* a LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., págs. 13-14.

las partes profesaba el catolicismo, es abrir el volumen en el que esté recogido el Código civil por la página en la que esté el artículo 42 de dicho Cuerpo legal. Encontrado tal precepto, comenzará la labor creadora de la jurisprudencia, pero el encontrar el artículo 42 es un paso previo a cualquier tarea posterior. El juez no puede ignorar que en un lugar de la legislación existe un precepto que es aplicable al caso controvertido.

La primera tarea del juzgador es encontrar la norma aplicable, y una vez encontrada, tratar de desentrañar el contenido de la misma. Esa norma siempre requerirá de una interpretación; tal vez sea cierto que "*in claris non fit interpretatio*", pero, ¿se produce en algún caso esa claridad?, ¿puede el legislador con antelación—incluso de siglos—plantearse un supuesto de hecho futuro y resolverlo con toda claridad? Creo que se me concederá que la respuesta adecuada es la negativa.

Una vez localizado el precepto aplicable es necesario descubrir "el sentido objetivo de la norma en su original designio, esto es, en su *ratio legis*" (59); como ha señalado el profesor De Castro: "antes de intentar averiguar el sentido de una norma es preciso saber qué es lo que se busca a través de los signos que la exteriorizan, qué es lo que se estima como la esencia de la norma... La esencia de la Ley, lo que le da valor jurídico en su *ratio*, que determina su *vis directiva*. El contenido de la Ley se centra, realmente, en su *fin jurídico*, esto es, en el fin inmediato o propósito organizativo concreto propuesto y en el fin mediato, general e implícito de dictarse para el bien común y para la mejor realización de la justicia" (60).

Lo que el juez debe buscar en la norma es su sentido, ya que "la norma jurídica —y en especial la ley— es una regla que contiene un sentido, y un sentido jurídico propio" (61). Pero no basta con descubrir —¿intuir?— el sentido del precepto aislado. No basta con descubrir, en nuestro ejemplo, que el artículo 42 del Código civil establece que entre los súbditos del ordenamiento español algunos tienen vedado el acceso al matrimonio civil (y que esto lo dice el artículo 42 no ofrece, para mí, ninguna duda); será necesario además determinar quiénes son esos súbditos. Y eso no se puede —no se debe al menos— deducir del mero análisis del artículo 42.

Un precepto legal no es un compartimento estanco aislado del resto, es un elemento (para el caso concreto, en el que resulta aplicable, de gran importancia), de una realidad, no sólo sociológica —que esto se verá más adelante— sino meramente legislativa. Es esto lo que quiere decir sin duda Lalaguna cuando habla de "la interna vinculación de la norma al sistema jurídico, incesantemente renovado por la acción directa del poder legislativo" (62). Y esto no requerirá de ulteriores precisiones si volvemos a nuestro ejemplo.

El juez de 1976 y el de 1979 que tiene que resolver un problema que atañe al artículo 42 del Código civil no resolverá de la misma ma-

(59) LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 159.

(60) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil...*, cit., págs. 512-513.

(61) *Ibidem*, pág. 513.

(62) LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 159.

nera. Su cambio de actitud resolutoria no se deberá a un cambio en el entorno sociológico del que participa, eso influye pero requiere más de un trienio; su cambio de actitud será, más simplemente, consecuencia de un cambio legislativo. El artículo 42 del Código civil es el mismo en 1976 y 1979. Pero la Constitución de 1978 introdujo un nuevo elemento en la legislación española: la libertad religiosa, que necesariamente influye en la interpretación jurisprudencial.

Pero no basta con descubrir la norma aplicable, desentrañar su contenido y ponerla en contacto con el resto de la legislación; hay que ponerla en contacto con el ordenamiento.

Una vez más debo acudir al profesor De Castro, para evitar largas explicaciones que él, magistralmente, resume en pocas palabras.

"El sentido de una ley no está creado sólo por ella, sino que resulta de su puesto en el ordenamiento; lugar y significado tampoco fijos o invariables, sino que pueden cambiar, en función de la situación actual de la norma en el ordenamiento jurídico.

Esta *variabilidad* de la interpretación no es una invención anarquizante de la escuela del Derecho libre, sino que resulta de la propia naturaleza del Derecho. La autoridad que da valor a la ley no es la del antiguo soberano, sino la de quien le mantiene hoy en vigor; la razón que justifica la ley no es el porque se diera en el momento de su promulgación, sino el valor que tenga y conserve en el ordenamiento actual, aquello en que pueda continuar sirviendo al bien común y a la Justicia.

La interpretación de la ley no es una investigación histórica, y es necesario reconocer que el sentido de una ley puede variar; pero esta variación no es presumible ni admisible arbitrariamente; el principio de seguridad jurídica mantendrá el sentido originario, aceptado en la vida jurídica, y sólo se admitirá su sustitución por otro cuando sea impuesto por nuevas leyes o por principios superiores...

Mediante la interpretación se busca el fin jurídico (sentido normativo) de la ley; como ésta no es un fin en sí misma, sino parte del plan jurídico para la organización de la sociedad, se debe investigar el fin que tiene o le corresponde en el ordenamiento, considerado éste en su totalidad; no sólo el fin inmediato de la norma, sino también el mediato o general (servir al bien común)...

El único procedimiento interpretativo adecuado a la naturaleza de las normas es, pues, el *finalista* o teleológico; que, además... es... el más respetuoso hacia la autoridad del legislador" (63).

"Para determinar la regla jurídica aplicable será, pues, preciso tener en cuenta la unidad del ordenamiento jurídico y que ni los artículos de un texto ni las leyes pueden entenderse ni aplicarse aisladamente, que hay que tener en cuenta todo el Derecho positivo vigente, en relación y dependencia respecto a los principios jurídicos fundamentales" (64).

Nada tengo que añadir.

(63) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil...*, cit., págs. 513-515.

(64) *Ibidem*, pág. 512.

Junto a la norma (la ley en el ordenamiento), un segundo soporte sirve de base a la labor interpretativa del juzgador: la moral vigente.

Entiendo la moral vigente en el sentido de costumbre (*mos, mo- ris*), de conjunto de valores vividos por una comunidad en un momento dado. En realidad la separación entre norma y moral no es exacta, y sólo será válida por razones metodológicas. (No me refiero solamente a la "legalización" de una forma de vida, a través de la costumbre. La moral vigente forma parte del ordenamiento en su devenir, siquiera sea como elemento impulsor).

El juzgador, al interpretar, no puede olvidar ese conjunto de valores vividos en una comunidad en un momento dado. Como señala, con acierto Lalaguna "[La actividad interpretadora viene condicionada por]... la posición crítica del intérprete, que se define no sólo en función de su educación jurídica y de las características técnicas propias de su oficio, sino también en función de la estructura social en la que existencialmente se halla inmerso" (65), y añade: "el intérprete encuentra... inicialmente centrada su labor en... comprobar si la significación original de la norma ha sido o no objetivamente alterada por efecto de cambios sobrevenidos en el orden social o en el orden jurídico" (66).

Pero el que se señale la importancia de la moral social como elemento integrador de la actividad jurisprudencial, no implica que se caiga en la frecuente equivocación de subordinar la ley y el juez al sentir social de cada momento.

El Derecho no es el resultado de un labor estadística y el juez no es el encargado de elaborar tal estadística. No niego la importancia que pueda tener la consulta a los miembros de una comunidad acerca de su sentir frente a una regulación jurídica concreta, su posterior objetivación numérica, y su tabulación para hacerla operativa. Pero eso será útil para el legislador, no para el juez. No se puede confundir el Derecho (y otras muchas cosas) con la estadística; no sólo porque, como dijera Disraeli, "existen tres tipos de mentiras: mentiras, grandes mentiras y estadísticas", sino porque existen unos valores superiores (sean cuales sean) a los que el Derecho debe tender.

En definitiva, el intérprete de la ley debe de realizar todo un amplio conjunto de tareas integradoras. Comprendido el supuesto de hecho que debe juzgar, pasará a buscar la disposición aplicable a tal caso, y una vez encontrada pasará a ponerla en contacto con el supuesto de hecho; pero esa conexión no es automática, el precepto no regula —nunca— el supuesto de hecho exacto. Debe interpretar, debe descubrir qué es lo que el precepto pretende decir *hoy* con respecto a la regulación de tal supuesto de hecho; para ello se deberá desentrañar el contenido de la norma, empleando diversos elementos: el propio texto de la ley, las interpretaciones anteriores de ese mismo precepto, el conjunto de normas que tienen relación directa con el precepto aplicable, la totalidad del ordenamiento y el espíritu que de él se des-

(65) LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 159.

(66) *Ibidem*, págs. 159-160.

prende, el contorno sociológico real en que se ha desenvuelto el supuesto de hecho, etc. No son esos elementos aislados, su intercomunicación es múltiple, pero todos ellos —y otros muchos— deben ser tenidos en cuenta por el juzgador; para que así, mediante la aplicación del Derecho, se logre la finalidad del Derecho: la Justicia.

III.—LA INTERPRETACION DEL TERMINO "PROFESAR LA RELIGION CATOLICA" DEL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL

A) LA JURISPRUDENCIA MATRIMONIAL DESDE 1938

La II República había introducido en la legislación española una figura completamente nueva: el divorcio (67). Asimismo privó de efectos al matrimonio canónico (68), situación también nueva en el sistema normativo español, salvo el breve paréntesis abierto con la Ley de 18 de junio de 1870.

Una de las primeras preocupaciones del régimen vencedor en la guerra civil fue el desmontar el sistema jurídico elaborado por la República. Ello se logró mediante una legislación precipitada y muy defectuosa técnicamente.

En un período de tiempo inferior a una década, la legislación matrimonial española ve aparecer y desaparecer —y esto con notable imperfección técnica— dos instituciones esenciales para la conformación del Derecho de familia: el matrimonio civil obligatorio y el divorcio. Cualquier cambio legislativo brusco supone un aumento de la actividad jurisprudencial sobre la materia modificada; si este cambio es doble y de sentido contrario será fácil comprender la abundancia de jurisprudencia sobre la materia, así como el hecho de que la actividad relativa a matrimonios contraídos en tal época, llegue hasta nuestros días.

La jurisprudencia matrimonial del T. S. de las última cuatro décadas está formada en una gran parte por sentencias relativas a situaciones jurídicas surgidas al amparo de una legislación más tarde desaparecida. Existe, aunque no muy numerosa, una jurisprudencia que incide en el tema central de este trabajo: la interpretación del término "profesar la religión católica"; su análisis pormenorizado será realizado más adelante, pero junto a ella una jurisprudencia matrimonial no específica sobre tal extremo permite delinear la actitud de nuestro más alto Tribunal ante la institución matrimonial. Al análisis de tal jurisprudencia estarán dedicadas las próximas líneas.

La desaparición de la institución del divorcio supuso casi inmediatamente un conjunto de problemas a los que trató de hacer frente el legislador, sin conseguir en ocasiones otra cosa que aumentar la confusión al respecto. La jurisprudencia relativa a este extremo es abundante y se extiende desde los primeros momentos postbélicos hasta la actualidad.

(67) Ley de 2 de marzo de 1932.

(68) Ley de 28 de junio de 1932.

Las primeras sentencias del T. S. (S.T.S.) sobre la materia —S.T.S. 26-IV-40, S.T.S. 28-XI-40 y S.T.S. 12-III-42— están encaminadas a señalar la imposibilidad de tramitar demandas al amparo de la Ley de Divorcio. En fecha reciente se sigue aludiendo al tema: "nuestro sistema legislativo imperante en materia de matrimonio, es absolutamente opuesto a la disolubilidad del vínculo, sin que contra ello pueda prevalecer la L. 2 marzo 1933, que ha sido derogada" (69).

La declaración de nulidad de sentencias de divorcio plantea también algunos problemas a los que tiene que hacer frente el T. S., así, por ejemplo, cuando declara que "es obligatorio para la Audiencia... dictar sentencia declarando la nulidad de la del divorcio o la disolución de la unión civil, y no puede declarar otra cosa" (70).

La eficacia de sentencias de divorcio cuya declaración de nulidad no se ha solicitado es tema que también es planteado, y así el T. S. declara en Sentencia de 16-VI-44 que la partición de bienes realizada con motivo de un divorcio en 1933 debe ser respetada. La validez de la sentencia de divorcio de matrimonio canónico es reconocida directamente en S.T.S. 31-V-54. Y en el mismo sentido S.T.S. 4-VI-64, al declarar que no produce efectos civiles el matrimonio canónico seguido de divorcio durante la II República, siempre que no se haya solicitado la nulidad de la sentencia de divorcio (71). Incluso a las sentencias de divorcio no ejecutadas se les conceden algunos efectos; así, por ejemplo, en S.T.S. 4-V-65, que considera disuelta la sociedad de gananciales después de haberse dictado sentencia de divorcio (en 1933), aunque no fuese ejecutada. La posible eficacia de efectos de prueba de adulterio, de una sentencia de divorcio que así lo declaraba, viene señalada en S.T.S. 14-I-56. La no absoluta retroactividad en el caso de declaración de nulidad de la sentencia de divorcio es recogida en S.T.S. 17-I-62.

Algunas precisiones acerca del artículo 6 de la Ley de 8 de mayo de 1939 vienen realizadas en S.T.S. 6-VI-49, S.T.S. 15-III-69 y S.T.S. 25-X-72.

El T. S., en casación, en S.T.S. 1-XII-54, declara la nulidad de la sentencia de separación dictada durante la II República al amparo del artículo 1.º de la Ley de 23 de septiembre de 1939.

En Sentencia de 18-III-54, el T. S. declara que no podrá ser reconocido como hijo natural el concebido por varón divorciado civilmente de matrimonio canónico, ya que el matrimonio canónico subsiste a pesar de dicho divorcio; y todo ello sin indicar que la sentencia de divorcio hubiese sido anulada, lo que permite suponer que no lo había sido. Parece que el no conceder eficacia a tal sentencia de divorcio supone una contradicción con respecto a otras sentencias —señaladas más arriba— que sí la conceden. Y desde luego está en contradicción con S.T.S. 5-VI-50 que declara la inexistencia del delito de aban-

(69) S. T. S. 5-IV-66.

(70) S. T. S. 17-III-51.

(71) Un comentario a esta sentencia puede verse en DÍEZ-PICAZO, Luis. *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, III, segunda edición, Madrid, 1976, págs. 32-35.

dono de familia ya que existía una sentencia de divorcio no anulada con posterioridad.

La posibilidad de que se conceda la nulidad de un matrimonio civil, sin que se conceda la de la sentencia de divorcio canónico que lo possibilitó, es admitida en S.T.S. 26-IV-43.

La derogación de la Ley del Divorcio da, pues, lugar a una jurisprudencia bastante numerosa. Jurisprudencia que supone en muchos casos la concesión de una cierta eficacia a sentencias de divorcio, y ello aunque previamente hubiesen sido declaradas nulas.

Una fuente habitual de problemas en el ámbito del Derecho de familia está constituida por la introducción de un elemento extranjero. Bien que uno de los contrayentes sea extranjero; bien que el matrimonio se celebre fuera del territorio nacional, ya sea entre nacional y extranjero, ya sea entre nacionales; bien la decisión de un tribunal extranjero de conceder un divorcio; éstos y numerosos casos más suponen graves dificultades para la aplicación del Derecho español. El T. S. ha debido resolver estos problemas de Derecho internacional privado, bien aplicando las soluciones legisladas, bien supliendo las lagunas legislativas.

Las primeras sentencias, en materia matrimonial, del período estudiado aquí, en las que hay un elemento de extranjería, presentan junto a este problema el expuesto en las líneas anteriores: derogación de la Ley de Divorcio.

La S.T.S. de 12-III-42 declara la invalidez de divorcio en el extranjero de matrimonio canónico aún a pesar de "que al ser planteada la demanda en octubre de 1932 había sido incorporado a nuestro derecho el divorcio vincular" y ello porque "la legalidad entonces vigente ha sido derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939 que restableció las normas del Código civil referentes al matrimonio y divorcio, y a esta Ley habría de darse en el caso de autos efectos retroactivos por el sentido que la inspira, como afectada por el orden público".

La S.T.S. de 23-II-44 señala la posibilidad de disolver uniones civiles de personas divorciadas de anterior matrimonio canónico al amparo de la Ley de Divorcio; incluye también los supuestos en que uno de los cónyuges es extranjero. Doctrina en que se ratifica el propio T. S. en Sentencia de 12-V-44.

Con respecto a los posibles efectos de sentencia de divorcio dictada por tribunal extranjero durante la vigencia de la Ley de Divorcio, encontramos una postura más flexible en S.T.S. 13-III-69, con motivo de un doble recurso de casación a sentencia de la audiencia sobre juicio de nulidad de adopción.

La Sala de lo Penal del T. S. ha tenido que plantearse en numerosas ocasiones temas relativos a la validez de matrimonios en razón de que tal hecho es requisito para la existencia de determinados delitos: bigamia, parricidio, abandono de familia, etc. Es un hecho que la validez y subsistencia de un vínculo matrimonial es cuestión ajena a la jurisdicción penal y por ello el T. S. no entra a resolver tal extremo.

En S.T.S. de 6-VI-45 se resuelve —desestimando— un recurso de casación por inaplicación de precepto legal, contra sentencia de la Audiencia absolutoria del delito de bigamia y promovido por el Ministerio Fiscal. El hecho que se plantea es la existencia o no de tal delito al contraerse matrimonio canónico existiendo un matrimonio civil anterior celebrado en el extranjero; el procesado es absuelto por falta de dolo, sin que se entre a analizar la posible invalidez del primer matrimonio. Otro supuesto en el que tampoco es planteable la validez o invalidez de un matrimonio es el recogido en S.T.S. 17-IV-56 en recurso de casación contra sentencia resolutoria de juicio sobre *litis expensas*; el supuesto es, en este caso, un matrimonio celebrado en el extranjero por divorciada de canónico.

En S.T.S. 29-IX-61 se declara nulo un matrimonio celebrado en Bulgaria conforme al rito judío por no alegar que la legislación búlgara concede efectos civiles a un matrimonio religioso —el Derecho extranjero debe ser probado—. Lo que supone que no se considera nulo el posterior matrimonio civil celebrado en España.

La S.T.S. 14-XI-63 declara la nulidad por defecto de forma de un matrimonio civil contraído por españoles en el extranjero. El defecto alegado es el no haberse contraído ante el funcionario indicado en el artículo 100 del Código civil, sin entrar "a examinar la aplicabilidad del derecho vigente en 1914 [fecha en que se contrae] acerca de la obligación de contraer canónicamente aquéllos que profesan la religión católica" (72).

La nulidad e inexistencia de un matrimonio civil por defecto formal es problema planteado también en el proceso que finaliza con S.T.S. 2-XI-65 (73).

Otros casos de sentencias del T. S. relativas a Derecho matrimonial en las que existe un elemento extranjero son las de 29-V-70, 7-III-72 y 22-XI-77.

Desde la promulgación de la Ley de Matrimonio civil, y hasta su derogación, el único matrimonio que producía efectos civiles era el matrimonio civil. Pero, sin embargo, el hecho de que no se concediesen efectos civiles al matrimonio canónico no impidió que se celebrasen varios de ellos; si iban seguidos de un matrimonio civil —entre los mismos cónyuges, se entiende— no planteaba ningún problema. Los problemas surgían cuando se contraía exclusivamente matrimonio canónico. Dichos matrimonios no tuvieron ninguna relevancia en su momento —ello es evidente—; sin embargo, más tarde se les concedió validez. No expondré cuál es la solución legislativa que se dio, pues la legislación no es el objeto del presente estudio. Me limitaré a señalar las sentencias del T. S. más importantes que inciden sobre el tema.

(72) ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, *El sistema...*, cit., pág. 958. Puede verse un amplio comentario de esta sentencia en DÍEZ-PICAZO, Luis, *Estudios...*, cit., págs. 27-30.

(73) Un comentario a la misma puede verse en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Matrimonio...*, cit.

El ámbito de aplicación del artículo 2.º de la Ley de 12 de marzo de 1938 viene descrito en S.T.S. 31-III-64 en estos términos: "al disponer el art. 2.º de la Ley de 12 de marzo de 1938 que «los matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la de 28 de junio 1932 producirán todos los efectos civiles desde su celebración», no limitó su eficacia y alcance a los que afectasen a la validez del vínculo contraído, relaciones paterno-filiales o de índole puramente familiar, sino que extendió su contenido a cuantos derechos y obligaciones regulaban dicha institución el Derecho civil común o foral, con anterioridad a la promulgación de la norma que dejaba sin vigor".

Una S.T.S. de 24-II-58 desestima un recurso de casación por infracción de ley, interpuesto contra sentencia de la Audiencia absoluta del delito de abandono de familia. El matrimonio ante el que nos encontramos es un matrimonio canónico celebrado el 16 de mayo de 1935, por lo tanto un matrimonio que no tuvo ninguna eficacia civil en el momento de su celebración. Sin embargo, no es ésta la causa aducida —la inexistencia civil de tal matrimonio religioso en el momento de su celebración— para afirmar la inexistencia del delito. Ante esto se puede afirmar que tal matrimonio es válido para el T. S.

Una solución idéntica es adoptada en S.T.S. 30-III-60 al señalar que "no puede alegar la procesada la creencia de hallarse disuelto el anterior matrimonio [un matrimonio canónico en 1933], pues para admitir tal supuesto es preciso que se apoye en muy robustas presunciones" y el T. S. no considera suficiente el hecho de que tal matrimonio se contrajese en un período en el que no tenía ninguna eficacia civil.

En S.T.S. 28-IX-64 se produce un supuesto de hecho y una solución prácticamente iguales.

Un supuesto de hecho similar se encuentra en S.T.S. 9-VI-75: dos matrimonios canónicos, y uno de ellos contraído en 1934. No se entra, sin embargo en el análisis de si hay o no delito de bigamia —que es lo que da origen al juicio— pues, en cualquier caso, el delito había prescrito.

Si los matrimonios canónicos celebrados con anterioridad al 18 de julio de 1936 son considerados como válidos, con mayor razón lo serán aquéllos celebrados en la zona republicana, durante el desarrollo de la guerra civil; tal es el caso de los matrimonios a los que se alude en S.T.S. 13-III-62 y S.T.S. 21-XII-63.

Por lo tanto, es evidente que el T. S. aplica a este respecto la legalidad impuesta por la Ley de 12 de marzo de 1938. Esto supone que los matrimonios canónicos contraídos en el período transcurrido entre la Ley de 28 de junio de 1932 y la Ley derogatoria, fueron nulos desde el momento en que se contrajeron hasta el 12 de marzo de 1938, y a partir de ese momento fueron válidos. Desde luego, los matrimonios canónicos contraídos con posterioridad a tal Ley en cualquier zona del territorio nacional tuvieron plena eficacia civil.

La jurisprudencia a este propósito es abundantísima (74). Tal vez,

(74) No se mencionarán ahora las sentencias objeto de análisis en el

como resumen de la misma, sirvan estas frases de S.T.S. 29-V-64: "ni el Codex Juris Canonici promulgado por la Constitución Apostólica Providentísima Mater de S.S. Benedicto XV, cuando establece de acuerdo con las reglas consignadas en los números 3 y 11 del Decreto *Ne Temere* de Pío X de 2 de agosto de 1907, como única forma válida de matrimonio para los católicos, el contraído antes las Autoridades eclesiásticas (Cánones 1094 y 1099), ni el Concordato concordado con la Santa Sede en 27 de agosto 1953, ratificado en 26 de octubre siguiente, por el que el Estado español reconoce la plenitud de los efectos civiles a tales uniones conyugales y la competencia de los Tribunales de la Iglesia en las causas relativas a su nulidad y se obliga a abolir cuantas disposiciones legales o reglamentarias se opongan a su contenido ni aun siquiera la L. 12 de marzo de 1938, que derogó la de 28 de junio de 1932, declaran nulos y sin eficacia jurídica los celebrados civilmente durante la vigencia de esta última de 1932, tanto porque no contiene ninguna norma específica que lo disponga ni son susceptibles de aplicación retroactiva conforme a lo prescrito en el artículo 3.º del Código civil, como porque dicho Texto Canónico y Concordato, no originan por sí mismos el nacimiento de acciones ejercitables ante la jurisprudencia ordinaria al haberse limitado el legislador respecto al primero a concederle el paso mediante el Real Decreto de 19 de mayo de 1919 y circunscribir su aplicación a los vínculos estrictamente canónicos sin extenderse a los restantes que se sustrajeron a su alcance y contenido por la regla 11 núm. 3 del Decreto *Ne Temere* y párrafo 2.º del canon 1099 y al integrar el último un mero compromiso adquirido por los poderes públicos de acomodar la legislación vigente sobre tal materia y en especial el título IV, del libro I, del Código mencionado a las disposiciones consignadas en el Protocolo concertado".

Son muy numerosas las sentencias en las que, en contra de la pretensión del demandante o del demandado, se declara la validez de matrimonios civiles contraídos durante la República. Así, la S.T.S. 24-XI-43 declara la existencia del delito de bigamia al haberse contraído matrimonio canónico subsistiendo el civil contraído durante la República. Ante un supuesto de hecho similar se encuentra la S.T.S. 29-XI-44, si bien en este caso no se estima la existencia de tal delito por ausencia de dolo específico, ya que "el cura párroco que había de autorizar el sacramento [el segundo matrimonio, que es el matrimonio canónico]... no sólo expresó su creencia de que podían casarse los procesados, sino que posteriormente procedió a la celebración del matrimonio".

En S.T.S. 30-VI-52 se declara, en línea similar, que habrá abandono de familia si no se atiende económicamente al cónyuge e hijos de matrimonio civil contraído en 1932.

El 14-VII-53 se produce una sentencia en el T. S. de singular im-

segundo epígrafe de este apartado. Es decir, aquellas sentencias en las que se pretende obtener la nulidad del matrimonio civil contraído durante la República en razón del hecho de la profesión del catolicismo.

portancia; transcribiré *in extenso* alguna de sus frases más significativas:

”El [matrimonio] civil existente... que cuando se contrajo era el único que estimaba nuestra legislación de entonces como legítimo y para el que no existía por lo tanto el impedimento dirimente establecido en el artículo 51 del Código civil, ha pasado al empezar a regir dicha Ley a ser un segundo matrimonio, un segundo matrimonio [había un matrimonio canónico de junio de 1937, el civil es de julio de ese mismo año] al que afecta tal impedimento, lo que da lugar a la primera y más trascendental de las cuestiones planteadas en este recurso, o sea, la de decidir si es de aplicación a este matrimonio lo establecido en el artículo 51 citado o lo prevenido en el 69 del mismo cuerpo legal, y teniendo en cuenta que el primero de dichos preceptos se refiere al caso de que uno de los cónyuges al contraer matrimonio estuviera ya casado legítimamente, *lo que no ocurría cuando se celebró este matrimonio civil por tener en aquel tiempo sólo un carácter sacramental el matrimonio canónico*, y que era cuando se contrajo y muchos meses después en el tiempo en que fueron concebidas las dos hijas de este matrimonio, el único con efectos civiles que existía, no puede aplicarse a esta unión civil esa disposición por referirse a otro supuesto, y es por el contrario el artículo 69 el aplicable, pues por su carácter general comprende todos los casos de nulidad de matrimonio establecidos en el Código civil por impedimentos dirimientes que no sea la concretamente prevista y sancionada en el artículo 51”.

No entraré en el tema de si es adecuada la solución de no aplicar el artículo 51. Lo que considero importante ahora, es señalar que a tenor de la frase subrayada un matrimonio canónico contraído en el año 1937 —después del 18 de julio de 1936— es considerado como incapaz de producir efectos civiles.

Solución similar es adoptada en S.T.S. 22-III-56.

En el mismo año se marca una regla general en S.T.S. 27-XII-56: ”la validez y eficacia de... [un] matrimonio ha de ser analizada conforme a las disposiciones legales que la regulasen en la fecha de ser contraído y las dictadas con posterioridad”. Es decir, se reconoce la posibilidad de que la legislación matrimonial tenga carácter retroactivo, pero la alusión a ”las disposiciones legales que lo regulasen en la fecha de ser contraído”, parece indicar que en el caso de no señalarse expresamente la retroactividad de la norma posterior, será de aplicación la norma vigente en el momento de contraerse.

La S.T.S. 14-I-55 estima la existencia del delito de bigamia por contraer matrimonio canónico en 1944 habiéndose contraído civil en 1932. También S.T.S. 2-I-57 considera que existe dicho delito, si bien en este caso el matrimonio civil se ha contraído en marzo de 1938 —no se especifica en qué zona.

Ahora bien, el hecho de que se reconozca la validez de los matrimonios civiles contraídos al amparo de la legislación republicana no implica el que se admita que tal es la legislación aplicable al matrimonio en su desarrollo —o, con otras palabras, la legislación republicana

sería aplicable al matrimonio *in fieri*, no al matrimonio *in facto esse*—, especialmente en lo que se refiere a la indisolubilidad, tal es el sentido de S.T.S. 5-III-57 (75).

De hecho hay sentencias del T. S. posteriores a la guerra civil en las que se aplican —indicándolo expresamente— las normas republicanas; así, por ejemplo, S.T.S. 26-XI-57, al decir: "el artículo primero regla sexta de la Ley de matrimonio civil de 8 de junio de 1932 bajo cuya vigencia se celebró el matrimonio de autos, prescribe que este acto se celebrará en la forma prevenida en el artículo 100 del Código civil".

Otras sentencias en las que se reconoce la validez de los matrimonios civiles contraídos durante la República son las siguientes: S.T.S. 3-XII-57, S.T.S. 29-IX-58, S.T.S. 5-III-59, S.T.S. 18-III-60, S.T.S. 26-IV-60, S.T.S. 24-II-62 y S.T.S. 10-VI-72. El supuesto de hecho habitual que da lugar a tales sentencias es la existencia de un matrimonio civil contraído al amparo de la legislación republicana, y su pretendida nulidad para evitar la condena bien por abandono de familia, o bien por bigamia (si es seguido de un nuevo matrimonio, generalmente canónico). Muchas de las sentencias son absolutorias, pero no en razón de la nulidad del matrimonio civil, sino en razón de la ausencia de dolo específico.

La S.T.S. 14-IV-43 considera que un matrimonio civil posterior al 18 de julio de 1936, contraído en zona gubernamental, es válido, y, por tanto, hará surgir el delito de bigamia. La fecha 18 de julio de 1936 parece no tener especial trascendencia, a estos efectos, para esta sentencia; por el contrario, es considerada como fecha clave por S.T.S. 22-III-45. Postura opuesta a S.T.S. 14-IV-43 acerca de la validez del matrimonio es adoptada por S.T.S. 12-XI-47, que considera hijos naturales a los de un matrimonio civil contraído en circunstancias similares.

En apariencia existe una doctrina muy vacilante en el T. S. acerca de la validez de los matrimonios civiles contraídos durante la guerra. Tal vacilación tal vez sea sólo aparente, pues su análisis se hace muy difícil en razón de que son escasas las sentencias en las que se explican los hechos con la suficientes claridad como para determinar si el matrimonio se realiza al amparo de la legislación republicana o bien en la llamada zona nacional, se pueden ver a este propósito de las ya citadas S.T.S. de 27-I-56, 23-X-57, 18-III-63 y 22-IV-69.

La posibilidad de trazar una línea evolutiva en la jurisprudencia del T. S. sobre la materia aparece aún más difícil cuando nos encontramos con sentencias en las que se refieren a matrimonios civiles sin especificar si se han contraído durante la vigencia de la Ley de 1932 o en otro período; así ocurre en las S.T.S. de 18-II-42, 19-VI-45, 22-II-64, 18-IV-66, 16-II-70 y 8-IV-75.

(75) Parece importante señalar que en esta sentencia el T. S. se muestra partidario de la consideración del matrimonio como institución, en efecto, así lo hace al afirmar: «La concepción social que ha prevalecido, frente al matrimonio contrato ha elevado el matrimonio "institución" formado por un conjunto de reglas de Derecho esencialmente imperativas».

La S.T.S. 9-II-54 resuelve un caso infrecuente en la jurisprudencia matrimonial. Los hechos son los siguientes: el día 28 de enero de 1936 A y B contraen matrimonio civil, y el 29 del mismo mes y año lo contraen canónico. El 7 de julio de 1947 el Tribunal Eclesiástico de la Diócesis de Madrid-Alcalá decreta la nulidad del matrimonio. La Audiencia considera que tal nulidad sólo alcanza al matrimonio canónico. En casación el T. S. afirma: "conforme al preciso sentido de lo ordenado por [la Ley de 12 de marzo de 1938] no es posible admitir que declarado nulo el matrimonio canónico celebrado por los litigantes subsista entre éstos el vínculo civil"; y continúa más adelante: "la declaración de nulidad de matrimonio... [produce] su principal efecto, que es el de disolver el vínculo". Del texto de la sentencia —cuya transcripción completa parece innecesaria— resulta difícil dilucidar si lo que ocurre es que el matrimonio civil es nulo y así lo declara el T. S. o bien que el matrimonio civil es nulo y así lo declaró el Tribunal del Arzobispado.

De ser correcta la primera hipótesis, resulta sorprendente que el T. S. declare la nulidad sin aducir causa alguna de tal nulidad. De ser cierto lo segundo, ello implicaría que los tribunales eclesiásticos eran competentes para declarar la nulidad de matrimonios civiles —lo que, en todo caso, sólo sería cierto para los matrimonios canónicos en forma civil.

Nada se puede deducir del tenor de la sentencia que permita descubrir cuál es la postura adoptada por el T. S. respecto a tal extremo.

La solución aparece mucho más clara años más tarde, cuando el T. S. casa una sentencia de la Audiencia sobre nulidad canónica en forma civil; transcribiré las dos sentencias del T. S. de 27-V-67.

— Primera sentencia:

"CONSIDERANDO: que decretado por la jurisdicción eclesiástica que el matrimonio civil celebrado entre los hoy litigantes e inscrito como tal en el Registro Civil, es verdadero matrimonio ante la Iglesia Católica pero afectado del impedimento dirimente de disparidad de cultos, e instada su ejecución ante la jurisdicción civil fue denegada por el juzgador «a quo» por cuanto se trata de un matrimonio civil sobre el que carece de competencia el Tribunal eclesiástico, y contra esa denegación se interpone el presente recurso que, en su único motivo, basado en el artículo 1695 de la L. E. Civ. denuncia la violación de los artículos que cita del Concordato, del Código de Derecho canónico y del civil, al dictarse una resolución contradictoria con lo ejecutoriado.

CONSIDERANDO: Que al adaptarse al Concordato de 1953 los preceptos del Código civil por la Ley de 24 de abril 1958, y modificarse, entre otros de dicho cuerpo legal, el artículo 80, éste, en su nueva redacción, atribuye a la jurisdicción eclesiástica competencia exclusiva para conocer de las causas matrimoniales, por lo que siempre que un matrimonio merezca la calificación de canónico según el derecho de la Iglesia, será competente la jurisdicción eclesiástica, para conocer las causas que puedan dimanar de él, competencia que sólo

puede discutirse mediante la interposición del recurso de fuerza en conocer, que pudo formularse y no se utilizó, y como los Tribunales civiles no pueden enjuiciar la actividad de los eclesiásticos ni menos decidir sobre los efectos, cualesquiera que sean, atribuidos al juicio canónico, es claro que el denegar la ejecución amparado en una supuesta incompetencia, no planteada en forma legal, es un procedimiento irregular que no puede ampararse, y por ello, al no poder desconocerse la eficacia de la resolución canónica, se han cometido las infracciones que este motivo denuncia, lo que impone su estimación con los pronunciamientos del artículo 1745 de la ley procesal.”

— Segunda sentencia:

”CONSIDERANDO: Que tanto el concordato vigente como el Código civil reconocen la competencia exclusiva de la Iglesia para conocer de las causas en que se trate del vínculo matrimonial, e incluso la declaración de que un matrimonio inscrito como civil fue desde el principio canónico, que es lo que la doctrina científica denomina «matrimonios canónicos en forma civil» y permite el artículo 263 del Reglamento del Registro Civil de 14 noviembre 1958 y como esto es lo que resuelve la resolución canónica de cuya ejecución se trata, al declarar que el matrimonio civil inscrito es verdadero matrimonio ante la Iglesia, pero nulo por estar afectado de un impedimento dirimente de disparidad de cultos, no puede haber ningún obstáculo para darle efectos civiles, por lo que procede la ejecución solicitada.

CONSIDERANDO: Que al no disponer la ejecutoria eclesiástica nada relacionado con la situación de la hija del anulado matrimonio, no puede en este procedimiento accederse a lo interesado en el otro sin perjuicio de que por los adecuados trámites ejerciten los interesados los derechos que estimen pertenecerles mediante el planteamiento de las acciones pertinentes.”

Las sentencias son lo suficientemente claras como para hacer innecesario cualquier comentario (76).

En estas S.T.S. inmediatamente transcritas se plantea un problema que es habitual fuente de jurisprudencia matrimonial, los problemas competenciales entre jurisdicción eclesiástica y estatal. La mención de algunas sentencias bastará para corroborar esta afirmación y descubrir, en lo más principal, la actitud del T. S.

— S.T.S. 24-VI-49:

Es competencias de los Tribunales Eclesiásticos en virtud del canon 1132 determinar a cargo de quiénes han de quedar los hijos en caso de separación.

La jurisdicción civil debe ejecutar un Decreto de la eclesiástica si “contiene pronunciamientos que le hacen merecer por su fondo el concepto de sentencia”.

— S.T.S. 7-X-49:

”De perfecto acuerdo la legislación eclesiástica y la civil establecen en los cánones 1016, 1960 y 1961 del Código de Derecho canónico y

(76) No obstante, vid. ARECHEDERRA, Luis, *Formas...*, cit.

los artículos 68, 80 y 81 del Código civil que de las causas matrimoniales deben conocer exclusivamente los Tribunales eclesiásticos y de sus efectos meramente civiles, como son la separación de los cónyuges, depósito de la mujer y de los hijos, fijación de alimentos y protección en los bienes materiales, los Tribunales civiles.”

— S.T.S. 3-III-50:

”Si... los efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad de matrimonio o divorcio sólo pueden obtenerse ante los Tribunales ordinarios [y no ante los eclesiásticos] con mayor motivo han de corresponder a éstos las medidas provisionales que como propios de la jurisdicción voluntaria se previenen y regulan por la ley procesal civil, siendo en este sentido disposición terminante la que contiene el... artículo 81 del Código [civil].”

— S.T.S. 20-X-54:

Un tribunal civil puede entrar a ”resolver el problema sobre si una mujer católica, casada canónicamente, puede ser nunca cónyuge legítimo de otro marido posterior sin que la Iglesia Católica haya disuelto el primer matrimonio”.

— S.T.S. 17-XI-61:

”Es obvio en nuestro Derecho positivo en virtud de las normas concordadas con la Santa Sede, reflejadas con suma claridad en el Código civil, que las declaraciones sobre la existencia, validez o nulidad de los matrimonios canónicos sólo puede impetrarse ante los Tribunales eclesiásticos, únicos con jurisdicción para valorar los problemas controvertidos sobre el vínculo por la específica materia a dilucidar; y si ante los de orden estatal se invocan tales peticiones con el fin de servir de base para hacer otras propias de estos últimos... las primeras ostentan el carácter de prejudiciales de las últimas, con la indeclinable consecuencia de ser previamente sometidas en función jurisdiccional a la sede que su intrínseca naturaleza exige.”

— S.T.S. 3-VI-66:

”El trámite llamado de ejecución, a efectos civiles, de una sentencia de separación matrimonial, dictada por un Tribunal Eclesiástico de acuerdo con lo establecido en los artículos 80 y 82 del Código civil [es] trámite de naturaleza especialísima, ya que los Tribunales civiles no se limitan a ejecutar en sentido estricto las resoluciones emanadas de la jurisdicción canónica, sino que, en virtud de lo que se ordena por el legislador en el segundo de los citados preceptos, determinan y regulan las consecuencias meramente civiles de la separación —o de la nulidad en su caso— resolviendo con jurisdicción propia los distintos problemas que cada situación matrimonial plantea en particular, para lo que habrá de utilizar las normas específicas contenidas en la legislación civil y sobre todo con autonomía de criterio y de procedimiento con respecto a la resolución anterior.”

— S.T.S. 18-X-67:

El recurrente señala como documentos auténticos: ”Testimonio del Tribunal Eclesiástico del Arzobispado de X... y... sentencia de dicho

Tribunal Eclesiástico" lo que "a efectos casacionales, han de rechazarse... [por ser] relativos a la jurisdicción Eclesiástica por no vincular en manera alguna a la Ordinaria".

— S.T.S. 29-XI-68:

El recurrente plantea la "trascendencia que en la apreciación de la prueba, pueda tener la invocación de una copia de la sentencia del Tribunal de la Rota Española... que declaró no haber lugar a la nulidad del matrimonio postulado por el demandado". El T. S. no entra en el tema.

— Auto de 4-X-71:

"En la llamada ejecución a efectos civiles de las sentencias canónicas de separación o nulidad de matrimonio, la actividad de los Tribunales civiles, no se limita a ejecutar en sentido estricto, sino que, en virtud de lo que ordena el legislador en el artículo 82 del Código civil, determinan y regulan las consecuencias meramente civiles de aquéllas, resolviendo con jurisdicción propia, después de la ponderada valoración de los intereses en juego, los diferentes problemas que cada situación familiar plantee en particular, utilizando las normas específicas contenidas en la legislación civil, con autonomía de criterio y de procedimiento respecto de la resolución canónica."

— S.T.S. 11-XI-71:

"Esta jurisdicción [la penal] no es competente para determinar la validez o invalidez de un matrimonio canónico, siendo en este sentido terminante el mandato del artículo 5.º de la L. E. Crim., que en el caso de que oportunamente el recurrente hubiera planteado la cuestión prejudicial de la validez del primer matrimonio que contrajo, hubiera obligado a remitir la cuestión a la Jurisdicción Canónica."

— S.T.S. 29-IV-74:

"[El recurso no procede]... porque la firmeza de las resoluciones en el Derecho procesal canónico se basa en el principio llamado de la doble instancia conforme y habiendo sido dictadas dos sentencias no coincidentes... hasta que no exista fallo definitivo del Tribunal eclesiástico que decida si la esposa es o no culpable de la separación, las medidas provisionales sobre la guarda y custodia de los hijos adoptadas por el juzgado de Primera instancia... habrán de continuar vigentes... por lo que en el presente procedimiento de ejecución de sentencia canónica, no cabe hacer pronunciamiento alguno sobre la situación de las... hijas."

Después de este veloz recorrido por la jurisprudencia matrimonial de las cuatro últimas décadas, al menos una idea aparece clara. Una idea, no en torno al modo de solucionar jurisprudencialmente los conflictos, sino al porqué esos conflictos surgen.

Los conflictos en Derecho matrimonial que deban ser resueltos judicialmente tienen su origen en la colisión de dos sistemas normativos distintos —recordemos nuestra ubicación espacial: España; y temporal: 1938-1978—. Tres posibilidades de colisión existen, a saber:

a) Sistema normativo del foro en el momento de aplicación de la norma *versus* sistema normativo español en el momento en que se inicia o finaliza la relación matrimonial.

b) Sistema normativo del foro en el momento de aplicación de la norma *versus* sistema normativo extranjero en el momento en que se inicia o finaliza la relación matrimonial.

c) Sistema normativo del foro en el momento de aplicación de la norma *versus* sistema normativo canónico.

El campo, es obvio, no se agota en estos tres casos; hay ocasiones en el que el enfrentamiento es doble o triple: divorcio en el extranjero de españoles que contraen matrimonio canónico durante la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, pero en realidad no es otra cosa que una combinación de las anteriores. Hay supuestos en que no se puede realizar tal encuadramiento: juicio de separación de matrimonio civil, contraído poco tiempo antes del juicio, de acatólicos españoles. Pero tales casos son escasísimos y es muy raro que lleguen al T. S. por un doble motivo: 1.º) La abrumadora mayoría de matrimonios canónicos frente a los civiles y por lo tanto la competencia casi exclusiva de la jurisdicción canónica frente a la civil en materia matrimonial. 2.º) De plantearse algún supuesto en el que fuese competente la jurisdicción civil suele quedar resuelto en instancias inferiores.

Reflexionemos brevemente sobre cada una de las relaciones. El primer supuesto puede considerarse peculiarmente español.

Para que tal tipo de conflicto exija la frecuente intervención del más alto órgano judicial de un Estado, es necesario que exista un cambio legislativo brusco y técnicamente imperfecto, y tal es el caso del sistema español. Es difícil encontrar un ordenamiento en el que, en tan breve plazo de tiempo, se pase de un sistema matrimonial en el que el matrimonio canónico tenga efectos civiles, y no exista divorcio, a otro en el que el único matrimonio posible sea el civil y se permita el divorcio, para volver más tarde a un sistema similar al anterior. De hecho es difícil encontrar algún ordenamiento en el que habiendo existido el divorcio posteriormente se suprima.

Así, en este primer apartado se debería incluir esa larga lista de sentencias que, desde los primeros momentos postbélicos hasta la actualidad, tratan de resolver los problemas surgidos de matrimonios contraídos o acabados durante la vigencia de las Leyes de Matrimonio Civil y de Divorcio.

La segunda relación es un problema típico de Derecho internacional privado, problema en el que se ven envueltos todos los Estados. Estaría formado —en nuestro caso concreto— por el conjunto de sentencias en las que en el supuesto de hecho se ha introducido un elemento extranjero. Tema, pues, de Derecho internacional privado y al que se deben aplicar los esquemas de tal disciplina jurídica.

Si la primera relación era —prácticamente— peculiar del Derecho español, y la segunda es común a todo ordenamiento, la tercera no es, ni lo uno, ni lo otro.

Desde una perspectiva estatal, y es ésta la perspectiva que se

adopta en este trabajo, el conflicto Derecho estatal *versus* Derecho canónico sólo se puede dar en aquellos supuestos en que se reconozca, por parte del Estado, una cierta eficacia al ordenamiento canónico; históricamente el Derecho canónico monopolizaba la regulación de la institución matrimonial; situación que se acaba con la aparición del matrimonio civil, que progresivamente va ocupando mayores parcelas para —en algunos países— acabar monopolizando toda la regulación matrimonial. En España estamos (desde 1938 a 1978) en un momento en el que ambos ordenamientos (el canónico y el estatal) comparten la regulación matrimonial, y ello porque así lo quiere el ordenamiento estatal (77).

Como consecuencia de esa duplicidad de regulaciones vigentes surgen problemas de competencia a los que tiene que dar solución el poder judicial. Así, pues, en este tercer grupo tendrían cabida todo aquel conjunto de sentencias del T. S. que tratan de delimitar el ámbito de aplicación de los ordenamientos canónicos y civil.

Distribuida así la jurisprudencia del T. S. serían escasísimas las sentencias "atípicas", no encajables en ninguno de los grupos tipificadores.

Concebida así —como enfrentamiento de sistemas— la jurisprudencia matrimonial, tal vez parecería que de la jurisprudencia matrimonial española se desprende la idea de que el juez español pretende "defenderse" de las influencias externas al ordenamiento estatal vigente. Tal impresión sería falsa; el juez español en numerosas ocasiones acude a estos sistemas normativos distintos del propio, a la hora de formular sus sentencias. A muchas de ellas se ha hecho referencia más arriba, y aludiré a tres más; cada una relativa a los tres grupos de sistemas distintos de los del foro.

— S.T.S. 28-II-63. Ordenamiento del foro *versus* ordenamiento español de la II República:

· Se cita jurisprudencia de la II República;

"CONSIDERANDO: Que el motivo primero del recurso, amparado en el núm. 1.º del artículo 1692 de la L. E. Civ. denuncia la violación del artículo 105 causa 2.ª del Código civil que, a juicio de la parte recurrente comete la sentencia impugnada al entender que para que puedan servir de soporte a la causa segunda de dicho artículo «no basta la existencia de unos malos tratos únicos y aislados..., sino que es preciso la reiteración de los mismos en forma tal, que revelen y señalen la violencia como marco dentro del cual se desenvuelvan y desarrollan las relaciones conyugales», porque según dicha parte recurrente, tal precepto no exige esa reiteración, ya que como proclama la sentencia de 1.ª instancia —que la recurrida revocó—, «es bastante el maltrato de obra, grave o no, una sola vez o varias, siempre que revele según la S. del T. S. 3 febrero 1934, la falta de mutuo afecto y respecto que deben presidir las relaciones matrimoniales tan próximas y continuas»."

(77) Básicamente artículos 42 y 75 del C. c.

— S.T.S. 2-XI-65. Ordenamiento del foro *versus* ordenamiento extranjero:

· Se alude a la forma que el ordenamiento extranjero exige para la validez;

”[Como primer motivo de casación el recurrente aduce] que su matrimonio con la demandada fue inexistente y nulo, al no haber concurrido ninguna Autoridad española a su celebración y no haberse acreditado que los que lo hicieron —pastor protestante y cónsul en Tánger de los Estados Unidos de Norteamérica— sean las que debieran conforme al Derecho de este país; y como quiera que aparece probado en el juicio que el matrimonio como tal se inscribió en el Consulado del citado Estado; es evidente se celebró conforme al Derecho positivo de la Autoridad que lo autorizó y decae este primer motivo.”

— S.T.S. 28-II-69. Ordenamiento del foro *versus* ordenamiento canónico:

· Se hace referencia a determinados cánones del *Codex iuris canonici* (C.I.C.);

”[Ni el artículo 56 del Código civil] que establece el deber de socorrerse mutuamente, ni el núm. 1 del 143, relativo a la prestación de deuda alimenticia, condicionan su exigibilidad al cumplimiento de la obligación de vivir juntos a que se refiere el primero de dichos preceptos o al supuesto de que la separación se haya decretado judicialmente, por lo que cualquier limitación que al interpretarlos se adoptare en tal sentido, sería opuesta... a lo que se previene en los cánones 1130 y 1131 del *Codex iuris canonici* que permiten en determinados casos la separación por autoridad propia.”

B) CALIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL

Este trabajo gira en torno a dos ideas fundamentales:

1.—La calificación del sistema matrimonial español, el determinar quién ha tenido acceso y quién no al matrimonio civil, dependerá —en el período de vigencia del artículo 42 del Código civil— de lo que signifique la expresión ”profesar la religión católica”.

2.—La autoridad competente —el poder competente— para determinar cuál es el significado de tal expresión es el T. S. a través de su jurisprudencia.

La primera es una hipótesis respaldada por un fuerte apoyo doctrinal. La segunda —tal vez más aventurada— se ha pretendido demostrar en el apartado anterior.

Pero, tales puntos de partida, tales hipótesis de trabajo, en sí mismo, no son otra cosa que eso: meras hipótesis sin ninguna trascendencia práctica. Hipótesis encaminadas a alcanzar un resultado: determinar cuál ha sido el sistema matrimonial español en el período trans-

currido desde la guerra civil hasta el año 1978. Esa tarea es la que se pretende acometer ahora. De la respuesta que el T. S. haya dado a la pregunta: ¿qué es "profesar la religión católica"?, dependerá el tipo de sistema matrimonial que ha estado vigente en España en el período que aquí se analiza.

Es difícil señalar con toda certeza cuáles son las sentencias en las que se plantea el problema de la interpretación del término "profesar la religión católica". En el período al que se circunscribe el trabajo la jurisprudencia que incide sobre el tema directamente no es muy numerosa, pero permite construir —reconstruir— la línea evolutiva del T. S.

Con todo el riesgo que lleva consigo el realizar una enumeración cerrada, paso a señalar cuáles son las sentencias del T. S. que han respondido, o han tratado de responder, o al menos han sido requeridas a responder, la pregunta formulada:

- S.T.S. 25-V-53.
- S.T.S. 25-I-56.
- S.T.S. 26-I-56.
- S.T.S. 7-III-56.
- S.T.S. 16-V-59.
- S.T.S. 21-X-59.
- S.T.S. 12-XI-59.
- S.T.S. 16-XII-60.
- S.T.S. 16-II-61.
- S.T.S. 12-XII-61.
- S.T.S. 21-XII-63.
- S.T.S. 12-XI-64.
- S.T.S. 5-VII-65.
- S.T.S. 16-III-65.
- S.T.S. 15-IV-67.
- S.T.S. 12-VI-69.
- S.T.S. 20-IV-74.
- S.T.S. 4-X-74.
- S.T.S. 11-III-75.
- S.T.S. 23-XII-77.

Un análisis detenido de esta jurisprudencia es lo que se pretende realizar en las siguientes líneas.

a) *Matrimonios contraídos durante la II República*

Si este estudio comienza con el fin de la guerra civil, y si el resultado de la misma lleva consigo un cambio radical —una revolución legislativa— en materia de legislación matrimonial, es lógico que sean varias las sentencias referidas a situaciones surgidas durante la II República que merecerán nuestra atención. (Entiéndase por II República la configuración del Estado surgida el 14 de abril de 1931 y que finaliza el 1.º de abril de 1939. En el período que comienza el

18 de julio de 1936 el concepto de II República se consideraría restringido al ámbito territorial ocupado por la misma).

Las sentencias a analizar en este epígrafe son las siguientes:

- S.T.S. 25-V-53.
- S.T.S. 25-I-56.
- S.T.S. 26-I-56.
- S.T.S. 7-III-56.
- S.T.S. 15-V-59.
- S.T.S. 16-XII-60.
- S.T.S. 16-II-61.
- S.T.S. 23-XII-77.

— *Sentencia de 25 de mayo de 1953*

— Sala: Segunda.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Federico Parera Abelló.

— Hechos (78): "La procesada A. F., que el día 30 de julio de 1937 contrajo matrimonio civil con S. S., y el también procesado F. M., que sabía que aquélla era casada, mantuvieron relaciones ilícitas a partir de fines de noviembre de 1945, marchando aquélla del domicilio conyugal y yéndose a vivir al domicilio de los padres del S., donde estuvo haciendo vida marital con éste, durante varios meses. Hechos probados.

Condenados los procesados como autores de un delito de adulterio del artículo 449 del Código penal, a la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, se interpone a nombre de la A. F. recurso al amparo del número 2.º del artículo 849 de la Ley Procesal, alegando la infracción del artículo 449 del Código penal, ya que en el certificado de matrimonio de la recurrente no consta se haya hecho declaración de acatolicidad ni entonces se exigía ni se practicaba tal requisito, siendo éste el documento auténtico que se ha interpretado erróneamente, ya que si bien se prueba que la recurrente ha contraído matrimonio, no lo está el que este matrimonio sea el que exige la legislación vigente para que, en caso de adulterio, se deriven consecuencias penales".

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que la indiscutible autenticidad que las actas del Registro Civil tienen, de tal suerte que sólo mediante su inscripción pueden estimarse legalmente aquellos actos, y la correspondiente, en su consecuencia que ha de otorgarse a las certificaciones que de aquel Registro expidan los funcionarios competentes a cuyo cargo se hallan, imposibilita de todo punto que prosperen los recursos interpuestos, tanto si se consideran acogidos al número 2 del artículo 849 que expresamente se cita, como si se entienden amparados por el número 1.º del referido precepto, puesto que la afirmación

(78) Se transcribe la exposición hecha en el Repertorio de Jurisprudencia ARANZADI. Valga esta advertencia para todos los casos, salvo indicación en contra.

establecida por la Sala de instancia como hecho probado del matrimonio de la recurrente A. F. con el querellante no se desvanece, contraria, ni destruye con la resultancia de lo certificado en relación con el Registro Civil de matrimonios del pueblo de dichos contrayentes, ya que por ésta se asevera tal unión, y su subsistencia tiene que prevalecer «erga omnes» en tanto no sea combatida y anulada en forma por el procedimiento adecuado al efecto, y mucho más cuando de tal certificado no puede desprenderse que la forma matrimonial que los unió, fuese de aquellas circunstanciales, transitorias y contrarias a todo Derecho a que aluden los recurrentes en sus escritos, de idénticos fundamentos y alegaciones, en síntesis, por lo cual no procede estimar los motivos de casación por ellos invocados, sin dar lugar a la casación de la sentencia recurrida.”

Un primer punto que se debe de señalar, es que nos encontramos ante un matrimonio civil, con toda probabilidad contraído en zona republicana (aunque nada se diga) y contraído después del 18 de julio de 1936.

La pretensión de los procesados —independientemente de las vías procesales empleadas para lograrlo— es tratar de demostrar que no han cometido adulterio en razón de que el matrimonio contraído no es aquél al que hace referencia el artículo 449 del Código penal.

Hubiera parecido más correcto el que los procesados se hubiesen limitado a alegar que no existía matrimonio en razón de que no se había respetado el tenor del artículo 42 del Código civil al exigir la prueba de no profesión. La pretensión de que la ley penal —el artículo 449 del Código penal— distinga entre varios tipos de matrimonio es incorrecta.

A tenor de la exposición de hechos más arriba transcrita parece que los procesados —y más tarde condenado— consideran que la prueba de no profesión, a efectos del artículo 42 del Código civil, consiste en la simple declaración de no profesión, ¿es esto defendible técnicamente?

A estos efectos, los procesados podrían considerar las siguientes posibilidades:

— El sistema aplicable será el que esté en vigor en el momento de contraer el matrimonio.

— El sistema en vigor es el formado básicamente por la Ley de 28 de junio de 1932.

— La legislación republicana es nula de pleno derecho y será aplicable el artículo 42 del Código civil, según la interpretación de la Real Orden de 18 de junio de 1913.

— El sistema aplicable será el que esté en vigor en el momento de plantearse el recurso.

— Aceptar la legalidad de la Orden Ministerial de 10 de marzo de 1941.

— Considerar tal norma ilegal.

Si consideran que la prueba de no profesión es equivalente a la declaración de acatolicidad, es obvio que no pueden aplicar ni el sistema conformado por la Ley de 28 de junio 1932, ni el que pretende conformar la Orden de 1941. El considerar aplicable la Real Orden de 1913 es algo posible pero improbable; sería tanto como considerar que la segunda República no ha existido, lo cual jurídicamente es insostenible.

Pienso que los procesados adoptan la cuarta solución posible: la Orden de 1941 es ilegal, el sistema aplicable está formado por el artículo 42 del Código civil y la única persona competente para determinar si se profesa o no se profesa el catolicismo es uno mismo —solución subjetivista—. En este punto creo que los procesados están representando —antes de la firma del Concordato— un sentir general que va a cambiar —sin que se pueda precisar un momento exacto— de forma importante el sistema matrimonial español. Son razones sociológicas, y no jurídicas, las que impulsan tal concepción.

Vista la actitud de los procesados tratemos de descubrir la forma de pensar del T. S. ante el problema. Tres ideas básicas son destacables en lo que aquí interesa:

— El principio del *favor matrimonii*.

— Imposibilidad de declarar la nulidad de un matrimonio en un proceso penal.

— Validez de un matrimonio civil celebrado en la zona republicana en 1937 sin haberse declarado la acatolicidad.

El principio del *favor matrimonii* viene recogido en la siguiente frase: "[La] subsistencia [del matrimonio] tiene que prevalecer «erga omnes» en tanto no sea combatida y anulada".

Así, pues, hay una presunción *iuris tantum* —a cualquier efecto— de la validez de *todo* matrimonio.

La incompetencia de la jurisdicción penal a efectos de señalar la nulidad matrimonial es deducible de la expresión: "combatida y anulada [la validez matrimonial] en forma por el procedimiento adecuado al efecto". Tampoco plantea mayores problemas; la validez matrimonial podría ser considerada como una prejudicial, aunque el principio del *favor matrimonii* evita la paralización procesal.

Es el último punto el que mayor interés tiene para este trabajo; aunque poco antes el Tribunal señala su incompetencia para declarar la nulidad matrimonial, sin embargo inmediatamente entra en el tema con la afirmación: "no puede desprenderse [del certificado del que pende el recurso] que la forma matrimonial que los unió, fuese de aquellas circunstanciales, transitorias y contrarias a todo Derecho a que aluden los recurrentes en sus escritos". Así, pues, el matrimonio civil contraído durante la guerra civil —en 1937—, en zona republicana, por dos bautizados en el catolicismo, cuya única prueba de no profesión es el haber acudido al matrimonio civil, no es circunstancial, ni transitorio, ni contrario a todo Derecho.

El T. S. —su Sala segunda— piensa que el matrimonio es válido

porque se contrae al amparo de una legislación no derogada —Ley de Matrimonio Civil de 1932— en ese momento —1937—.

Así, pues, la primera sentencia postbélica del T. S. en la que se alude a la "no profesión de la religión católica", trata de un matrimonio que se contrae durante la guerra, y aunque el T. S. no entra al fondo en el tema, parece inclinarse por la validez de la legislación republicana en su zona, sin plantearse el tema de la no profesión.

— Sentencia de 25 de enero de 1956.

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Pablo Murga Castro.

— Hechos: "Mediante escrito 9 mayo 1946, el actor don Miguel V. R. dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Barcelona demanda de mayor cuantía contra doña Cristina S. O. y el Ministerio Fiscal sobre invalidación de matrimonio civil, estableciendo como hechos: Que el 3 de agosto 1933, ante el Juzgado Municipal número 4 de Barcelona, contrajeron matrimonio civil el actor y la demandada; que este matrimonio, contrato según criterio de la legislación y jurisprudencia, fue celebrado bajo la condición de disolubilidad, dimanante de las leyes que sobre el divorcio en matrimonio había dictado la República en 2 de marzo y 28 julio 1932; Que la situación creada por tal unión, *in facie Ecclesiae*, es totalmente irregular, puesto que no reconociendo validez la Religión Católica más que al matrimonio católico, constituye un contubernio o concubinato no sólo no tolerado, sino expresamente condenado por la Iglesia en el seno de la cual ha querido vivir siempre el que demanda, que ha profesado constantemente la Religión Católica Apostólica Romana, sin haber abjurado nunca de la misma, y siendo así, para tranquilizar su conciencia de creyente, no se le ofrece más que dos caminos: el de elevar el simple nexo civil que actualmente le liga con la demandada a la dignidad de Sacramento contrayendo con ella matrimonio con arreglo a la legislación canónica, o impetrar el auxilio de la Autoridad judicial civil para dejar sin efecto aquel nexo civil; pero en realidad esta disyuntiva no es tal, pues el primer camino lo descarta el actor, ya que el conocimiento que de la señora S. ha adquirido durante los pocos años que con ella convivió, le impiden contraer vínculo tan sagrado e indispensable como es el matrimonio canónico; esto aparte de que tal vez tampoco la demandada estaría dispuesta a celebrarlo, no sólo por el miedo de la ya truncada convivencia con el actor, sino por la ideología de la misma, no muy religiosa, como evidencia el que al nacer un hijo de ambos, y en ausencia del marido, le pusiera el nombre de Germinal; que del matrimonio civil contraído por el actor con la demandada existe un hijo inscrito con el nombre de Germinal V. S., los derechos del cual no pueden perjudicar la resolución por ser un tercero de buena fe. Terminó suplicando se dictara sentencia, resuelto y sin efecto alguno el matrimonio civil celebrado o subsidiariamente la nulidad del mismo, con reserva de los derechos que

como a tercero de buena fe corresponden al hijo habido de tal matrimonio.

El Ministerio Fiscal se opuso a la demanda. La demandada contestó alegando que el actor debía saber que el matrimonio para un católico no es un contrato sino un Sacramento; que nada le ha impedido al actor contraer matrimonio canónico con la que contesta; la demandada no ha opuesto impedimento alguno a que su unión civil se elevara a la dignidad de Sacramento; el actor confiesa que desea tranquilizar su conciencia de creyente y no se le ocurre otro camino que el de la resolución de su unión civil, y de otra parte le parece asimismo inconveniente el hecho de que exista incompatibilidad de orden concesional y el de una separación que nadie más que él ha provocado abandonando el hogar conyugal para vivir con su concubina, lo que revela es su pretensión de obtener la libertad para consumir el abandono de la demandada y continuar sus compromisos en el público adulterio en que está viviendo.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Apelada la sentencia fue confirmada por la Audiencia Territorial.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley por los motivos que se recogen en los considerando que se insertan."

— Sentencia: «CONSIDERANDO: Que no es procedente el primero de los motivos del recurso interpuesto, en que por las razones que en el mismo se expresan se pretende la nulidad del matrimonio civil, celebrado bajo el régimen de la legislación republicana, por la razón fundamental de que los cónyuges no hicieron la declaración de no profesar la Religión Católica a que se refiere el artículo 42 del Código civil: ya que aparte de que a la fecha en que el matrimonio civil se contrajo no se exigía el cumplimiento de este requisito, tampoco su infracción constituía una causa determinante de nulidad, sólo posible, aun durante la vigencia del Código, por las causas que exhaustivamente establecía y establece el artículo 101 y que por su carácter específico no puede ser ampliado por analogía a otras situaciones, en tanto que una norma del mismo rango lo determinara con fuerza obligatoria, sin que a esa consideración pueda obstar la legislación derogativa de la Ley de Divorcio ni las demás reguladoras de sus consecuencias, porque lo mismo la Ley de 12 de marzo de 1938 que la de 23 de septiembre de 1939 (que no deja de tener antecedentes en la historia de la legislación española a partir de 1870 y disposiciones que en relación con ella hiciera posible la fórmula de concordia entre la legislación canónica y la civil, que cristalizó en el artículo 42 del Código) ni decretaron ni autorizaron la nulidad de otros matrimonios que los señalados específicamente en ambas disposiciones a las que, obligadamente, ha de atenderse y que, además, han sido rectamente interpretadas en su sentido y alcance por el Tribunal «a quo».

CONSIDERANDO: Que por lo que se refiere al motivo segundo, construido como el anterior al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley Procesal por infracción, con lo esencial de los artículos 1116 y 1125 del Código civil, es de notar que ni bajo el régimen de

la Ley de Matrimonio Civil ni de la de Divorcio, implantados por la II República, constituyó la legítima disolubilidad del vínculo supuesto de la celebración del matrimonio civil, sino mera posibilidad de la inmensa mayoría de los españoles no tuvieron en cuenta y que ha hecho imposible para lo futuro la ley derogatoria de la del Supremo Tribunal en sus funciones interpretativas reducidas al caso concreto de suplir por vía jurisprudencial lo que las leyes no dicen y resolver con generalidad situaciones que por razones obvias han menester trato que exceda de la esfera jurisprudencial y de su limitado ámbito, para entrar de lleno en el propio de la creación de normas, con generalidad o sin ella, resuelvan conflictos que en muchos casos se crearon por olvido o menosprecio de las posibilidades que a la satisfacción de la conciencia de los creyentes ofrecían las paternales admoniciones de la Iglesia, aún bajo el régimen de una legislación notoriamente opuesta a su Magisterio.

CONSIDERANDO: Que por esas sucintas razones es de estimar que el Tribunal «a quo», al denegar por los fundamentos que expuso la nulidad del matrimonio civil de que se trata, no obró en infracción de los preceptos que hubo de aplicar atinadamente, sino que se atuvo a su texto como a su espíritu informador; y ello justifica la desestimación del recurso interpuesto con los pronunciamientos que son obli-gada consecuencia de esa resolución fundamental.”

Nos encontramos ante un caso similar al de la anterior sentencia, si bien hay una diferencia que considero muy importante: el matrimonio civil se ha contraído antes del 18 de julio de 1936

Aunque son numerosos los aspectos de interés (79), me centraré en el punto que ahora nos interesa.

La pretensión del demandante es clara: lograr la nulidad de su matrimonio.

El T. S., en el considerando primero de la sentencia, responde al primer motivo del recurso con dos afirmaciones importantes:

— Un matrimonio civil contraído durante la II República no será nulo porque no se declare la no profesión, ya que en dicho momento no se exigirá tal declaración, o como dice Lacruz a propósito de esta misma sentencia: “los matrimonios civiles celebrados durante la República, sean o no católicos los contrayentes, son válidos y eficaces en el fuero civil” (80).

— Las únicas causas de nulidad matrimonial son las indicadas en el artículo 101 del Código civil (81).

(79) Un detallado comentario a la sentencia puede verse en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Los matrimonios...*, cit.

(80) LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHEO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de Familia, segunda edición*, Barcelona, 1974, nota 4 de la pág. 29.

(81) Vid., sobre este punto, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Estudios de Derecho matrimonial*, Madrid, 1962, en especial págs. 223-230. En esta obra se menciona esta sentencia, así como la de 26 de enero y de 7 de marzo del mismo año, como seguidoras de esta línea, y se señala discreta rectificación del criterio en la S. T. S. 21-1-55.

Esa segunda idea es aparentemente de trascendental importancia, pero sólo en apariencia; admitamos que las únicas causas de nulidad son las recogidas en el 101 del Código civil, es decir: admitamos que "*il-y-pas de nullité sans texte*". Habrá entonces causas de inexistencia del matrimonio no recogidas en la ley, junto a causas de nulidad expresadas en la ley. Profundizar en este punto nos llevaría demasiado lejos y por ello me limito a indicar el problema.

Parece importante atender a la hipotética infracción del artículo 42 del Código civil en razón de que no se declaró la no profesión.

Peña indica que para que se pudiera sostener que el matrimonio era nulo por violación del artículo 42 del Código civil tendrían que ser ciertas las siguientes proposiciones: "1.º Que la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932, tuviera plena eficacia retroactiva de modo que se viniera a considerar por la Ley derogatoria que siempre había regido el artículo 42 Código civil; 2.º Que el matrimonio civil, cuya nulidad se pretende, hubiere sido contraído por persona que profesaba la religión católica; 3.º Que la infracción del artículo 42 determine la nulidad del matrimonio" (82).

Respecto al primer punto sólo puedo señalar mi pleno acuerdo con Peña, la ley no es retroactiva. Respecto al segundo sólo cabe decir que es el tema en torno al que giran todas estas páginas. Respecto al tercero es el ya analizado más arriba. En consecuencia el matrimonio no es nulo.

El T. S. declara con toda claridad la validez de este matrimonio. Pero no es esto lo más importante que se puede deducir de la sentencia; lo más importante —a nuestros efectos— es, no una afirmación taxativa del T. S., sino una forma de pensar.

Con mucha mayor claridad que en S.T.S. 25-V-53, se habla tanto por parte del demandante como del T. S. de declaración de no profesión. El T. S. dice textualmente "a la fecha en que el matrimonio civil se contrajo no se exigía el cumplimiento de este requisito"; no dice taxativamente el T. S. que en el momento en que juzga se exigiese, pero así parece desprenderse. En el 25 de enero de 1956 faltaban todavía nueve meses para que la declaración de la no profesión fuese requisito suficiente para acceder al matrimonio civil; la Orden de 1941 pretendía estar vigente en esa fecha. Sin embargo, tal Orden era considerada el 25 de enero de 1956 como nula por el T. S., aunque sin declararlo expresamente. En mi opinión, pues, la Orden de 1941 no había estado en vigor nunca.

No es una afirmación expresa, pero es una forma de pensar que se transparenta con toda claridad, y que la Administración se vería forzada a adoptar mediante el Decreto de 26 de octubre de 1956.

— Sentencia de 26 de enero de 1956.

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Pablo Murga Castro.

— Hechos: "Mediante escrito fecha 2 julio 1946 que por reparto correspondió al Juzgado de primera Instancia número 16 de los de Madrid, la actora, doña Angeles P. B. dedujo demanda sobre nulidad de matrimonio civil contra don Pedro M. B. y contra el Ministerio Fiscal.

Los hechos necesarios para el estudio de esta sentencia se deducen de los Considerandos de la misma.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda y absolviendo al demandado.

Apelada la sentencia, fue confirmada por la Audiencia Territorial.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley por los motivos que se recogen en el Considerando que se inserta."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia el recurrente, en el único motivo de casación que formula la infracción que, a su entender, ha cometido la Sala sentenciadora al no aplicar en el caso de autos el artículo 42 del Código civil, el primero de la Ley de 12 de marzo de 1938 y el 2.º de la Orden de 8 de igual mes de 1939, en su obligada relación con el artículo 4.º del Código civil negándose por inaplicación de dichas normas a pronunciar la nulidad del matrimonio civil que en 20 de diciembre de 1937 contrajo doña María de los Angeles P. B., siendo así que, como católica, había dejado de hacer manifestación contraria a su credo religioso y que siendo menor de edad no había obtenido la necesaria licencia para contraer matrimonio; pero aparte de que impetrándose la nulidad del matrimonio civil se precise estar, en casos como el de autos, al precepto específico del artículo 101 del Código civil, como la obligada relación que guarda con los artículos 83 y 84 del propio Código, sin que sea de aplicación por su carácter general el artículo 4.º, cuya infracción se invoca, es de notar además que la Ley de 28 de junio de 1932, bajo cuya vigencia se celebró el matrimonio cuya nulidad se pretende, no acogía manifestación alguna sobre la profesión religiosa de los contrayentes, por estar a la sazón derogadas las disposiciones que con mayor o menor alcance la recogían; y en lo que toca a la infracción del artículo 50 del Código civil, tampoco puede ser determinante de nulidad, porque precisamente los términos de la Orden de 8 de marzo de 1939, concorde con el espíritu del propio artículo 50, muestran inequívocamente que se trata de un defecto subsanable, que, además y por declaración explícita del número segundo de dicha Orden, no permite en su caso sino la anulación de las actas del matrimonio, sin originar especialmente la nulidad del vínculo matrimonial, sólo posible según la legalidad vigente por los casos que exhaustivamente y sin posibilidad de ampliación, contemplan el número 3.º de la Ley de 12 de marzo de 1938 y las normas transitorias contenidas en la de 23 de septiembre de 1939 y en los que, con anterioridad, establecía taxativamente el citado artículo 101 del Código civil, razones todas que demuestran la consistencia del recurso e imponen su desestimación."

Nos encontramos ante una sentencia que ha sido objeto de especial atención por parte de la doctrina (83), básicamente aduciéndola como ejemplo de sentencia en el que se considera que las únicas causas de nulidad son las enumeradas en el artículo 101 del Código civil. No es éste el lugar de volver sobre ese punto. Para mí no hay duda de la inexactitud de considerar la enumeración del artículo 101 del Código civil como una lista cerrada. Me ocuparé aquí solamente del contenido que al término "profesar la religión católica" da nuestro más alto Tribunal.

Con un supuesto de hecho prácticamente idéntico, con una misma pretensión del demandante, con una diferencia de un día y con el mismo magistrado ponente, es lógico que S.T.S. 26-I-56 adopte la misma solución que S.T.S. 25-I-56.

Una vez más, el T. S. indica que la declaración de "no profesión" no era necesaria para contraer matrimonio civil durante el período de vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932, y que por lo tanto el matrimonio será válido. Una vez más, demandante y Tribunal identifican "no profesión" con "declaración de no profesión". Ningún comentario nuevo con respecto a la sentencia del día anterior, salvo un hecho de cierta importancia: el matrimonio civil se ha contraído en 1937, es decir, con posterioridad al 18 de julio de 1936.

— Sentencia de 7 de marzo de 1956.

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Cayetano Oca Alvalros.

— Hechos: "Mediante escrito fecha 11 de mayo 1948, el actor, don Esteban del A. G., dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Madrid, demanda de mayor cuantía contra don Andrés, don Joaquín Pedro, don José y doña Javiera del A. R. y contra don José T. G. sobre disolución de sociedad conyugal y otros extremos, estableciendo sustancialmente como hechos: Que el 17 diciembre 1938 doña Carmen del A. R. y don José T. G. contrajeron matrimonio civil ante el Juez Municipal del Distrito de la Universidad de Madrid, en presencia de los testigos don Luis G. G. y don Pablo T. G., cuyo matrimonio se inscribió en el Registro Civil; que en 19 enero 1946 falleció en Madrid doña Carmen del A. R. en estado de casada con el don José T., inscribiéndose la defunción en el Registro Civil del Distrito de la Universidad; que don José del A. R., por escrito de 1.º de mayo 1946, solicitó la declaración de herederos de la doña Carmen del A. a favor del solicitante, de sus hermanos don Andrés, don Joaquín Pedro y de doña Javiera y de su sobrino el aquí actor, éste en representación de su finado padre don Francisco del A. R., hermano que fue de la causante y a la que premurió y a favor

(83) Es citada, entre otros, por DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *El sistema...*, cit., pág. 72; LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de Familia*, cit., pág. 30; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Estudios...*, cit., pág. 201; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Matrimonio...*, cit., pág. 891; IDEM, *Los matrimonios...*, cit., pág. 262.

también del cónyuge supérstite don José T. G., a cuya solicitud accedió el Juzgado de Primera Instancia declarando únicos y universales herederos de doña Carmen por partes iguales a sus cuatro hermanos de doble vínculo y a su sobrino el actor; que el actor realizó, sin resultado, gestiones amistosas cerca de los demás herederos de la finada y del cónyuge viudo para que se procediese a la liquidación de la sociedad de gananciales que existió entre la causante y su marido, disuelta a la muerte de aquélla, habiéndose por último celebrado, sin avenencia, acto conciliatorio con aquellos demandados. Terminó suplicando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: a) Declarar disuelta, por haber quedado extinguido el matrimonio A. R. T. G., la sociedad legal de gananciales que como régimen matrimonial rigió durante la existencia del indicado matrimonio; b) condenar a don José T. G. como cónyuge supérstite de doña Carmen del A. y a don Andrés, don Joaquín Pedro, don José y doña Javiera del A. R., como herederos de dicha señora, a que procedan a la liquidación de la sociedad legal de gananciales que rigió durante el expresado matrimonio; c) condenar a don José T. G. a que entregue a los herederos de doña Carmen del A. los bienes dotales y parafernales de la misma, en el caso de que existieran, y a la mitad de los gananciales que queden como remanente líquido después de la oportuna liquidación de la sociedad conyugal de gananciales habida en el matrimonio de referencia; y d) imponer a los demandados las costas del juicio. Compareció únicamente don José T. G., siendo declarados en rebeldía los demás, y se opuso a la demanda estableciendo como hechos que estaba conforme con los de la misma y añadiendo circunstancias que son: que doña Carmen del A. R. no hizo aportación de bienes a su matrimonio con don José T. G.; y que de dicho matrimonio no tuvo descendencia, así como tampoco ninguno de los dos esposos fuera de su enlace. Suplicó se dictara sentencia por la que se le absolviera de la demanda.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta con expresa condena de costas. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial declaró resuelta la sociedad de gananciales que rigió durante el matrimonio de doña Carmen del A. R. y don José T. G., celebrado el 17 de diciembre de 1938 y condenó al don José T. a que se avenga a practicar la liquidación de la citada sociedad desde aquella fecha, entregando a los herederos de doña Carmen del A. los bienes dotales y parafernales que ésta tuviera y su mitad de gananciales, lo que se determinará en ejecución de sentencia sin especial condena de costas en ambas instancias.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley por los motivos que se recogen en los considerandos que a continuación se insertan.

— Sentencia: "CONSIDERANDO: que la cuestión fundamental que el recurso plantea, se reduce a discernir si son o no viables las pretensiones que en la demanda se formularon y que acogió la sentencia dictada por el Tribunal «a quo», porque estimó, en síntesis, que no habiéndose decretado la nulidad del matrimonio civil contraído en 18 de diciembre de 1938 por doña Carmen del A. R. con don

José T. G. siquiera, se anulara el acta en que tal matrimonio se hizo constar, al amparo del apartado G, artículo segundo de la Orden de 8 de marzo de 1939, es de aplicar el supuesto controvertido la norma del artículo 69 del Código civil, lo que permite, según la sentencia impugnada, abrir paso en el orden económico a la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal, como consecuencia del fallecimiento de la esposa doña Carmen del A., acaecido en 19 de enero de 1946.

CONSIDERANDO: Que en el primero de los motivos del recurso, apoyado en el número primero del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil, que es en esencia la base de la sentencia impugnada, por estimar que derogados en la fecha en que el matrimonio se contrajo la Ley de Matrimonio Civil, y restablecido el régimen anterior, el hecho de que no procediese a la celebración de aquél la declaración de acatolicidad, determina no la nulidad, sino la inexistencia del vínculo y no permite deducir las consecuencias económicas, que se derivaban del fallecimiento de uno de los contrayentes; pero al razonar de ese modo, el recurrente olvida que el restablecimiento de la vigencia del Código, lejos de conducir a la solución que el recurrente propugna, lleva a la contraria, porque aun no citando en apoyo de sus tesis el único artículo que era aplicable al caso (el 42 del propio Código por el que se establecen las formas del matrimonio), lo cierto es que los razonamientos del recurrente se basan, aunque no se invoque, en ese precepto del que no puede derivarse, ni una razón de inexistencia, ni siquiera un pronunciamiento de nulidad por causa que no sea cualquiera de las establecidas taxativamente en el artículo 101 del Código en vigor; y aunque ello bastaría para justificar la posición de la sentencia de instancia, tampoco puede decirse que el juzgador que la dictó infringiese el artículo 69 del Código civil, porque interpretado rectamente, como una consagración legal del denominado matrimonio putativo, la eficacia de éste ha de inferirse de la creencia de que se contraía un matrimonio legítimo presumible en los que ignoraban la derogación de la Ley a que se acogieron en el momento de contraerlo y de la presunción de buena fe que ampara a los contrayentes, según el tenor del párrafo tercero del propio artículo, y que sólo cabe combatir por prueba que corre a cargo del impugnado, y que no se ha practicado.

CONSIDERANDO: Que por la fuerza de estas consideraciones que se ajustan a la correcta interpretación de los preceptos que se suponen infringidos, hay que desestimar el motivo segundo del recurso que también al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley Procesal, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1429 del Código civil; porque articuló ese motivo, sobre la base de que no hubo matrimonio (inexistencia), o que el contraído no merece el concepto de putativo, la razonada desestimación de esa tesis, lleva consigo la justificación del pronunciamiento del Tribunal, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 69, cuya aplicación combate paradójicamente uno de los cónyuges, y precisamente cuando la muerte del otro había disuelto el vínculo, reduciendo la cuestión en el momento de formularse la demanda a un problema meramente patrimo-

nal, razonamiento éste que hace innecesario el estudio del tercer motivo, que aparte de referirse a una consideración hecha a mayor abundamiento, plantea sobre esa base un problema de interpretación del *Codex juris canonici* de evidente inaplicación cuando lo que se discute es la eficacia de un matrimonio civil y la posibilidad y términos de aplicarle la legislación que conviene a los de su clase.

CONSIDERANDO: En fin, y por lo que se refiere al cuarto motivo que, aparte de que en casación no puede alegarse con eficacia ni la aplicación ni la inaplicación de resoluciones de la Dirección General de Registros, la invocación que la sentencia hace de la de 5 de octubre de 1950, contradice el contenido de la misma, que, respetuosa con la jurisdicción de los Tribunales, se limitó solamente a decretar la nulidad de un asiento, sin prejuzgar la validez de su contenido, y por eso, y porque en la contestación a la demanda invocó el demandado recurrente esa Resolución, se creyó en el caso de precisar sus términos y alcance, sólo al efecto de establecer en una correcta interpretación, que de ella y de su falta de convalidación no podía derivarse un pronunciamiento de nulidad; lo que basta para concluir que ese motivo de impugnación es tan inconsistente como los anteriores, lo que constituye una razón más para desestimarlos, si no militasen en favor de la desestimación de ese motivo otras consideraciones, como son las que en el curso del mismo ponen al descubierto la inconsecuencia del recurrente, que después de invocar preceptos y doctrinas que se refieren en el fondo al matrimonio contraído por los católicos, únicos obligados a declaraciones sobre su catolicidad, razona sobre la base de una declaración que sólo es obligada para los que no profesan esa religión; añade que es muy posible que los cónyuges no profesasen la Religión Católica, y a pesar de todo, en ella se basa para solicitar indirectamente la nulidad del suyo, y pretende reducir a una categoría no clasificada el que con carácter civil se contrajo ante el Juez Municipal de Madrid.”

Nos encontramos en este caso, ante un matrimonio civil contraído al amparo de la legislación republicana pero con posterioridad al 12 de marzo de 1938; si a este punto se le añade el hecho de que el recurrente no pretende que el matrimonio sea nulo sino inexistente, será fácil comprender que nos encontramos ante un caso más complejo que los anteriores.

Pero antes de entrar en el análisis de la sentencia tratemos de comprender la pretensión del recurrente:

Habiendo quedado su matrimonio —o apariencia de matrimonio— disuelto por fallecimiento del cónyuge, pretende que se declare la inexistencia de bienes gananciales o propiedad de su cónyuge.

En primera instancia alude a la no aportación de bienes de la mujer al acudir al matrimonio; más adelante —en el recurso— pretende que su matrimonio sea declarado “inexistente”. No pretende que declare nulo por varios motivos: 1.º Cuando en anteriores ocasiones se ha pretendido una declaración de nulidad, por parte del

T. S., apoyándose en la no declaración de "no profesión", el T. S. ha respondido que las únicas causas de nulidad vienen recogidas en el artículo 101 del Código civil —y así se ocupa de recordarlo en esta misma—. El recurrente no quiere llegar al mismo resultado; 2.º Un matrimonio nulo puede hacer entrar en juego el artículo 69 del Código civil (en el que habla de matrimonios nulos, pero no de matrimonios inexistentes); y 3.º Un matrimonio inexistente no puede hacer entrar en juego el artículo 1429 del Código civil; uno nulo, sí.

Pero todo esto poco importa a nuestros efectos salvo que hay un intento de lograr una declaración de inexistencia, en razón de la no declaración de no profesión.

Ante un matrimonio contraído durante la guerra civil en zona republicana y con posterioridad a la ley derogatoria de la del matrimonio civil, el T. S. considera que el matrimonio será nulo, pero no por inexistencia de la declaración de no profesar, sino en aplicación de la Ley de 12 de marzo de 1938 y su grupo normativo. Será nulo, pero putativo y presumiblemente contraído de buena fe.

Así, pues, el T. S. sigue sin hablar para nada de bautismo; escasa influencia ha tenido la orden de 1941, cuando quince años más tarde el T. S. no menciona su idea central. Y no se diga que el T. S. está aplicando la legislación vigente en el momento de contraerse matrimonio, porque en ella no se hablaba de declaración de "no profesar".

— *Sentencia de 16 de mayo de 1959.*

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Acacio Charrín y Martín Veña.

— Hechos: "Por escrito fecha 31 julio 1952, el actor, don José G. E., dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza, demanda contra doña Pascuala A. P. y el Ministerio Fiscal, sobre nulidad de matrimonio.

En los Considerandos de la sentencia se recogen fielmente los hechos necesarios para su estudio.

La parte demandada alega que en la celebración del matrimonio civil con el actor no medió ni coacción ni engaño alguno.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda, sin expresa condena de costas. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial la revocó y declaró nulo y sin ningún efecto jurídico el matrimonio civil contraído entre el actor y la demandada, sin hacer expresa condena de costas en ninguna de ambas instancias.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los Considerandos que se transcriben.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, dictó segunda sentencia confirmando la pronunciada por el Juez de Primera Instancia."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida funda su fallo: primero, en que al celebrarse el matrimonio civil de autos se encontraban en vigor en España (Considerando segundo) dos leyes contradictorias, el Codex Juris Canonici y la Ley de Matrimonio

Civil de 28 de junio de 1932, y que nada dice de conceder efectos civiles a los matrimonios canónicos; segundo, que ese aludido matrimonio «aunque aparentemente revista todos los caracteres de autenticidad, es lo cierto que fue otorgado deliberadamente en fraude de la Ley Canónica» (Considerando cuarto); tercero, que se otorgó por unos contratantes que no tenían la libertad suficiente para prestar su consentimiento, pues su Ley Canónica les imponía otra cosa, y bien por ignorancia o por las razones que fuera, es lo cierto que realizaron un acto nulo por la malicia que encierra, o en otro caso viciado, creyendo que celebraban el matrimonio por ellos querido, el que siempre practicaron, el que les imponían sus leyes y costumbres, y cuarto, que además se llegaba a la solución dada por la sentencia haciendo aplicación de la analogía, porque la disposición segunda transitoria de la Ley derogatoria de la del Divorcio, dice que se entenderán disueltos para todos los efectos civiles mediante declaración judicial solicitada por cualquiera de los interesados, las uniones civiles celebradas durante la vigencia de la Ley que deroga, y en las que uno o ambos cónyuges se hallasen divorciados a tenor de la misma Ley encontrándose ligados canónicamente a otra persona (Considerando quinto), fundamentos todos estos completamente erróneos.

CONSIDERANDO: Que el primero de ellos es equivocado en primer término porque en virtud del artículo sexto de la citada Ley de Matrimonio Civil no quedó vigente para el Estado español más que el Código civil como legislación sobre la forma de contraer el matrimonio y sus efectos civiles, y en segundo lugar porque no existía la contradicción que cree la sentencia recurrida, pues eran perfectamente compatibles las disposiciones sobre esos dos puntos concretos que ahora se tratan, aunque no lo fuera en cuanto a otros, entre las legislaciones canónica y la civil, ya que ninguna de las dos prohibía contraer el matrimonio bajo esas dos formas, si bien la Iglesia hacía obligatoria para sus miembros la forma canónica, y demuestra esa compatibilidad que es público y notorio que en ese período de tiempo los que tenían verdaderamente arraigadas sus convicciones católicas contraían su matrimonio observando las formalidades de ambas legislaciones, sin el menor obstáculo ni dificultad para ello, y tampoco existía tal contradicción respecto a los efectos civiles, porque al no tener dispuesto la Iglesia nada expresamente sobre esos efectos de su matrimonio y dejar éstos a la potestad civil (Codex Juris Canonici, canon 1016 y capítulo nueve, libro tercero) es imposible que existiera la contradicción que se supone.

CONSIDERANDO: Que tampoco es exacto que ese matrimonio fuera celebrado en fraude de la Ley canónica, ya que no cabe confundir el fraude legis, cuya característica es el engaño para dar apariencia de legalidad a un acto disimulado que elude o que viola una disposición legal, con el simple y abierto incumplimiento de ésta, que en el caso presente constituiría el no haberse ajustado los contrayentes al canon 1012 del citado Codex, pues en su aspecto religioso sólo atañe a la jurisdicción eclesiástica, y en el orden civil, cualquiera que fuera el carácter de esta infracción, la Ley Canónica no tendrá re-

percusión en el matrimonio civil celebrado en el año 1933, porque no estaban obligados los contrayentes entonces a hacer declaración de acatolicidad.

CONSIDERANDO: Que la falta de libertad para prestar el consentimiento que se recoge bajo el número tercero del primer Considerando de esta sentencia no es, a diferencia de otros, una «*quaestio facti*», sino un «*quaestio juris*» y por tanto impugnabile al amparo del número 1.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como hacen los recurrentes, pues la deriva el Tribunal sentenciador de la inobservancia de disposiciones legales, y aparte de la contradicción que implica que la existencia un precepto canónico coarte la libertad, según dice el recurso, para infringirlo como hicieron los contrayentes, y prestar el consentimiento para el acto civil, y el que llegue la Audiencia a estimar nulo el matrimonio civil por la malicia que encierra debido a la ignorancia, términos entre sí compatibles, «o por las razones que fuera» que no menciona y parece ignorar, imprecisión o desconocimiento que nunca puede ser apoyo para una declaración de nulidad y tampoco hay base para estimar viciado tal consentimiento por creer que era el matrimonio celebrado el que querían celebrar como católicos, por la evidente falta en aquel acto civil de las más conocidas formalidades de este católico.

CONSIDERANDO: Que es inaplicable por analogía al caso actual la disposición segunda transitoria de la Ley derogatoria de la del Divorcio porque ésta se refiere exclusivamente a casos en que los cónyuges estén divorciados y no puede equipararse a esa situación legal la mera separación de hecho voluntaria sin declaración judicial porque falta el estado de derecho creado por ésta.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto procede, como solicitan los dos recurrentes, la casación de la sentencia impugnada.”

La misma pretensión que en los anteriores supuestos: lograr la nulidad matrimonial. Un camino distinto. En los supuestos anteriores, se decía que los que profesaban el catolicismo —los que no habían declarado la no profesión— deberían contraer matrimonio canónico, en virtud del ordenamiento estatal. Ahora se afirma —afirma la Audiencia territorial, y ello sin especial brillantez técnica— que deben de contraerlo canónico en virtud de que así lo dispone el ordenamiento canónico —lo que es cierto, pero la protección del ordenamiento canónico no es misión de los tribunales civiles, y menos respecto a períodos en los que el Derecho canónico no tiene vigencia en el ámbito estatal, en la materia que nos ocupa, como es el caso.

El T. S., con argumentos contundentes, se ocupa de desautorizar la errónea decisión de la Audiencia.

Tal vez sin necesidad, en el segundo considerando afirmó el T. S.: “no estaban obligados los contrayentes entonces [1933] a hacer declaración de acatolicidad”: El T. S. insiste, pues, una vez más, en esta idea, si bien en la fecha de la sentencia, no representa una aguda disonancia con respecto a la interpretación mantenida a la sazón por la Administración, como ocurría en épocas anteriores.

- *Sentencia de 16 de diciembre de 1960.*
- Sala: Primera.
- Recurso: de casación por infracción de ley.
- Magistrado ponente: Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu.
- Hechos: "Por escrito fecha 9 septiembre 1953, que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 11 de los de Barcelona, la representación de doña María M. Ll., formuló contra don Alberto V. Ll., demanda de juicio declarativo de mayor cuantía sobre nulidad de matrimonio civil.

La actora alega que estando bautizada, así como también el demandado, contrajeron matrimonio civil el 1 de octubre de 1932, bajo la condición de separarse si el tal matrimonio no les iba bien; que posteriormente a causa de los malos tratos del marido tuvo que separarse de hecho. Termina suplicando se dicte sentencia dando lugar a la demanda y declarando la absoluta nulidad del matrimonio civil celebrado con el demandado el 1 de octubre de 1932, así como declarar nula de pleno derecho la inscripción del mismo en el Registro, y subsidiariamente, para el caso de no declararse tal nulidad, declarar el divorcio civil de las parte, considerando a la actora cónyuge inocente, imponiendo las costas al demandado si se opusiere.

Contestó la demanda el Ministerio Fiscal oponiéndose.

El demandado se allanó a la demanda.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando en todas sus partes la demanda, sin hacer expresa condena en costas. Apelada la sentencia fue confirmada en todas sus partes por la Audiencia Territorial, sin hacer declaración de costas en ambas instancias.

Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que conforme viene declarando esta Sala, derogado por la llamada Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 el artículo 42 del Código civil y disposiciones complementarias y hasta que se publicó la Ley de 12 de marzo de 1938 que derogó a su vez la de matrimonio civil, sin dar carácter retroactivo a sus disposiciones, salvo en los casos taxativos que enumera, entre los que no se encuentra el de autos, medió un lapso de tiempo en el que carecía de vigencia el citado artículo 42 y durante el cual, por carencia de precepto legal que lo autorice, no cabe decretar la nulidad civil de los matrimonios civiles celebrados en su interregno, salvo, claro está, los casos y por las circunstancias marcadas en dicha Ley de 1932, las señaladas en el artículo 1.º del Código civil y las disposiciones de la llamada Ley de Divorcio durante su vigencia, al no poderse aplicar a ellos ni el Concordato de 1953 ni la Orden de 10 de marzo de 1941, por ser posteriores en fecha al referido plazo, sin que contengan, como queda expuesto, disposición expresa que dé carácter retroactivo a sus preceptos, y como consecuencia y probado plenamente en el juicio que el matrimonio civil de autos tuvo lugar el 1.º de octubre de 1932, no pueden prosperar ni el primer motivo del recurso, encauzado procesalmente en el número primero del artículo

lo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en que se denuncia la violación de los artículos 4.º, 42, 75 y 76 del Código civil, 23 del Concordato de 27 de agosto de 1953, 1.º de la Ley de 12 de marzo de 1938 y 1.º de la Orden de 10 de marzo de 1941 y por aplicación indebida del 101 de dicho cuerpo legal y 1.º de la Ley de 28 de junio de 1932, al ampararse la demanda en el hecho de profesar la Religión Católica y haber recibido el Sacramento del Bautismo los contrayentes, ni tampoco el segundo, amparado en el mismo precepto procesal subsidiario del anterior y basado en la violación del número segundo del artículo 36 del Concordato y en la aplicación indebida por la sentencia impugnada de la disposición transitoria de la tantas veces mencionada Ley de 1938 en relación a la de 1932.

CONSIDERANDO: Que el tercer motivo del recurso por el mismo cauce procesal que los anteriores, denuncia la aplicación indebida del artículo 301 del Código civil y violación de los 4.º, 100, 1116 y 1261 del mismo Cuerpo legal, basándose para ello en que el consentimiento prestado por los cónyuges el matrimonio civil estaba condicionado a que les fuera bien en la vida conyugal, privando a la unión de su carácter permanente por estar celebrado «a prueba», por lo que, siendo nula tal condición, lleva consigo la nulidad plena del negocio jurídico otorgado entre los contrayentes, y habida cuenta que como se sostiene en la sentencia del Juez de Instancia, aceptada, por la recurrida, tan absurda e inadmisibles condición no puede ser aceptada en forma alguna, no está comprendida, ni podía estarlo, en las normas del artículo 101 del Código y además no se ha probado en concurrencia, es de todo punto repudiable la alegación y tampoco puede prosperar ese segundo motivo, que ni siquiera combate por el cauce adecuado la declaración de hecho de la sentencia.

CONSIDERANDO: Que, por último, debe asimismo desestimarse el cuarto motivo del recurso, por la misma vía procesal que las anteriores y en que se denuncia la violación del párrafo cuarto del artículo 24 del Concordato de 27 de agosto de 1953, basado en que manifestado por la Autoridad Eclesiástica que el matrimonio civil cuya nulidad se solicita no constituye impedimento para la celebración de matrimonio canónico de cualquiera de los contrayentes con tercera persona, las Autoridades Civiles vienen obligadas a guardar acatamiento a tal resolución y prestarle el debido apoyo en su ejecución conforme al precepto invocado, ya que la sentencia recurrida para nada invade la jurisdicción de la Iglesia al limitarse a tratar civilmente el matrimonio civil de referencia, anterior en fecha al Concordato, que, como queda antes expuesto, no contiene tampoco disposiciones de carácter retroactivo, sin olvidar la plena vigencia del artículo 51 del Código civil.”

Se plantea aquí, una vez más, diversos temas a los que no corresponde ahora prestar mayor atención: retroactividad del sistema matrimonial (84), el matrimonio sometido a condición, la competencia

de la jurisdicción civil y canónica en materia matrimonial, etcétera.

En lo que se refiere al tema objeto central de este estudio: el contenido del término "profesar la religión católica", un punto nuevo surge: de todas las sentencias analizadas hasta el momento es ésta la única en la que se habla de bautismo. ¿Qué alcance puede tener esta mención?

En primer lugar, trataré de exponer la situación en sus justos términos:

Díez-Picazo, en la exposición de hechos que antecede a su comentario a esta sentencia, no se refiere a bautismo sino a "ser de religión católica" (85); sin embargo, en la exposición realizada en el Repertorio Aranzadi se afirma: "La actora alega que estando bautizada, así como también el demandado" (86). En el Considerando primero del T. S. se dice: "al ampararse la demanda en el hecho de profesar la Religión Católica y haber recibido el Sacramento del Bautismo los contrayentes". Es muy probable que en la demanda sólo se hablase de estar bautizado. Y que el T. S. interpretase que lo que se pretendía decir es "profesar la religión católica", ocupándose de señalar que son cosas distintas, de ahí la conjunción copulativa "y". De ser esto cierto, encontraríamos una influencia de la Orden del 41 en la demanda —recuérdese que el inicial escrito de demanda es del 1953—, una influencia de la anterior jurisprudencia, de la doctrina de la D. G. R. y N. y del Decreto de 1956, en definitiva de un sentir generalizado en el Tribunal Supremo.

Así, pues, el Tribunal Supremo no pretende dotar de contenido aquí al término profesar, habla de "profesar" sin más; no se inclina —como en anteriores sentencias— por considerar que "no profesar" consiste en "declarar que no se profesa" —tampoco lo rechaza—, pero sí se preocupa de señalar que "profesar" y estar bautizado son cosas distintas.

— *Sentencia de 16 de febrero de 1961.*

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación.

— Magistrado ponente: Francisco Bonet Ramón.

— Hechos: "El día 14 de abril de 1955 y ante el Juzgado de Primera Instancia número 15 de los de Barcelona, se entabla demanda de nulidad de matrimonio civil contraído por la actora con el demandado, alegando sustancialmente que ambos litigantes contrajeron matrimonio civil el 20 de octubre de 1938 en el Juzgado Municipal de Barcelona y que ambos militaban en el seno de la Religión Católica, por lo que habiendo celebrado dicho matrimonio con arreglo a la legislación civil habían violado lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil.

El Juzgado declaró no haber lugar a la nulidad del matrimonio y

fluctuante. En sentencia de 16 de diciembre de 1960 se inclinó claramente por la irretroactividad del sistema matrimonial». ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, *El sistema...*, cit., pág. 958.

(85) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Estudios...*, cit., pág. 23.

(86) REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA ARANZADI, 1960, pág. 2681.

apelada esta sentencia por la demandante, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

El recurso de casación es estimado por el Tribunal Supremo que, en su segunda sentencia, declara la revocación de la sentencia de instancia y la nulidad de pleno derecho del matrimonio civil celebrado entre las partes, y ordena la extensión del oportuno asiento en el acta correspondiente de la sección de matrimonios del Registro Civil."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que la Ley de 12 de marzo de 1938, que empezó a regir para todos los matrimonios de españoles, incluso los celebrados en territorio no liberado, el 21 del mismo mes y año, dispuso que quedasen derogadas la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 y las disposiciones dictadas para su aplicación (artículo primero), declarando vigentes con carácter transitorio —hasta tanto se dictasen nuevas normas— el Título IV del Libro I del Código civil, y todas las demás normas complementarias del mismo que estaban en vigor en la fecha de publicación de la Ley que se derogaba (Disposición final), y habiendo parado mientes el legislador de que entre sus normas complementarias se encontraba la Orden de 10 de febrero 1932, derogatorias de la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, que había dispuesto no se exigiera a los que solicitasen la celebración del matrimonio civil declaración alguna respecto a sus creencias religiosas ni de la religión que profesasen, convirtiendo así el matrimonio civil tipificado en el artículo 42 de nuestro Código como subsidiario, en facultativo por Orden de 22 de marzo de 1938, prescribió que los expedientes de matrimonio civil promovidos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932 podían seguir tramitándose y ultimarse, siempre que ambos contrayentes o uno de ellos declarasen expresamente que no profesaban la Religión Católica, sin cuya declaración no podría en modo alguno autorizarse el matrimonio civil para los españoles (artículo primero).

CONSIDERANDO: Que acreditado en autos que la actora, hoy recurrente, doña Adoración T. G. y el demandado, don José A. G., contrajeron matrimonio civil en Barcelona el 20 de octubre de 1938 ante el Juez Municipal y dos testigos, así como que ambos están bautizados, es inexcusable declarar la nulidad por haber sido atentado con infracción de lo dispuesto en el artículo primero y Disposición final de la Ley de 12 de marzo de 1938 y del artículo 1.º de la Orden de 22 de marzo de 1938, dando lugar al motivo primero del recurso.

CONSIDERANDO: Que asimismo es de estimar el motivo segundo que denuncia la interpretación errónea del párrafo primero del artículo 4.º y del artículo 101 del Código civil, pues como tiene declarado esta Sala en sus sentencias de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, el caso de ser católicos por lo menos uno de los contrayentes, implícitamente comprendido según la doctrina en el número 4.º del artículo 101 de la Ley sustantiva civil, está integrado de forma inequívoca en el artículo 42, sustancial en la materia, que entraña la definición y esencia de la institución, por lo que aparece evidente que, conforme al artículo 4.º del mismo Código, el matrimonio celebrado

por los litigantes es nulo, con nulidad radical como realizado contra lo dispuesto en la ley.”

Precisa esta sentencia, con toda nitidez, cuáles son las fechas clave en materia de matrimonios civiles contraídos al amparo de la legislación republicana, y deja bien clara la precipitación del legislador “bélico” español.

La mención, en el último considerando, de que basta con que uno de los contrayentes “profese el catolicismo” para que el matrimonio deba celebrarse canónicamente parece correcta; sin embargo, no deja de sorprender que se afirme al final del primer considerando, siguiendo la Orden de 22 de marzo de 1938, que basta con que uno no lo profese para que se pueda contraer matrimonio civil.

Aún es más sorprendente la afirmación contenida al final del primer considerando, afirmación cuyo sentido es que el artículo 42 del Código civil regula un sistema de matrimonio civil, pero que puede ser convertido en facultativo por una orden ministerial.

Del texto del segundo considerando, “ambos están bautizados”, podría deducirse que el T. S. identifica “profesar” con “estar bautizado”. No creo que el T. S. trate conscientemente de establecer esa identificación, basta para comprobarlo leer el considerando anterior; se trata de un caso más de empleo de una terminología cambiante, sin ningún intento de precisión. Además, téngase en cuenta que nos encontramos en 1961, con la Orden del 41 claramente derogada por posteriores disposiciones de superior rango normativo, y ante un Tribunal que considera modificable el sistema matrimonial por Orden ministerial y por lo tanto, con mayor motivo, por disposiciones de rango superior.

— *Sentencia de 23 de diciembre de 1977.*

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Antonio Cantos Guerrero.

— Hechos: “Don Manuel P. F. dedujo ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de los de Córdoba demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, contra doña Salud M. V. y contra don Manuel P. M., sobre nulidad de matrimonio civil.

Los antecedentes de hecho necesarios para el estudio de esta sentencia se recogen en los Considerandos de la misma.

El Juez de 1.ª Instancia dictó sentencia por la que estimando la demanda declaró la nulidad del matrimonio contraído entre actor y demandada, debiendo inscribirse *marginalmente* la parte dispositiva de la sentencia para la efectividad de la misma, en la inscripción de dicho matrimonio, con expresión de que la esposa demandada obró de buena fe, reservándose a la misma su derecho a los gananciales y a los alimentos y que dicho matrimonio produce todos sus efectos respecto al hijo, legítimo sin costas. Apelada la sentencia la Audiencia la revocó, desestimando la demanda, sin costas.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que para resolver el presente recurso hay que partir de los siguientes hechos: Primero: Que conforme a lo prescrito en la Constitución de 9 diciembre 1931, el 28 junio 1932 fue promulgada la Ley de Matrimonio Civil, la cual consideraba obligatoria dicha forma, en todo el territorio nacional y para todos los españoles, como la única válida a todos los efectos civiles; antes de promulgarse dicha ley, había sido dictada la O. 10 febrero 1932, que hizo innecesaria la declaración de no profesar la religión católica para poder contraer matrimonio civil. Segundo: El 12 marzo 1938 se dicta una ley, en plena guerra civil, por la que se deroga la ley anteriormente mencionada de matrimonio civil obligatorio, restableciendo la vigencia del artículo 42 del Código civil; derogación acordada por el poder constituido en la zona nacional. Tercero: A partir de primero de abril de 1939, terminada la guerra civil española, todo el territorio fue dominado por el poder constituido en la zona nacional que había dictado aquella derogación; o sea, que a partir de dicha fecha la derogación afectó a todo el territorio nacional, pero que existió un período, desde el 21 marzo 1938 a 1 abril 1939, en que siguió rigiendo, en toda su integridad, en la zona republicana la Ley de Matrimonio Civil de 28 junio 1932, no obstante su derogación para la zona nacional. Cuarto: Que en el caso de autos, el matrimonio fue contraído en Andújar, situado, hasta el final de la guerra civil, en zona republicana. Quinto: Que el 20 junio 1974, o sea, a los 36 años y 51 días de contraído el matrimonio, después de tener un hijo, opositor con la madre en el pleito de nulidad, el esposo, alegando que por estar bautizados ambos contrayentes, eran católicos y no habían hecho declaración de apostasía, pide la anulación de su matrimonio.

CONSIDERANDO: Que, con desestimación del primer motivo del recurso, procede proclamar, confirmando la sentencia impugnada, la plena validez del matrimonio civil celebrado el 30 abril de 1938 entre el recurrente y la recurrida Salud M. V., ante el Juez Municipal de Andújar (Jaén), ya que fue contraído de la única forma posible conforme a la legislación dictada con anterioridad a la guerra civil, única vigente en el territorio donde se contrajo y que, según la relación de hechos probados, no concurrieron, en su celebración, ninguna de las circunstancias de las enumeradas en el artículo 101 del Código civil que pudieran dar lugar a su nulidad, únicas que serían las invocables para el caso; y ello por las siguientes razones: A) Porque, sin necesidad de recurrir a principios que rigen el Derecho internacional, como hace la instancia, preceptos inaplicables al caso, es indudable que concurren en él circunstancias de hecho que es imposible ignorar, cuales son las de que, cuando fue acordada la derogación de la Ley de Matrimonio Civil obligatorio, que había sido dictada por el Parlamento de la República para todos los españoles, existía una zona habitada por españoles, a la cual no le pudo afectar la derogación por dos motivos insoslayables, cuales son: la carencia, en aquella zona, de poderes soberanos de quien la dictó, y otra, consecuencia de la anterior, la falta

de promulgación de la disposición derogatoria en zona republicana, sin la cual era imposible imponer su cumplimiento; es por ello, por lo que a los españoles residentes en aquella zona que quisieran contraer matrimonio con efectos legales, no les quedaba otro remedio que el de contraer matrimonio civil; ello sin perjuicio, naturalmente, de que entonces, o al final de la guerra, hubiera podido particularmente cumplir las formalidades del matrimonio confesional si sus creencias religiosas se lo imponían. B) Porque, como alegó en el acto de la vista la representación del Ministerio Fiscal, en apoyo de su tesis favorable a la validez del matrimonio cuestionado, tanto por el tiempo transcurrido desde su celebración, como por la conducta observada por el esposo, durante el matrimonio, contra la madre y el hijo, hasta el punto de ser condenado por los Tribunales por abandono de familia, el hecho de pedir en esta fecha, alegando su condición de católico, sólo por estar bautizado, la anulación de su matrimonio, contraído el 30 de abril de 1938, pudiera constituir un verdadero fraude de ley. C) Porque el criterio expresado en los párrafos anteriores, fue el proclamado por las sentencias de este Tribunal más próximas, en cuanto al tiempo, a la época aludida, como son la de 12 mayo de 1945, 13 junio de 1947, 25 y 26 mayo y 7 marzo de 1956, cuyo criterio tiene que ser acatado; ello sin desconocer el sostenido por otras sentencias, invocadas en el recurso, como son las de 21 octubre y 12 noviembre de 1959, 16 marzo y 15 abril de 1967, referentes a casos que en realidad no son idénticos al tratado en este recurso y sin compartir el fijado por alguna otra sentencia de este alto Tribunal en la que se parte, para anular el matrimonio civil a que se refiere, de la vigencia indiscriminada del Decreto-Ley 12 marzo de 1938, en todo el territorio español, a partir de su publicación, por partir de criterios de interpretación distinta de las aquí alegadas.

CONSIDERANDO: Que, el segundo motivo del recurso, es desestimable por carecer de base fáctica; en efecto: en los hechos probados que da la instancia, no sólo se desconoce el matrimonio anterior del recurrente, sino que expresamente se afirma que no está probado que estuviera casado, en primeras nupcias, con una hermana de la recurrida.”

Es ésta la sentencia más moderna que será analizada en este trabajo (87). Su fecha está muy próxima al cierre del paréntesis temporal que aquí se pretende analizar. Hubiera sido difícil, en la fecha en que se dicta esta S.T.S., el que el tipo de solución que se da y los razonamientos que conducen a ella fueron otros de los empleados. No sólo pretendo referirme a que la normativa relativa a la materia que nos ocupa haya alcanzado en esa fecha los límites de libertad máxima que dentro del artículo 42 del Código civil son admisibles (88), sino a que

(87) De hecho no hay ninguna S. T. S. que pretenda dotar de contenido —ni tan siquiera de modo indirecto— al término profesar la religión católica ni en el año 1978 ni en el año 1979.

(88) En la fecha en que se dicta esta S. T. S. el artículo 243 en su número 2.º del Reglamento del Registro Civil —reformado por el Real Decreto

ya estaban muy avanzados los primeros pasos de la reforma legislativa que supondría un cambio radical en el sistema matrimonial español (89).

El supuesto de hecho planteado no difiere sustancialmente de los que han dado lugar a otras S.T.S. que son comentadas en estas páginas. El demandante pretende que se declare la nulidad de su matrimonio civil, contraído con posterioridad a la promulgación de la Ley derogatoria de la Ley de Matrimonio Civil, por entender que venía obligado a declarar que no profesaba la religión católica, entendiéndose que tal requisito era imprescindible para la validez del vínculo. El problema, en términos jurídicos, es, en palabras de la propia S.T.S., el de "la vigencia indiscriminada" de la Ley derogatoria.

La solución propuesta por el T. S. pretende apoyarse en tres razones diversas. La primera —y es la única que me parece determinante— consiste en considerar que la Ley de 12 de marzo de 1938 sólo estaba en vigor en aquellos territorios controlados por el poder que la dictó y ello "por dos motivos insoslayables, cuales son: la carencia, en aquella zona [la controlada por el poder constituido de la II República], de poderes soberanos de quien la dictó y otra, consecuencia de la anterior, la falta de promulgación de la disposición derogatoria en zona republicana, sin la cual era imposible imponer su cumplimiento"; entra así la S.T.S. 23-XII-77 en absoluta contradicción con la sentencia comentada más arriba —S.T.S. 16-II-61—, que, como se recordará, entendía "que la Ley de 12 de marzo de 1938... empezó a regir para todos los matrimonios de españoles, incluso los celebrados en territorio no liberado [*sic*], el 21. del mismo mes y año". La segunda razón apuntada hace referencia al largo lapso de tiempo transcurrido entre el momento de celebración del matrimonio y la interposición de la demanda solicitando la declaración de nulidad (90) y asimismo "la conducta observada por el esposo [que es el demandante], durante el matrimonio, contra la madre y el hijo, hasta el punto

de 1 de diciembre de 1977— deja reducida la prueba de no profesión a que «los que pretenden contraer matrimonio civil, manifestarán en la declaración exigida... que no profesan la religión católica». Y en los supuestos del artículo 249 del propio Reglamento, se va aún más lejos —tan lejos, por otra parte, como se había ido siete décadas antes con la Real Orden de 27 de agosto de 1906—, al establecer que «se presumirá la acatolicidad por el solo hecho de la celebración del matrimonio civil».

(89) Los trabajos legislativos de la Ponencia formada en el Congreso de los Diputados para la redacción de la Constitución habían tenido ya su manifestación práctica en la conclusión de un anteproyecto de texto constitucional; aunque tal anteproyecto no había sido publicado oficialmente, había sufrido ya una notabilísima difusión extraoficial; por otra parte, la orden del Presidente del Congreso de los Diputados disponiendo la publicación de dicho texto en el «Boletín Oficial de las Cortes» está fechada al día siguiente de la S. T. S. que nos ocupa (Vid. «Boletín Oficial de las Cortes», 44, 5 de enero de 1978, pág. 669).

(90) La S. T. S. comentada habla de «anulación del matrimonio». Anulación y declaración de nulidad son categorías nítidamente diferenciadas en Derecho. Anulación de un matrimonio y declaración de nulidad de un matrimonio son figuras radicalmente —de raíz— distintas en Derecho matrimonial. Este es un supuesto en el que se solicita —no podía ser de otro modo— la declaración de nulidad y no la anulación.

de ser condenado por los Tribunales por abandono de familia"; no creo que este extremo deba ser considerado como determinante a los efectos de la resolución de la controversia planteada. Con respecto a los apuntados en el punto C) del segundo considerando transcrito, es decir, los precedentes jurisprudenciales, pienso que, de una parte, en nuestro sistema jurídico, el T. S. no está vinculado por decisiones anteriores y, en cualquier caso, que en la materia que nos ocupa —y como pretendo demostrar en estas páginas— nuestro más alto Tribunal ha estado lejos de la unanimidad.

En lo que se refiere al sentido que da esta S.T.S. al término "profesar la religión católica", no entra directamente el T. S. a precisarlo, fundamentalmente porque a partir de los argumentos empleados resulta innecesario. Sin embargo, al afirmar en el primer considerando que la legislación republicana "hizo innecesaria la declaración de no profesar la religión católica para poder contraer matrimonio civil", está asumiendo implícitamente la identificación de la "no profesión", con la "declaración de no profesión".

El T. S., en las ocho sentencias que acaban de ser comentadas, no pretende dar un contenido al término "profesar". Lo único que pretende es declarar la vigencia y el plazo de vigencia de la legislación matrimonial de la República. Las partes pretenden la declaración de nulidad del matrimonio, en algunas ocasiones sin ninguna otra razón expresa; en otras ocasiones, para evitar la existencia de delito, o para lograr unas ventajas económicas.

El T. S. deja bien claro una serie de puntos, pero que pueden concretarse en uno: la legislación republicana es la única aplicable a efectos de matrimonio hasta el 12 de marzo de 1938; es difícil señalar cuál fue la legislación aplicada desde el 18 de julio de 1936 hasta el 12 de marzo de 1938 en las zonas no republicanas. El T. S. no siempre se planteó el problema, pero es claro, en las sentencias analizadas, que en las zonas llamadas republicanas la fecha clave en materia matrimonial no es el 18 de julio de 1936, sino, en todo caso, el 12 de marzo de 1938 (91).

La irretroactividad de la legislación matrimonial queda clara. Tal vez pueda extraerse otra consecuencia de mayor trascendencia: El T. S. considera que el ordenamiento canónico está vigente en España no por voluntad propia, sino por voluntad del ordenamiento español.

Aunque el T. S. no trate de dar contenido al término profesar —no necesita dárselo, puesto que tal término no está vigente en el derecho que aplica— sí se puede deducir cuál es la forma de pensar al respecto.

El T. S. cuando habla de "profesar" lo identifica —sin necesidad de identificarlo con nada a efectos de dictar sentencia— con "declaración de profesión". Aunque la Administración pretende identificarlo en gran parte de esa época con estar bautizado, el T. S. no lo hace así. Y no es que esté aplicando alguna norma interpretadora del artículo 42 del Código civil anterior a la Orden del 41; es que sencilla-

(91) Vid., en sentido contrario, S. T. S. 27-XII-56.

mente lo considera obvio. No pienso que S.T.S. 16-II-61 pueda considerarse, en la interpretación propuesta, como una excepción a esta regla, sino como otra prueba más. Creo que en la mente del T. S. al dictar las sentencias de 25-V-53, 25-I-56, 26-I-56 y 7-III-56, la Orden del 41 es nula de pleno derecho. Y no lo dice, porque nadie se lo ha preguntado, pero lo piensa.

Que la Orden del 41 no cala en la forma de pensar con respecto al término profesar, aparece claro con observar los argumentos de los demandantes. Con la sola excepción del demandante de S.T.S. 16-XII-60, todos piensan de forma similar al T. S. Nadie alude a estar bautizados, sino a declaración. Y es obvio que de haber entrado en el análisis de tal punto —recuérdese que todos pretenden lograr la nulidad por "profesar"— les hubiese sido más fácil probar que estaban bautizados, que probar que no hicieron declaración de no profesión. Luego no son razones de facilidad de prueba las que impulsan a plantear la demanda de una forma determinada, sino la asunción de una forma de pensar generalizada.

b) *Se plantea el problema del término "profesar la religión católica", pero no se resuelve*

Analizadas, en el epígrafe anterior, un conjunto de sentencias que tenían en común el hecho de que se referían a matrimonios contraídos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932, se analizarán en los próximos otra serie de decisiones agrupadas en virtud de la actitud que adopten ante el término profesar. Es bien cierto que las sentencias estudiadas más arriba tenían en común —además del objeto de las mismas— una actitud del T. S.; en ellas el término "profesar" se equipara a la "declaración de profesión".

Se estudiarán en este epígrafe aquellas sentencias en que planteándose, o al menos mencionándose, el problema del término profesar, el tema no es resuelto. Si se prefiere; aquel conjunto de sentencias que —al igual que cierto sector doctrinal— consideran que "profesar la religión católica" es un término que no necesita ser interpretado.

La lista es corta:

- S.T.S. 12-XI-64.
- S.T.S. 5-VII-65.

Tratar de establecer una línea de tendencia con tan escaso material es imposible. Son sentencias en las que no se entra en el tema que aquí interesa porque no es necesario (hay, sin embargo, sentencias en las que sin ser necesario se entra en el tema). Del hecho de que las dos sentencias citadas sean de fecha relativamente reciente, no se puede extraer, pienso, ninguna conclusión.

- *Sentencia de 12 de noviembre de 1964.*
- Sala: Primera.
- Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Francisco Bonet Ramón.

— Hechos: «Doña Margarita F. C. y don Fermín y don Antolín M. F. formularon en el Juzgado de Primera Instancia número 16 de los de Madrid, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, contra doña Rosa M. A. y el Ministerio Fiscal, sobre nulidad de juicio universal sobre prevención de juicio de testamento.

La parte actora solicita se dicte sentencia declarando la nulidad del procedimiento a partir de la fecha en que fue parte el Ministerio Fiscal, en representación de don Felipe F. A., por ser de domicilio desconocido y ordenar que se citara este señor en forma legal para la realización de todas las diligencias, incluso la de inventario por si le conviniera intervenir en ella o, en otro caso, y si no se personase, declararlo en rebeldía; condenar a doña Rosa M. A., por haber promovido el juicio de testamento contrariando la prohibición del causante de la herencia, a limitar su participación en el caudal hereditario a la legítima estricta que le pudiera corresponder; declarar que en el inventario de los bienes del causante no debía figurar más metálico que el existente en el momento de su defunción y no era el que existió en fecha anterior a aquel momento de su defunción, ni los valores que se transformaron o se adquirieron con posterioridad al fallecimiento del mismo; declarar que el matrimonio contraído por don Fermín M. con doña Rosa A. era nulo por no haber intervenido en el mismo el Cónsul de España en La Habana ni figurar inscrito en el Registro del Consulado; que igualmente era nulo el reconocimiento de la filiación de doña Rosa M. A. y declarar que en todo caso había prescrito la acción de los herederos de doña Rosa A. M. para intervenir en este juicio de testamento y liquidar la sociedad de gananciales entre don Fermín M. y doña Rosa A., aun en el supuesto de que esta Sociedad hubiera existido, con imposición de costas.

La parte demandada se opuso y a su vez formuló reconvencción solicitándose se declarase válido el matrimonio contraído en La Habana por don Fermín M. G. y doña Rosa Romualda de las Mercedes A. M.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia por la que, estimando la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, en lo que atañe a los hechos comprendidos en los números 3.º y 4.º de la demanda, recogidos en el pedimento 1.º de la súplica: 1.º) Absolvió en este pedimento a la demandada doña Rosa M. A. sin entrar en el fondo del asunto concreto a que alude; 2.º) Desestimando la demanda en el resto de los pedimentos, absolvió de la misma al Ministerio Fiscal por lo que respecta a los extremos que a este Ministerio se refiere; 3.º) Absolvió igualmente de la expresada demanda a la demandada doña Rosa M. A., y 4.º) Estimando, por el contrario, la reconvencción, declaró válido y eficaz, con arreglo a la legislación española el matrimonio contraído en La Habana por don Fermín M. G. y doña Rosa Romualda de las Mercedes A. M., cuyo matrimonio ha producido todos sus efectos civiles en España por haber sido a su tiempo debidamente transcrito en el Registro Civil del Consulado español de La Habana, condenando en consecuencia a perpetuo silencio sobre este extremo a los demandantes reconvenidos, doña Margari-

ta F. C. y sus hijos don Fermín y don Antolín M. F., con expresa imposición a éstos, de todas las costas causadas en este pleito. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó con expresa condena en costas a la parte apelante.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que según reiterada doctrina de esta Sala, no pueden servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley, las normas de carácter procesal, prescindiendo de la ley en que se hallen, lo que hace decaer los motivos primero, séptimo y octavo sobre la pretendida nulidad del procedimiento solicitada por los actores, hoy recurrentes, así como el motivo diez, relativo al defecto legal en la forma de proponer la demanda, y el motivo diez y ocho, respecto a las costas, pues aun amparado en el artículo 1902 del Código civil, según reiterada jurisprudencia, cuando no hay un precepto especial en la Ley rituarial o convenio entre las partes litigantes, que obligue a determinados pronunciamientos respecto al pago de las costas judiciales, no es susceptible de casación el acuerdo que sobre este punto adopte la Sala sentenciadora.

CONSIDERANDO: Que asimismo son desestimables los motivos segundo, sexto y noveno, amparados en el número 7 del artículo 1692 de la L. E. Civ., denunciando error de hecho en la apreciación de la prueba, que no puede prevalecer, por no tener el carácter de auténticos en casación los documentos básicos que han sido objeto de interpretación por el Tribunal «a quo», ni aquéllos que no hagan prueba por sí mismos, sin necesidad de interpretaciones, analogías o hipótesis, aparte de que la Sala sentenciadora, en uso de sus atribuciones, procedió a la apreciación conjunta de la prueba.

CONSIDERANDO: Que a la impugnación de la eficacia del matrimonio celebrado en La Habana por los padres de la demandada, hoy recurrida, se enderezan los motivos once, doce, trece, catorce y quince que tampoco pueden prevalecer, pues como acertadamente proclama el Tribunal «a quo» en el considerando tercero, el mismo día 6 agosto 1919, en que se contrajo el matrimonio civil, celebraron además los contrayentes, como católicos que eran, el respectivo matrimonio canónico, cumpliendo cuantos requisitos preceptúa la Santa Madre Iglesia Católica y su Concilio de Trento, en la Iglesia Parroquial de Nuestra Señora de la Caridad de La Habana, matrimonio canónico válido en Derecho, transcribiéndose el acta de su celebración en el Registro Consular español en la República de Cuba el día 5 de octubre de 1946, y también en el Registro correspondiente del Ministerio de Justicia español, con lo que el matrimonio canónico de que se trata goza de plenitud de efectos civiles desde el día de su celebración, con independencia de la fecha de su transcripción en armonía con los artículos 75, 76 y 100 y concordantes del Código civil, sin que la reforma de los primeros preceptos a que se refiere la sentencia recurrida tenga otro alcance que el de corroborar a mayor abundamiento, ya que en la redacción originaria del Código civil se concedía igual eficacia al

matrimonio canónico, por lo que a las disposiciones reformadas no se les da carácter retroactivo, habiendo declarado la Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 marzo 1941, evacuando una consulta del Ministerio de Asuntos Exteriores, «que en el supuesto de que los interesados hayan contraído matrimonio canónico y civil, el único que debe inscribirse en el Registro es el primero, que goza de eficacia en todos los países dado el ámbito universal de las leyes de la Iglesia y que es obligatorio para todos los españoles que profesen la Religión Católica», sin que haya pedido la nulidad de la transcripción, ni pueda apreciarse la existencia de la prescripción por haber transcurrido más de treinta años desde la celebración del matrimonio canónico, ya que no existe norma alguna que la establezca, bastando con la incoación del correspondiente expediente para la inscripción fuera del plazo, con arreglo a los trámites de la Ley y Reglamento del Registro Civil.

CONSIDERANDO: Que igual suerte ha de correr el motivo diez y seis dedicado a impugnar la legitimación por subsiguiente matrimonio de la demandada hoy recurrida, pues aparte de la eficacia del acto matrimonial, así se consignó de manera clara y expresa, según consta en la correspondiente acta, practicada a virtud de comparecencia de los padres ante la Autoridad que aun cuando no sea la española, estaba encargada del Registro Civil, no pudiendo desconocerse que en autos obra prueba abundantísima de la posesión por Rosa Fermína M. A., de estado de hija legítima, que tiene carácter de prueba supletoria con arreglo al artículo 116 del Código civil, y en todo caso bastaría, probado como está el matrimonio, con el reconocimiento de ese estado hecho por el causante en dos testamentos sucesivos, que tienen el carácter de documentos auténticos a efectos del artículo 115 del propio Código.

CONSIDERANDO: Que declarado por la jurisprudencia de esta Sala, que la acción de petición de herencia, por su naturaleza, como la del derecho de donde nace, es universal y puede ejercitarse durante treinta años (SS. de 18 mayo 1932, 12 abril 1951 y 12 noviembre 1953), probado en autos como recoge la sentencia impugnada en su cuarto considerando que la demandada recurrida nacida el 27 diciembre 1907, no llegó a la mayoría de edad hasta el 27 diciembre 1930, tiempo durante el que el padre, don Fermín M. G. poseyó los bienes de la herencia no por sí y con ánimo e intención de hacerlos propios, sino por derecho de representación y en virtud del que la patria potestad le otorgaba, desde la fecha de la mayoría de edad hasta la muerte de don Fermín (31 enero 1949), es visto que no había prescrito la acción petitoria, con lo que decaen los motivos cuarto y quinto, y falta el requisito de la posesión en nombre propio, parece asimismo el motivo tercero en que se alega la usucapion.

CONSIDERANDO: Que también hay que desestimar el motivo diez y siete fundado en la prohibición testamentaria de la intervención judicial, pues no hay otra forma de llevarla a cabo cuando premurieron al causante dos de los contadores partidores y el tercero, renunció a su cargo, y en todo caso tal condición, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, recogida en la S. de 12 diciembre 1959, en el caso

de autos habría de reputarse contraria a Derecho y por ello como no puesta con arreglo al artículo 792 del Código civil, no pudiendo ser sancionada la recurrida por utilizar el único medio adecuado para el logro de sus justas pretensiones que es la intervención de los Tribunales de Justicia, procediendo la desestimación íntegra del recurso.”

Nos encontramos, pues, ante un caso en el que, casi simultáneamente, se contrae matrimonio civil y canónico; el T. S. no duda de la eficacia del matrimonio canónico, aun contraído en el extranjero, independientemente del hecho de la inscripción.

Se insiste en la irretroactividad de la normativa matrimonial salvo disposición contraria.

En lo que se refiere al tema que aquí nos ocupa, la expresión profesar aparece únicamente en el seno de una cita de una R. D. G. R. y N., cita en el sentido de declarar que el matrimonio canónico es obligatorio para todos los españoles que “profesan la Religión Católica”. Creo que el T. S. al mencionar esta expresión en el seno de una sentencia con elementos que la “internacionalizan”, lo que pretende es hacer frente a la consideración de la “profesión” como elemento formal, lo que supondría a tal efecto que la ley aplicable sería la del lugar en que se contraiga el matrimonio; suponiendo una vía de escape de la aplicación del artículo 42 del Código civil.

El T. S. no pretende aclarar cuál es el contenido del término profesar; no se puede aventurar si no entra a aclarar su alcance, bien porque considera que tiene un sentido claro, o bien porque no es algo que se deba de dilucidar en este caso. El T. S. se limita a mencionar el término.

— *Sentencia de 5 de julio de 1965.*

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Jacinto García Monge y Martín.

— Hechos: “Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Málaga se interpone juicio declarativo de mayor cuantía por un súbdito norteamericano contra su esposa, en solicitud de que se declare la nulidad del matrimonio civil celebrado por ambos en Gibraltar, ante un funcionario británico, en razón a que siendo ella católica y de nacionalidad española no le era dable celebrar matrimonio distinto al canónico.

El Ministerio Fiscal, al contestar a la demanda formuló reconvencción alegando que de dicho matrimonio existían dos hijos menores por lo que para el supuesto de que fuera declarado nulo el matrimonio se declarara también la mala fe en su celebración del actor y la buena fe de la demandada, a todos los efectos civiles para ella y sus hijos. La demandada alegó incompetencia de jurisdicción porque dada su condición de católica, debía haberse planteado la demanda ante Juez Eclesiástico.

El Juzgado desestima la excepción de incompetencia alegada y también la demanda. La Audiencia de Granada revoca en todas sus partes

la sentencia apelada declara nulo y sin ningún valor ni efecto para los contrayentes el matrimonio civil efectuado, con la declaración de haber intervenido mala fe por ambos cónyuges y estimando parcialmente la reconvencción formulada por el Ministerio Fiscal declara que el referido matrimonio produzca efectos civiles en cuanto a los hijos del mismo.

La demandada interpuso recurso de casación que es estimado parcialmente por el T. S., el cual, después de casar la sentencia en la segunda, revoca parcialmente la recurrida y confirma la nulidad del matrimonio civil celebrado en Gibraltar por ambas partes, declarando haber intervenido mala fe por parte del actor y buena fe por parte de la demandada, por lo que debe surtir efectos civiles respecto a la esposa y a los hijos.”

— Primera sentencia: "CONSIDERANDO: Que la acción que en estos autos se ejercita, insta la nulidad del matrimonio, para ambos cónyuges, basándose el actor, ciudadano norteamericano súbdito del Estado de Maryland, en la disposición del artículo 42 del Código civil, respecto a deber celebrarse canónicamente el matrimonio cuando uno al menos de los contrayentes profesa la religión católica, circunstancia que afecta a la demandada, española, cuyo matrimonio civil había sido celebrado en un tercer país, Gibraltar, sometido a la soberanía de Inglaterra, y estimando la demanda por el alegado fundamento, el primero de los motivos, articulado conforme al numeral 1.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., invoca la violación de los artículos 9.º, 14 y 23, número 3.º del Código civil, y de la doctrina jurisprudencial que cita, por estimar el recurrente que ha de tenerse en cuenta como elemento esencial, y el estatuto personal del demandante, que se omite, y que por su naturaleza, y por haber adquirido la demandada la nacionalidad del actor, sería el que hubiere de regir acerca de la validez y eficacia del aludido matrimonio mixto, mas si el invocado artículo 9.º del Código civil, al ordenar que las leyes relativas a los derechos y deberes de familia o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero, y esta disposición legal ha de aplicarse, conforme a la doctrina, a los extranjeros, en cuanto a su propio estatuto personal, y éste les sigue en cualquier otro país, no puede olvidarse que en armonía a lo ordenado en el artículo 11 del citado Cuerpo legal y doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en Sentencia de 23 febrero 1944, lo dispuesto en este artículo se entiende en cuanto dichas leyes no se opongan a las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, y tal calificación debe aplicarse a la citada disposición legal, que afecta a la contrayente católica, sometida a la prohibición de celebrar matrimonio no canónico, sin que ésta puede obviarse mediante el fraude legal, de celebrar dicho matrimonio en otro país, teniendo asimismo en cuenta, que es a la condición legal de la contrayente en el momento de celebrar el matrimonio, esto es, a su nacionalidad española, y no a la posiblemente adquirida por dicho matrimonio, a la que debe atenderse por lo que, sea cualquiera el régimen legal que afecte al demandante, la naturaleza de orden público afectante a la norma prohibitiva

infringida, excluiría la posibilidad de aplicar dicho estatuto para decidir el litigio planteado en España, por residentes en esta nación, y ello hace decaer los fundamentos en que se apoya el primero de los motivos que se examina.

CONSIDERANDO: Que el segundo y tercero de los motivos del recurso plantean una misma cuestión, la de la improcedencia de declarar culpable a la esposa demandada juntamente con la del demandante, y al no ser dicha declaración instada en la demanda ni en la reconvencción formulada por el Ministerio Fiscal, que solicitó únicamente la declaración de culpabilidad del actor invocando el motivo que se formula conforme al numeral 3.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., la violación del artículo 359 del citado Cuerpo legal, al conceder la sentencia recurrida al actor más de lo que permitía la demanda, que no contiene pretensión sobre la declaración de culpabilidad de la esposa, y la reconvencción, que expresamente excluye esta declaración de culpabilidad solicitada expresamente respecto al marido, y el último de los motivos, con amparo en el número 2.º del citado precepto legal, plantea la misma cuestión, calificando como incongruencia la referida declaración de culpabilidad de la esposa por análogos fundamentos, concepto en el que se encuadra más adecuadamente la cuestión planteada, y habida cuenta de que, respecto a la declaración de culpabilidad del marido, reconocida en la sentencia recurrida, que se ajusta a la petición de este sentido contenida en la reconvencción formulada por el Ministerio Fiscal, no ha sido objeto de recurso y debe, por tanto, estimarse firme, culpabilidad por parte de la esposa no pedida en la demanda, ni en contradicción con la solicitud y fundamentos de la reconvencción, es procedente declarar su incongruencia; todo lo cual conduce a estimar este último motivo del recurso, casando y anulando la sentencia parcialmente, respecto a dicha declaración de culpabilidad de la esposa demandada.”

— Segunda sentencia: ”CONSIDERANDO: Que en armonía a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 69 del Código civil, habiendo intervenido buena fe por parte de la esposa demandada, el matrimonio ha de surtir efectos civiles, no obstante la declaración de nulidad, respecto a dicha esposa y de los hijos.

CONSIDERANDO: Que no existen motivos para hacer especial imposición de costas.”

Se plantea en esta sentencia una serie de importantes problemas: 1) Todo un grupo de cuestiones de Derecho internacional privado, en los que no cabe entrar ahora, pero de notable interés (92); 2) El viejo problema de si la lista del artículo 101 del Código civil es una lista cerrada o no (93). 3) El que profesa la religión católica, siendo espa-

(92) Vid., GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Prácticas de Derecho internacional privado*, séptima edición, Oviedo, 1979, páginas 72-73; PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Nota*, «Revista Española de Derecho Internacional», XIX, págs. 572-577.

(93) Esta sentencia considera—y lo señala con toda claridad—que tal lista no es cerrada. Este es el aspecto destacado en: PEÑA BERNALDO DE QUI-

ñol, si contrae matrimonio debe contraerlo canónico, y si lo contrae civil éste será nulo. Este tercer problema —muy relacionado con el anterior— es el tema que nos ocupa.

Para S.T.S. 5-VII-65, el que profesa la religión católica debe contraer matrimonio canónico. Y ¿qué es "profesar la religión católica"? Esta sentencia no entra a aclarar qué es "profesar la religión católica"; menciona el tema dos veces, ambas en el primer considerando, y con las siguientes frases: "Debe celebrarse canónicamente el matrimonio cuando uno al menos de los contrayentes profesa la religión católica, circunstancia que afecta a la demandada", y más adelante, "la contrayente católica, sometida a la prohibición de celebrar matrimonio no canónico".

Estas dos frases pueden interpretarse de dos maneras: 1.º) En la primera frase se afirma que aquel que profesa la religión católica debe contraer matrimonio canónico, y en la segunda se afirma que profesar la religión católica es equivalente a ser católico, y 2.º) En la primera frase se señala la obligatoriedad de que contraiga matrimonio canónico aquél que profese el catolicismo; la segunda frase se limita a señalar que la *professio religionis* es un tema de estatuto personal.

Personalmente, estimo que la segunda vía ha sido la seguida por el T. S.; cuando el T. S. emplea la palabra "católica" no está pensando en llenar de contenido el término "profesar".

De ser la otra solución la adoptada por nuestro más alto Tribunal, no sería ésta la sede metodológicamente correcta de situar esta sentencia, sino en el próximo epígrafe.

c) *Se identifica el término "profesar la religión católica" con el hecho de ser católico.*

Si en el epígrafe anterior se han mencionado aquellas sentencias en las que se alude al término profesar, pero en las que no se entra en la aclaración de su contenido, en este epígrafe se analizarán aquellas sentencias en las que, aludiendo al término profesar, se le identifica con otra expresión, igualmente vacía de contenido. Tal expresión es: el ser católico. En realidad, esta identificación no supone ningún avance en el sentido de dar un contenido a una expresión que carece de él. Se sustituye una expresión que nada quiere decir en el ordenamiento español, por otra sin contenido en el propio ordenamiento. Tal vez, este epígrafe y el anterior podrían haber sido uno sólo, pero he preferido separarlos para hacer notar una diferencia aunque sea meramente terminológica.

Tres sentencias pueden ser incluidas:

- S.T.S. 21-XII-63.
- S.T.S. 5-VII-65.
- S.T.S. 4-X-74.

— Sentencia de 21 de diciembre de 1963.

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Manuel Taboada Roca.

— Hechos: "Ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Madrid, la madre de un menor de edad y a nombre del hijo reclama alimentos consistentes en una pensión mensual de 5.000 pesetas. Alega al efecto que contrajo matrimonio con el demandado en Alemania, de cuyo matrimonio nació el hijo para quien reclama los alimentos, que posteriormente por la Audiencia de Berlín se dictó sentencia de divorcio encomendando la custodia del hijo a la madre reclamante.

El demandado opuso que no existió tal matrimonio y que no era cierta la paternidad que se le atribuía, asegurando que el matrimonio no era posible porque el demandado estaba ordenado «in sacris» en una comunidad religiosa.

El Juzgado desestima la demanda, pero la Sala 3.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial, revoca la sentencia, estima la demanda y condena al demandado a satisfacer la cantidad reclamada en concepto de alimentos desde la interposición de la demanda.

Los seis motivos en que se apoya el recurso de casación se reflejan en los considerandos que se transcriben y son desestimados por el T. S."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso formulado al amparo del número 1 del artículo 1692 de la L. E. Civ., denuncia la infracción por falta de aplicación del artículo 600 de la misma, que exige, para que tenga valor en juicio los documentos extranjeros que el asunto o materia del acto y contrato sea lícito y permitido en España, y la sentencia recurrida, comete su infracción —en sentir del recurrente—, porque los documentos extranjeros aportados con la demanda, mediante los cuales se pretende demostrar el matrimonio y la filiación, no pueden tener valor en juicio, ya que su contenido es ilícito en doble sentido, a saber: por tratarse de matrimonio soluble, cuando el artículo 52 del Código civil establece la indisolubilidad, y porque siendo el recurrente ordenado «in sacris» carecía de capacidad para celebrar dicho matrimonio, a tenor del artículo 83 de dicho Código y de los Cánones 1072 y 1073 y si los documentos en que se basa la demanda, no pueden tener valor en juicio, aquélla carecerá de base y tiene que ser desestimada, en opinión del aludido recurrente.

CONSIDERANDO: Que si bien es verdad que con arreglo a las leyes españolas, no podría pretenderse en nuestra Patria, la ejecución de una sentencia declaratoria de un divorcio vincular que afectase a un ciudadano español, aunque el testimonio de aquella sentencia estuviese adornado de todos los requisitos precisos para otorgarle autenticidad, lo cierto y real es que en el caso de autos, no se pretende tal eficacia, sino que, con los documentos acompañados a la demanda, que después se cotejaron con sus originales, lo que se prueba es —según la sentencia recurrida—, «la certeza del matrimonio celebrado

entre las partes, así como el nacimiento del hijo, a quien en el acta correspondiente del Registro Civil, se le puso el apellido del padre», nada de lo cual guarda relación con la ejecución de la sentencia de divorcio vincular.

CONSIDERANDO: Que, a mayor abundamiento, los hechos alegados por el demandado de ser católico, y estar ligado con votos solemnes y haber sido ordenado «in sacris» con anterioridad al matrimonio, no han sido acreditados plenamente y aunque originasen la nulidad del matrimonio tampoco podría privar de su paternidad al hijo nacido de ese matrimonio, porque, como también proclama la sentencia impugnada, «esa negación de efectos no se produce con respecto al nacimiento, pues lo mismo el artículo 69 del Código, que el artículo 3.º de la Ley de 12 marzo 1938 derogatoria de la del matrimonio civil determinan que, no obstante la no eficacia de tales matrimonios, los efectos civiles de éstos se producen con relación a los hijos».

CONSIDERANDO: Que en último término, ese invocado precepto de la Ley Procesal, aunque tenga cierto valor sustantivo para servir de base a la casación por infracción de ley, constituye más bien una norma valorativa de prueba, que vincula a los Tribunales y su vulneración sólo podría ser denunciada al amparo del número 7.º del artículo 1692, como originadora de un error de derecho en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo imputa a la sentencia recurrida, error de derecho en la apreciación de las pruebas a tenor del artículo 1692 número 7.º de la L. E. Civ. en relación con el artículo 328 del Código civil, cuya infracción se comete —en tesis del recurrente— porque la Comisión Rogatoria practicada para autenticar los documentos presentados con la demanda, afirma que la inscripción del nacimiento en el Registro Civil no se basa en una declaración de los padres, sino en un comunicado de la Fundación en donde dio a luz la madre del niño, y, sin embargo, la sentencia recurrida atribuye la paternidad de él a don Joaquín R., basándose en aquella inscripción en la que éste no intervino.

CONSIDERANDO: Que el artículo 328 del Código civil, que se invoca como infringido, se limita a disponer que no es necesaria la presentación del niño al Encargado del Registro, bastando la declaración de la persona obligada a hacerla, la cual será firmada por su autor, o por dos testigos a su ruego, si no pudiera firmar; pero no contiene ninguna norma de valoración de prueba, que vincula al Tribunal, en un determinado sentido, y que éste haya vulnerado.

CONSIDERANDO: Que con apoyo en el número 1.º del artículo 1692 de la L. E. Civ. se constituye el motivo tercero del recurso en el cual se imputa a la sentencia recurrida infracción del artículo 108 del Código civil ya que la aludida sentencia, en su considerando tercero, afirma que Luis Manuel R. H. es hijo legítimo del recurrente, porque nació dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, y, concretamente, a los dos meses de la celebración del mismo habiendo de suponer que estando en ese momen-

to, la mujer en período de gestación tan avanzada forzosamente su marido tenía que reconocer el embarazo de ella, con lo que —dice el aludido recurrente—, la sentencia viene a establecer una presunción, y no el hecho cierto que exige el artículo 110 para que se destruya la presunción de su legitimidad de los que nacen dentro del matrimonio, o sea, que la presunción legal, de no legitimidad, se destruye con otra presunción la de que el marido de la madre, debía conocer el embarazo de ésta, por el avanzado estado de gestación de ella, lo cual supone la aplicación indebida de dicho artículo, que exige la prueba del conocimiento del embarazo.

CONSIDERANDO: Que, realmente, esta argumentación —y especialmente la invocación del artículo 110 del Código civil— que tanta eficacia podría tener en un proceso sobre impugnación de paternidad o desconocimiento de legitimación, carece de ella en el actual proceso en que se litiga sobre prestación de la deuda alimenticia a un menor de edad reclamada por su madre, y cuya paternidad figura en los correspondientes registros, y que sólo se impugna indirectamente y en vía de defensa cuando ya van transcurridos diecinueve días desde el nacimiento de dicho niño y de su inscripción como hijo del demandado.

CONSIDERANDO: Que, además, aun cuando la sentencia impugnada dice literalmente «que habiendo dado a luz la actora a los dos meses de haber contraído matrimonio los litigantes, hay que suponer que a la fecha de ésta conocía el demandado el estado de embarazo de la misma», más que aventurar una presunción, lo que hace es —quizá, con frase feliz— sentar la afirmación de que el marido conocía el estado de embarazo de su mujer, cuando contrajo matrimonio con ella.

CONSIDERANDO: Que también es de tener en cuenta que la sentencia recurrida, no basa su pronunciamiento condenatorio únicamente en el hecho de que el marido debía conocer el estado de embarazo de su mujer cuando se casó con ella, sino que lo complementa con otros hechos de cuyo conjunto infiere «la certeza del matrimonio celebrado entre las partes, así como el nacimiento del hijo, a quien en el acta correspondiente se le puso el apellido del padre».

CONSIDERANDO: Que como motivo cuarto del recurso, se invoca la infracción del artículo 140 del Código civil, que preceptúa que el derecho a alimentos de los hijos legítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales, sólo podrá ejercitarse si la paternidad se infiere de una sentencia firme, o resulta de un documento indubitado en que expresamente se reconozca filiación; y como en autos —dice el recurrente—, no existe ni tal sentencia, ni ninguno de esos documentos acreditativos de la filiación, la sentencia que concede alimentos a un hijo ilegítimo, infringe aquel precepto.

CONSIDERANDO: Que bastaría el simple razonamiento de que no se indica, en ese motivo, cuál es el concepto en que la infracción se comete —como rotundamente exige el artículo 1720 de la Ley Procesal—, para que el motivo tuviera que ser desestimado; pero, añaden, en el caso de autos no se trata de hijo ilegítimo no natural,

pues no se declaró en el correspondiente proceso tal ilegitimidad; y, en último término, aun en este supuesto, siempre el hijo estaría amparado por la presunción de buena fe del matrimonio, que habría que destruir, y que, aun destruido, no la afectaría, según el ya mencionado artículo 69 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que también se atribuye a la sentencia recurrida, no ser congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y para formular ese quinto motivo en que se denuncia, se invoca el número 2.º del referido artículo 1792 de la Ley Procesal y se alega que es manifiesta la incongruencia, porque se piden alimentos para un hijo legítimo, y se conceden a un hijo ilegítimo; pero para la desestimación de este motivo, basta tener en cuenta: primero que en él no se hace la cita del artículo 359 de la L. E. Civ. que en los supuestos de incongruencia tiene que invocarse; segundo que los elementos no se condenan por su carácter de ilegítimo en el alimentista, sino por su condición de legítimo, que se alegaban en la demanda; tercero, que, como ya queda razonado, ningún Tribunal le ha otorgado esa cualidad de hijo legítimo que ahora le atribuye el recurrente; y cuarto que tampoco se lo ha desposeído de la cualidad de hijo del recurrente cuyo apellido ostentará hasta que se le prive del derecho de usarlo.

CONSIDERANDO: Que en ese mismo motivo quinto, se acusa otra incongruencia en la resolución impugnada que consiste, según el recurrente, en conceder los alimentos por tiempo indefinido, cuando debían de limitarse a la minoría de edad, para lo cual se pidieron.

CONSIDERANDO: Que si no fueran bastantes los razonamientos expuestos, para desestimar también esta incongruencia habría que llegar a la misma conclusión desestimatoria, si se tiene en cuenta: a) que solicitados alimentos para un menor de edad, en razón a esta circunstancia, parece natural que al desaparecer la causa cese también la obligación de prestarlos; y b) que, además, en el suplico de la demanda, no se hacía limitación alguna en cuanto a que la deuda alimenticia sólo se concretará a la minoridad del alimentista, y si el demandado temía que podría entenderse la petición para una duración indefinida, pudo, en la contestación, delimitar el objeto litigioso concretando los extremos del debate a esa menor edad del hijo para el cual se pedía.”

Es esta una sentencia, en la que el tema central —una vez más— no es el que aquí interesa. La mención al hecho de la profesión es meramente tangencial; de hecho, el recurrente no alude a una posible infracción del artículo 42 del Código civil.

Antes de entrar en el tema específico que aquí nos ocupa, querría señalar la extrañeza que produce la mención —aunque sea reproduciendo frases de la Audiencia— del artículo 3.º de la Ley de 12 de marzo de 1938. Tal Ley era derogatoria de la de Matrimonio Civil, y aplicable a unos casos muy claros y específicos: los matrimonios contraídos durante la vigencia de tal Ley. Nada permite suponer que el matrimonio objeto de la sentencia sea uno de aquéllos.

El tercer considerando es el único en el que aparece una mención del tema objeto de este estudio.

No se habla de "profesar el catolicismo", sino de "ser católico", lo cual supondría identificar ambos términos, puesto que el término católico no aparece en el Código civil aisladamente, y por lo tanto su empleo no puede hacer referencia a otra cosa que a la expresión "profesar la religión católica" del artículo 42 del Código civil.

Por otra parte, y en íntima conexión, en este mismo considerando, el T. S. no se decide en un sentido o en otro, a propósito de si la lista del artículo 101 del Código civil es cerrada o no. La expresión "aunque originasen la nulidad" así lo permite suponer.

— *Sentencia de 5 de julio de 1965.*

Esta sentencia ya fue transcrita y analizada en el anterior epígrafe. También se explicaba allí cuáles fueron las razones que indujeron a incluirla allí, pero mencionándola aquí; y qué postura había que adoptar para incluirla aquí y no allá.

— *Sentencia de 4 de octubre de 1974.*

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Mariano Gimeno Fernández.

— Hechos: "Don Pablo G. del A. dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 24 de los de Madrid, demanda contra doña Cárol A. P. y el Ministerio Fiscal, sobre separación de matrimonio civil.

Los antecedentes de hecho necesarios para el estudio de esta sentencia, se recogen en los considerandos de la misma.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la reconvencción del Ministerio Fiscal, y estimando la demanda parcialmente y reconvencción propuesta esta última por la esposa demandada, decretó la separación de los cónyuges, acordando la separación de bienes de la sociedad conyugal; y en cuanto al sustento, guarda y custodia de los hijos se proveerá en ejecución de sentencia, sin condena de costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó, sin hacer especial condena en las costas de la apelación.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El T. S. casa la sentencia."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que el motivo primero del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal por el cauce del número 7.º del artículo 1692 de la L. E. Civ. aduciendo un error de hecho, es rechazable porque el tema que plantea no es otro que el de la inexistencia de prueba de acatolicidad de los contrayentes, cuyo extremo manifiesta no se desprende de la certificación de la inscripción del matrimonio en la Oficina del Registro de aquéllos en Gibraltar y demás que se acompaña a la demanda, lo que no ha sido negado ni desconocido por la sentencia recurrida, que fundamenta la resolución en la interpretación de determinados artículos de la Ley del Registro

Civil y su Reglamento, de los que se desprende la posibilidad de la validez del matrimonio civil celebrado con arreglo a la legislación del lugar ante la Autoridad local interviniente, en relación con determinadas manifestaciones hechas en los escritos de las partes, las que carecen del carácter de auténticos a los efectos de apoyar un error de hecho en casación, y la discusión de tal interpretación no es propia del cauce legal de este motivo, sino en todo caso, del número 1.º del propio artículo 1692 de la misma Ley.

CONSIDERANDO: Que bajo los motivos segundo y tercero del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, ambos formulados por el cauce del número 1.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., se acusa en el primero de ellos la interpretación errónea de los artículos 73 de la Ley del Registro Civil y 249 de su Reglamento, en que se apoya la sentencia recurrida, en relación con el número 4 del artículo 101 del Código civil y en el tercero, la violación del párrafo 3.º del artículo 42 y último del artículo 86 del Código civil, en relación con el 4 y 9 del mismo Cuerpo legal, igualmente violados, motivos que han de estimarse, pues, si bien la legislación vigente del Registro Civil y concretamente el artículo 73 de la Ley, viene a reconocer la posibilidad de la validez de los matrimonios civiles celebrados por españoles en el extranjero conforme a la legislación del lugar, sentido en que debe entenderse modificada la dicción del número 4 del artículo 101 del Código civil, que en el caso presente resultaría reforzada por la situación especial del territorio de Gibraltar, carente de representación consular española; sin embargo, para el reconocimiento de la validez de aquél y eficacia en España, se exige la prueba de la acatolicidad de los contrayentes, lo que debe verificarse y acreditarse con anterioridad a aquel acto, y cuando no resulte se haya llevado a cabo, con posterioridad al mismo, a través del expediente que para su transcripción en el Registro Civil español, haya de instruirse con arreglo al citado precepto de la Ley del Registro Civil y concordante artículo 249 de su Reglamento, requisito el de la inscripción, previa la oportuna prueba de acatolicidad, necesario para que pueda reconocerse al matrimonio celebrado en aquellas circunstancias plena eficacia en España, y como en el caso de autos la propia sentencia recurrida señala, con cita incluso de los correspondientes folios, sólo constan unas manifestaciones de acatolicidad hechas en la demanda por la representación del actor, no reconocidas por la representación de la otra parte, que manifiesta en su contestación a la demanda ignorar que profesa aquél, afirmando por su parte que su representada es protestante, manifestaciones no ratificadas por las propias partes personalmente durante el período probatorio, ni complementadas con ningún otro medio de prueba, que ni siquiera se ha intentado, son manifestaciones insuficientes para acreditar aquellos extremos, por lo que resulta evidente que la existencia de aquel acto o matrimonio civil celebrado en Gibraltar ante la Autoridad local con arreglo a la legislación inglesa, no puede reconocérsele validez ni eficacia en España, por faltarle la prueba de la acatolicidad de los contrayentes en la fecha de celebrarse el matrimonio civil atendida la nacionalidad española del demandante, lo

que lleva consigo la nulidad del acto conforme al artículo 4 y 9 del Código civil vigente en la fecha de la celebración del matrimonio, preceptos que se invocan como infringidos en el motivo tercero del recurso juntamente con el párrafo 3.º del artículo 42 del propio Cuerpo legal, que exige para que pueda autorizarse la celebración del matrimonio civil la probanza de que ninguno de los contrayentes profesan la religión católica, incumbiendo la prueba de dichos extremos a los propios contrayentes conforme al párrafo último del artículo 86 del mismo Código y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, procede su casación acordando la nulidad e ineficacia del matrimonio civil a que el presente proceso se refiere, sin hacer expresa imposición de costas del recurso."

Un matrimonio civil, contraído en el extranjero, es, una vez más, el elemento que desencadena una actividad judicial.

Se trata de una sentencia muy reciente —1974—, que alcanza un resultado, pretendidamente "progresista": lograr la anulación matrimonial; y lo alcanza mediante unos instrumentos claramente "reaccionarios": dificultar la posibilidad de acceso al matrimonio civil.

En el aspecto que interesa ahora, la idea básica de la sentencia es que: un matrimonio civil entre protestante extranjera y católico español, celebrado en el extranjero, no será válido si no se prueba la acatolicidad.

Al concepto "profesar la religión católica" se hace referencia varias veces a lo largo de la sentencia y con diversas palabras: Considerando primero: "prueba de acatolicidad". Considerando segundo: "prueba de acatolicidad" (en tres ocasiones), "manifestaciones de acatolicidad", "religión que profesa", "profesan la religión".

Como en sentencias anteriores, los términos "profesar el catolicismo" y "ser católico" se consideran equivalentes. En el comentario a la anterior sentencia se indicaba que a efectos del ordenamiento español poco cambio suponía la utilización de éste o aquel término, pues ninguno de ellos tiene un contenido preciso en nuestro sistema jurídico.

Así, pues, creo que en S.T.S. 4-X-74 se identifica el término "profesar la religión católica" con el ser católico. Ahora bien, he señalado más arriba que entre las expresiones empleadas para aludir al concepto profesar, aparece en el segundo considerando la expresión: "manifestaciones de acatolicidad". ¿Significa acaso esto que el T. S. se inclina por la posición subjetivista? ¿significa que en esta sentencia se afirma que, para contraer matrimonio civil, basta —y es necesario— declarar que no se profesa? Tomando la expresión aisladamente tal vez la respuesta debería ser afirmativa; sin embargo, en su contexto, lo único que pretende decir es que no es suficiente prueba de "no profesión de la religión católica" el hecho que en la demanda el actor declare no profesar. Lo cual es evidente, no sólo en este caso, sino en cualquier otro supuesto; si hay que probar algún extremo que afecte a la validez de un negocio jurídico, no se trata de probar que tal ex-

tremo se da en el momento del pleito, sino en el momento de celebración del negocio.

Por último, conviene señalar, aunque ello no afecte sino sólo tangencialmente a nuestro tema, que en esta sentencia se mantiene que la prueba de la acatolicidad —en el supuesto de matrimonio en el extranjero— puede darse con posterioridad a tal matrimonio; puede darse en el momento de elaboración del expediente que permitirá su inscripción en el Registro Civil.

d) *El matrimonio civil en España y el hecho de estar bautizado.*

Se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que el tema más polémico, el tema con mayor trascendencia, el elemento que calificaría el sistema matrimonial, en el período analizado, trascendentalmente, sería el de si un bautizado —por el hecho de serlo— estaría obligado a contraer matrimonio canónico.

En un momento —1941— la Administración se mostró beligerante en este punto, al pretender imponer tal obligación (94).

Para alcanzar tal conclusión —la de que todo bautizado está obligado a contraer matrimonio canónico— se podrían seguir dos vías:

1) Considerar que la Administración es competente para interpretar el término "profesar la religión católica" del artículo 42 del Código civil. En cuyo caso los bautizados han estado obligados a contraer el matrimonio canónico, desde 1941 a 1956.

2) Considerar que el artículo 42 del Código civil es aplicable sin necesidad de interpretación, y considerar que "profesar la religión católica" significa, indubitadamente, estar bautizado.

Creo que ninguna de las dos afirmaciones de la segunda posibilidad serían ciertas; pienso: 1.º) Que el contenido del artículo 42 del Código civil no es claro y que por lo tanto necesita de una interpretación, y 2.º) Que la única autoridad competente para realizar tal interpretación es la judicial.

El tema del bautismo, como elemento calificador del español ante el matrimonio, ha sido planteado en las siguientes sentencias:

— S.T.S. 21-X-59.

— S.T.S. 16-III-67.

— *Sentencia de 21 de octubre de 1959.*

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Antonio de Vicente Tutor.

— Hechos: "Por escrito fecha 8 septiembre 1952 la actora doña Ana E. R. dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Madrid, demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía sobre nulidad de matrimonio, contra su esposo, don Ceza L. D.

La parte actora solicita la nulidad del matrimonio civil contraído con el demandante por su condición de católica.

(94) Vid., IBÁN, IVÁN C., *Matrimonio...*, cit., págs. 141-145.

La parte demandada se opuso alegando que la actora en el momento del matrimonio no era católica, pues pertenecía a la doctrina Evangelista.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia declarando: 1.º) La nulidad absoluta del matrimonio civil contraído por la actora con el demandado en el día 26 de julio de 1946 ante el Juez Municipal número 6 del Distrito del Hospicio de Madrid, mandando anular la inscripción del referido matrimonio obrante en el Registro Civil del expresado Distrito y todas aquellas inscripciones o anotaciones que hubiera del expresado matrimonio en Registros públicos. 2.º) La buena fe de ambos contrayentes, los demandante y demandado. 3.º) Plena efectividad civil del matrimonio contraído por la buena fe y por consecuencia la absoluta legitimidad de los dos hijos del matrimonio, Margarita y Oscar L. E., habidos durante aquél. 4.º) Que sea puesto al cuidado de la actora la hija Margarita y al cuidado del padre el hijo Oscar, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas del juicio. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial desestimó la demanda deducida absolviendo al marido, sin hacer especial mención de costas.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto y en consecuencia dictó segunda sentencia confirmando la pronunciada por el Juez de Primera Instancia, pero deberá dar cuenta a la Junta de Protección de Menores de la sentencia y de los hechos en que se basa a los efectos pertinentes; todo ello sin expresa condena en costas en ninguna de las instancias."

— Primera sentencia: "CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso por el cauce del número séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se basa en error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documento auténtico señalando el recurrente como tal la certificación aportada a los autos en diligencias para mejor proveer acordadas por el Juez de Instancia y expedida por el Rector de la Iglesia Española Reformada, acreditativa de que la recurrente no figuraba inscrita en los libros registros de tal iglesia durante el período de 1946 a 1953; teniendo en cuenta que dicho documento no puede reputarse como auténtico a efectos de casación, sobre todo si se observa que está en abierta contradicción con el expedido el 8 de julio de 1946 por el entonces Rector de la misma Iglesia que certifica que la propia recurrente profesaba entonces la religión cristiana evangélica, aseveración que no puede ser desvirtuada por la declaración del mismo certificante de no ser cierta, sin otra prueba o dato justificativo que tan radical cambio de postura, que tampoco dice en pro de su seriedad; parece clara la procedencia de desestimar el motivo estudiado; pero aun cuando así no fuera siempre resultaría que la certificación aducida como auténtica sólo acreditaría la falta de inscripción en los libros registros, pero no que la señora E. dejara de estar afiliada a la religión de referencia, que sería lo único interesante

a los efectos solicitados; y sin olvidar que la Sala sentenciadora en uso de sus prerrogativas deduce la apreciación de las pruebas practicadas del resultado conjunto de todas ellas y no únicamente de las certificaciones en cuestión.

CONSIDERANDO: Que del estudio de lo actuado se desprende que se ha acreditado documentalmente que la recurrente doña Ana E. R. recibió el Sacramento del Bautismo, por lo que conforme al canon 87 del Código Canónico ingresó en la Iglesia católica formando como persona en la misma y como quiera que dicho sacramento imprime carácter —canon 732— su cualidad de católica la acompañaba toda la vida, perdiéndola únicamente o bien por ser arrojada de la Iglesia Católica por excomunión o de abandono voluntario mediante la apostasía formulante acreditada; y habida cuenta que si bien concurren en dicha recurrente diversas circunstancias que pudieran suponerle incursa en la sanción que señala el canon 2319 y como más genuina la de presentar a su hijo varón a ministros acatólicos para su ingreso en la religión de éstos y en ella ser educado y también ha manifestado públicamente y en documentos y actos oficiales su separación del catolicismo y su ingreso en otra religión, lo cierto y positivo es que no consta que por las autoridades competentes de la Iglesia católica se haya hecho declaración sobre ninguno de los dos extremos referidos y habrá de considerarse a la recurrente como católica al carecer esta jurisdicción de competencia para determinar la realidad y efectividad de causa suficiente para estimarla fuera de la comunidad de la Iglesia por alguno de los motivos enunciados.

CONSIDERANDO: Que sentada la anterior doctrina no puede ofrecer la menor duda que tanto conforme al canon 1099 como a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil en su redacción anterior dada la fecha del matrimonio y Orden de 10 de marzo de 1941 la señora E. venía obligada a celebrar su matrimonio de forma canónica y como quiera que no lo hizo y por el contrario lo celebró en forma civil y éste se practicó con todos los requisitos extrínsecos, puesto que figuró documentalmente que estaba afiliada a otro credo; es obligado determinar las consecuencias jurídicas de tal ficción, en orden a los efectos producidos por el matrimonio de los litigantes en pugna tanto con los preceptos canónicos como con los civiles enunciados.

CONSIDERANDO: Que es principio de derecho que los actos jurídicos como el matrimonio, revestido de todas las circunstancias extrínsecas o formales, sólo son susceptibles de anulación en los casos que la Ley no determina expresamente, sin que quepa en modo alguno su ampliación analógica, ni por similitud con disposiciones, dictadas para relaciones jurídicas diferentes; y teniendo en cuenta que además de estar implícitamente comprendido según la doctrina en el número 4.º del artículo 101 de la Ley sustantiva civil, está integrado en forma inequívoca en tal artículo 42, sustancial en la materia, que entraña la definición y esencia de la institución; parece evidente que conforme al artículo cuarto del mismo Código el matrimonio celebrado por los litigantes es nulo con nulidad radical, como realizado contra lo dispuesto en la Ley, por lo que la sentencia impugnada al declarar

su validez ha interpretado erróneamente los preceptos referidos, con violación del últimamente citado y debe prosperar el segundo motivo del recurso que, por la vía del número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se articula basado en dichas infracciones; máxime si se tiene en cuenta la nueva redacción dada al citado artículo 42 por la Ley de 24 de abril de 1958, más taxativa en la obligación que impone a los católicos de contraer matrimonio canónico que la anterior y que aun cuando no sea de aplicación el caso cuestionado por su fecha persiste y refuerza una orientación que no cabe desconocer.

CONSIDERANDO: A mayor abundamiento, que confirma la anterior doctrina el hecho de que para que pudiera celebrarse el matrimonio civil de los litigantes fue preciso que la recurrente ocultara su condición de bautizada en la Iglesia católica, fingiendo por una certificación, que después declaró falsa su propio firmante, que militaba en otra Iglesia; ya que en otro caso el matrimonio no se hubiera podido realizar conforme a lo dispuesto en la citada Orden de 1941, llegando en el supuesto de no haber obtenido la referida certificación, a tener que presentar declaración jurada de no estar bautizada, a cuya exactitud estaba ligada la validez y efectos civiles del matrimonio y como hubiera resultado falsa la declaración también habría sido nulo el matrimonio; por todo lo que y cualquiera que sea el concepto que merezca a la Sala la actuación de la recurrente y los móviles que la llevaron tanto a la celebración del matrimonio civil como ahora para pedir su nulidad, procede declarar haber lugar al recurso, casando y anulando la resolución recurrida, sin hacer especial declaración sobre las costas del recurso."

— Segunda sentencia: "CONSIDERANDO: Que por los propios fundamentos de la sentencia de esta misma fecha dictada en el recurso de casación y los que sirven de fundamento a la que en primera instancia pronunció el Juzgado número cinco de los de Madrid con fecha 13 de octubre de 1953, que expresamente se aceptan; procede confirmar el fallo que contiene sin hacer especial declaración sobre costas de ninguna de las instancias.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto en los fundamentos de la sentencia de casación, se desprende claramente la mala fe con que procedió la recurrente al contraer el matrimonio civil aportando un documento de contenido falso; y como quiera que el marido no pudo desconocer tales hechos debe concluirse que ambos contrayente obraron de mala fe y que ésta se compensa a efectos ulteriores."

La sentencia más arriba transcrita es una de las de mayor importancia de la reciente historia del sistema matrimonial español. Se plantean en ella los temas más trascendentales a ese propósito: nulidad de matrimonios por otros motivos que los indicados en el artículo 101, retroactividad de las leyes matrimoniales, aplicabilidad del C.I.C., legalidad de la Orden del 41, el matrimonio bajo condición, requisitos para contraer matrimonio civil, etc....; prueba de su importancia es

que se trata de sentencia muy citada por la doctrina (95). Pero para el presente estudio un tema destaca entre todos: los bautizados ante el matrimonio civil, en el período de vigencia de la Orden del 41.

En el último considerando de la primera sentencia se señala, con toda claridad, que en el período de vigencia de la Orden del 41 todo bautizado está obligado al matrimonio canónico. En esta sentencia el T. S. declara la legalidad de la Orden de 1941. Tal vez sea ir demasiado lejos, pero se puede afirmar que el 21 de octubre de 1959 el T. S. abandona su tarea interpretadora de las leyes, para transferirla a la Administración. Y no se diga que el T. S. interpreta primero, y *a posteriori* comprueba que su interpretación coincide con la administrativa; no, el T. S. invoca una Orden de un Ministerio para justificar su interpretación de un precepto legal con rango de Ley: el artículo 42 del Código civil.

Pero no es éste el único aspecto que merece ser atendido; la S.T.S. 21-X-59 merece un más amplio comentario, aun apartándose del hilo conductor de este trabajo. Tal vez cada uno de los considerandos merezcan un comentario —aunque sea, necesariamente, breve— por separado.

En el primer considerando nos encontramos ante un supuesto ciertamente singular. La actora presenta un documento para poder acceder al matrimonio civil, y más adelante —para lograr la declaración de nulidad de tal matrimonio— se presenta un documento de contenido diametralmente opuesto, y emitido por la misma persona. No entra el T. S., ni los comentaristas, en las posibles dificultades que debería de tener el presentar como prueba una certificación de "el rector de la Iglesia Española Reformada"; recuérdese que estamos antes de la Ley de 1967 sobre el Derecho civil a la libertad religiosa (sé que en la Orden de 1941 —que aquí se aplica— se habla de prueba documental de acatolicidad, pero precisamente tal exigencia —por dificultades de todo tipo, incluso procesales— convierte al sistema de la Orden del 41 en un sistema muy próximo al de matrimonio religioso obligatorio); en el mejor de los casos sería una prueba a incluir en el número 3.º del artículo 578 y en los artículos 602 a 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Veamos la opinión de Díez-Picazo a propósito de este considerando: "al cargar el acento sobre la falsedad, el T. S. se desvía un tanto del punto de origen de la discusión. La falsedad consciente podrá jugar un papel en orden a establecer la mala fe del contrayente a efectos de la aplicación del artículo 69, pero es por sí misma irrelevante desde el punto de vista de las consecuencias que se quieren extraer del artículo 42. Ocurre, además, que al admitírsele a la actora la alegación

(95) Entre otros: DÍEZ-PICAZO, Luis, *Estudios...*, cit., págs. 18-21; LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de Familia*, cit., pág. 31; LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, *Consultas gubernativas...*, cit., pág. 172; IDEM, *Matrimonio civil...*, cit., pág. 123; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Matrimonio...*, cit., pág. 891; PORTERO SÁNCHEZ, Luis, *Jurisprudencia estatal en materia eclesiástica*, Madrid, 1968, págs. 41-42.

de su propia falsedad, para que triunfe su petición de entender nulo el matrimonio, se vulnera el aforismo «*nemo propriam turpitudinem allegans auditur*» y se le está tratando con una cierta lenidad, pues se le permite poner fin al matrimonio" (96). Con esto basta.

En el segundo considerando se pueden distinguir tres partes: 1.ª) El T. S. da unas reglas generales acerca de quién no es católico, 2.ª) Considera que se han dado suficientes razones como para proceder a separar de la Iglesia a la actora, y 3.ª) Se declara incompetente para separar a la actora de la Iglesia. Algunas precisiones son procedentes. Es cierto que "por el bautismo queda el hombre constituido persona en la Iglesia de Cristo"; es cierto que el Sacramento del Bautismo "imprime carácter"; pero esa "impresión de carácter" no se borra por la excomunión. El T. S. señala que en la actora "concurren... diversas circunstancias que pudieran suponerle incurso en la sanción que señala el canon 2319"; el T. S. se refiere en concreto al punto 3.º del § 1 del 2319; pero esta excomunión es *latae sententiae* y "*Poenam dicitur: «Latae sententiae», si poena determinata ita sit addita legi vel praecepto ut incurratur ipso facto commissi delicti*" (97). Por lo tanto sí, en opinión del T. S., se deja de ser católico al incurrir en la pena de excomunión, la actora ya no es católica. El hecho de que el T. S. se declare incompetente para aplicar el Derecho canónico, por obvio, no merece mayor comentario.

El T. S., que pocas líneas arriba se declara incompetente para aplicar el Derecho canónico, en el tercer considerando invoca un precepto canónico para apoyar sus argumentaciones.

Dos ideas son destacables en el siguiente considerando: de una parte, la argumentación para considerar la infracción del artículo 42 como causa de nulidad, que resume Díez-Picazo con las siguientes palabras: "El matrimonio civil, cuando uno de los contrayentes es un bautizado, es un matrimonio nulo. Existe una causa de nulidad perfectamente comprendida en el artículo 101 número 4.º, pues se contrae ante un funcionario que carece de competencia. Es, además, un negocio ilegal que cae bajo la órbita del artículo 4.º Código civil. Se trata de una nulidad absoluta y radical por tratarse de un acto realizado en contra de una disposición legal, que es el artículo 42" (98). No parece imprescindible la construcción en torno al artículo 101, 4.º, del Código civil, pues con el 4 es suficiente.

Al final de este considerando se alude al nuevo texto del artículo 42 del Código civil. No comprendo de dónde se deduce que la redacción del 42 reformado es "más taxativa en la obligación que impone a los católicos de contraer matrimonio canónico". En cuanto a afirmar que la tendencia es la de dificultar el matrimonio civil a los católicos me parece inexacto.

El último considerando es el más ilustrativo para alcanzar la meta propuesta: delinear la evolución de la actitud del T. S. ante el término "profesar la religión católica", pero esto ya se vio más arriba.

(96) Díez-PICAZO, Luis, *Estudios...*, cit., págs. 20-21.

(97) Canon 2217, § 1, 2.º del C.I.C.

(98) Díez-PICAZO, Luis, *Estudios...*, cit., pág. 20.

Díez-Picazo pregunta en su comentario a esta sentencia: "¿Quiere ello decir que, por rebote, una legislación rígida en materia de matrimonios civiles dulcifica paradójicamente, por la vía de la nulidad, las consecuencias, rígidas también, del principio de indisolubilidad del matrimonio?" (99). A la luz de esta sentencia la respuesta sólo puede ser afirmativa.

Duro y exacto es también, en su comentario, Peña: "quizá en algún caso se ha llegado a la declaración de nulidad con excesiva facilidad: así, por no constar que las autoridades de la Iglesia hayan hecho ninguna declaración sobre la excomunión o sobre la apostasía formal de contrayente, bautizado en la Iglesia católica (cf. S. 21 octubre 1959) (100). Es obvio que esta doctrina no logra la total armonía con la disciplina canónica (cf. canon 1099). Y, en cambio, está en contradicción con lo dispuesto en el artículo 42 Código civil —particularmente tal como estaba redactado al tiempo del matrimonio—, pues según tal artículo —y conforme a la interpretación que apoyan abundantes razones— procede autorizar el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profesa la religión católica, de cuya religión apostatan, sin exigirse, además, declaración, penal o no, en sentido alguno, de las autoridades eclesiásticas" (101).

En resumen, y en lo que aquí interesa, la S.T.S. 21-X-59, identifica el término "profesar la religión católica" con el hecho de estar bautizado.

— *Sentencia de 16 de marzo de 1967.*

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu.

— Hechos: "Doña Margarita B. G., representada por un Procurador, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 de los de Barcelona, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, contra don Egón R. K. y el Ministerio Fiscal, sobre nulidad de matrimonio civil y otros extremos.

La actora solicita la nulidad de su matrimonio civil por haberlo contraído mediante una declaración jurada de no profesar la Religión Católica, a pesar de estar bautizada, asimismo solicita se le prive al padre de la patria potestad sobre el hijo de ambos, entregando el niño al cuidado de la madre.

El demandado se opuso alegando que el matrimonio civil se celebró en España, pero no se consumó hasta haberse celebrado el matrimonio religioso-judío en París, y que en todo caso le pertenece la patria potestad sobre el hijo.

El Sr. D. Egón R. K. presentó una nueva demanda solicitando,

(99) *Ibidem*, pág. 21.

(100) Hay que tener en cuenta que esta sentencia se refiere a un matrimonio celebrado con infracción de las prevenciones adoptadas—en desarrollo del artículo 42, Código civil—por la Orden de 10 de marzo de 1941, la cual podría relativizar y en algún modo explicar—aunque *no justificar*, por el valor subordinado de toda orden ministerial— la doctrina que sienta. Es nota de Peña. El subrayado es mío.

(101) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Matrimonio...*, cit., págs. 891-892.

para el improbable caso de ser declarado nulo el matrimonio, no se le prive de la patria potestad.

Ambos pleitos fueron acumulados.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia por la que, desestimando la demanda promovida por doña Margarita B. G., declaró la improcedencia de la suspensión de la patria potestad y que ésta corresponde al padre, señor R. K., sin expresa imposición sobre costas. Apelada la sentencia, fue confirmada por la Audiencia, sin expresa imposición de costas.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El T. S. declaró haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia, la que dejó sin efecto, y dictó segunda sentencia por la que declaró la nulidad del matrimonio, quedando el hijo bajo el poder y cuidado de la madre.”

— Primera sentencia: "CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso amparado en el número 7.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., carece en absoluto de virtualidad en cuanto tiende a que se declare que la recurrente fue bautizada en la Iglesia Católica, cuando tal hecho no ha sido impugnado en el proceso, la sentencia recurrida la admite tácitamente y aparece documentalmente probado en el juicio.

CONSIDERANDO: Que el segundo de los motivos articulados, que se encauza procesalmente por el número 1.º del citado artículo 1692, denuncia la violación por inaplicación de la sentencia recurrida del párrafo 1.º del artículo 4.º del Código civil, y de la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala de 21 octubre y 12 noviembre 1959 y 16 febrero 1961, así como por interpretación errónea de los artículos 42 y 101 del Código en relación al 1.º de la Orden de 10 marzo 1941, por entender la recurrente que habiendo sido bautizada pertenece a la religión católica y venía obligada a contraer matrimonio canónicamente y es nulo el civil que celebró; y habida cuenta que en el estado actual de la legislación, y conforme a la constante jurisprudencia de esta Sala en las sentencias que invocan y la posterior de 5 julio 1965, la recurrente, por haber recibido el Sacramento del Bautismo, ingresó como persona en la Iglesia Católica según el canon 87 del Código canónico, y conforme a los 732 y 737 del mismo, tal Sacramento imprime carácter y la acompaña toda la vida, perdiéndolo únicamente si fuera arrojada de ella mediante excomunión o por abandono voluntario por apostasía formalmente acreditada o entredicho solemnemente declarado por Autoridad Eclesiástica competente, en forma escrita debidamente publicada; es evidente que no acreditado en el proceso ninguna de estas últimas circunstancias y careciendo esta Jurisdicción de competencia para determinar la realidad y efectividad de causa suficiente para estimarla fuera de la comunidad de la Iglesia y cualquiera que sea el concepto que su conducta merezca a esta Sala, habrá necesariamente de estarse, a todos los efectos, a su condición de católica para resolver el problema planteado.

CONSIDERANDO: Que sentada la anterior doctrina, no puede ofrecer la menor duda que la recurrente venía obligada al contraer

matrimonio, a celebrarlo en forma canónica, como determina el artículo 42 del Código civil, y el 1.º de la O. 10 marzo 1941, sin que le estuviera permitido contraerlo en forma civil, aunque para ello presentara declaración jurada de no haber sido bautizada, ya que tal declaración era falsa, y quedaba sometida a su exactitud la validez del matrimonio y, en su consecuencia, tal matrimonio civil fue radicalmente nulo, por lo que la sentencia recurrida, al declarar lo contrario, ha infringido los preceptos invocados y debe ser casada y anulada prosperando el segundo motivo del recurso, sin necesidad de entrar en el examen de los restantes articulados; y sin que sea obstáculo para ello las razones aducidas por la Sala de Instancia, todas de índole moral y de indudable peso, pero que no pueden revocar los preceptos legales en la actualidad vigentes.”

— Segunda sentencia: ”CONSIDERANDO: Que por los fundamentos de la sentencia de esta fecha que precede, recaída en el recurso de casación, procede declarar la nulidad del matrimonio civil celebrado entre los litigantes accediendo al pedimento primero de la demanda, que impide resolver sobre el segundo que se articula con carácter subsidiario para el supuesto de que aquél no prosperara.

CONSIDERANDO: Que del estudio de lo actuado se desprende que ambos cónyuges procedieron con mala fe al contraer el matrimonio en cuestión, la mujer al firmar la declaración jurada de no haber sido bautizada y al ingresar y practicar en otra religión; y el esposo al extender dicha declaración y demás documentos precisos para su celebración, ocultando los domicilios de ambos y reseñando otros que no respondían a la realidad y demás actos por los dos efectos, por todo lo cual, haciendo uso de la autorización concedida en los artículos 70 y 73 del Código civil, y con miras sólo al beneficio del hijo del matrimonio, dada su edad del momento de presentación de la demanda y en la actualidad su estado de salud y las atenciones que requiere, procede decretar que el hijo quede bajo el poder y cuidado de la madre.

CONSIDERANDO: Que no concurren méritos para hacer una especial declaración sobre costas en ninguna de las instancias.”

Ningún argumento nuevo aporta esta sentencia con respecto a la analizada inmediatamente arriba (S.T.S. 21-X-59). Por lo tanto ningún comentario nuevo procede ser hecho con respecto a su contenido.

Sí es importante señalar la coincidencia en el Magistrado ponente; no pretendo ignorar que las sentencias de nuestro más alto Tribunal son elaboradas colegiadamente, pero es perfectamente cierto que el ”estilo” de algunos magistrados ponentes se puede descubrir en sentencias con años de diferencia. Este es el caso.

Junto a la mención anterior (un punto más que anecdótica), también es necesario aludir a otro extremo. Es, evidentemente, sorprendente que a tan sólo un trimestre de la Ley de Libertad Religiosa se produzca una sentencia tan restrictiva. Se está aplicando una norma de 1941, pero tampoco se debe olvidar que las normas se deban de in-

terpretar según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y la realidad social es distinta en 1967 que en 1941 (102).

Así, pues, esta sentencia vuelve a aplicar la Orden de 1941 a la letra. Aquél que, siendo bautizado, pretenda contraer matrimonio, lo deberá contraer canónico.

Quedan, así, analizadas las dos sentencias más restrictivas de la moderna historia del sistema matrimonial español. Dos sentencias, en las cuales se aplica textualmente la Orden del 41. Dos sentencias en las que, prácticamente, se viene a identificar la expresión "profesar la religión católica" con el hecho de estar bautizado.

e) *Debe contraer matrimonio canónico aquél que practique la religión católica.*

No siempre ha seguido el T. S. interpretación tan estricta de la Orden del 41. Frente a la Orden del 41 el Juzgador parece que puede adoptar sólo dos posiciones: aplicarla —y por lo tanto identificar el término profesar con el hecho de estar bautizado—, o bien —por el contrario—, considerarla ilegal y por tanto no aplicarla. Pero cabe una tercera postura ecléctica, decir que se aplica, pero hacerlo de una forma laxa; lo que en cierta medida es tanto como no aplicarla. Esta tercera vía es la seguida por S.T.S. 12-XI-59.

— Sentencia de 12 de noviembre de 1959.

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Francisco Eyre Varela.

— Hechos: "Por escrito fecha 26 enero 1953, la actora, doña Sagarrio M. T., dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Madrid, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra don Jacob A. K., sobre nulidad de matrimonio civil.

La actora, que contrajo matrimonio con su esposo, de religión judía, alegando que profesaba la religión evangélica y probando este aserto mediante dos certificaciones facilitada por dos Pastores de dicha religión, solicita la nulidad del matrimonio civil por estimar que es católica bautizada y confirmada y que prueba que hizo la Primera Comunión.

El demandado se opuso alegando que la petición de nulidad del matrimonio civil se debe a desavenencias que han surgido y a conductas irregulares de la mujer.

El Fiscal también se opuso a la nulidad del matrimonio.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la de-

(102) No se me oculta que tal vez el planteamiento debería ser el contrario; en efecto: la realidad social—la moral (de *mos*, *moris*) pública—de 1967 exige una mayor facilidad para la desaparición del vínculo matrimonial —el divorcio—; y para lograr tales resultados el juez tiene que aplicar, paradójicamente, unas normas absolutamente contrarias a la moral social de 1967—la Orden de 1941—. Tal vez sea esta la actitud del juez. Pero, al margen de cualquier consideración ética—el fin no justifica los medios—, esto sería una mala solución técnica.

manda, sin hacer expresa condena de costas. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial la revocó, y estimó la nulidad del matrimonio civil objeto de la litis, sin expresa declaración de culpabilidad para ninguno de los litigantes, dejando a salvo los derechos inherentes exclusivos de los hijos habidos durante el tiempo que han estado juntos los padres y cuyos hijos poseen cuantos derechos les correspondan como tales hijos legítimos; todo ello sin expresa declaración de costas en ambas instancias.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.”

— Sentencia: “CONSIDERANDO: Que a tenor de lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil los católicos sólo pueden celebrar matrimonio sujetándose a las prescripciones de la Iglesia.

CONSIDERANDO: Que la Orden de 10 de marzo de 1941 determina inexcusablemente la estricta observancia de ese precepto e incluso sujeta la validez del matrimonio civil a la certeza o veracidad invocada de la acatolicidad, necesaria para acogerse a esta forma de matrimonio.

CONSIDERANDO: Que ello determina la improcedencia de los dos motivos del recurso deducido por el Ministerio Fiscal, ya que está probado, y así lo aprecia la sentencia recurrida, que los contrayentes engañaron a la autoridad que legalizó tal matrimonio, demostrando mendazmente que ambos eran acatólicos, protestantes, siendo así que uno era y es católico, bautizado y observante de la religión aludida, siendo de observar que esa evidente infracción legal de acogerse, en contra de lo ordenado, al matrimonio civil, siendo católico uno de los contrayentes, ocasiona la nulidad del mismo como comprendido, así reconocido generalmente por la doctrina, en el número cuarto del artículo 101 del mencionado Código, en relación con el cuarto del Código civil, y también así admitido por esta Sala en sentencia de 21 de octubre último, en la que se resuelve un caso de naturaleza igual al presente.

CONSIDERANDO: Que en cuanto al recurso interpuesto por el marido, don Jacob A. K., es igualmente improcedente, pues la Sala de Instancia parte del supuesto de que no existen méritos para apreciar si hubo o no mala fe y de qué parte estuviera una y otra, y ante la presunción legal de buena fe, sólo cabe sostener ésta en ambos y, en todo caso, se provocaron parecidas consecuencias, aun cuando la mala fe procediera de ambos, y dado que esos supuestos no se respetan en el aludido recurso, que parte de la mala fe, no admitida en la sentencia, de la esposa exclusivamente, carece de base la pretendida aplicación de los preceptos legales cuya infracción se denuncia, ya que el cauce número primero del artículo 1692, exige respeto a los hechos probados, debiendo, además, en cuanto al segundo motivo, poner de relieve su absoluta inadmisibilidad por no expresar el número del artículo 1692, ni siquiera el artículo a que se acoge, defecto que opera en este trámite como causa de desestimación.”

Personalmente, pienso, que el término "profesar la religión católica" lleva implícito un grado de subjetividad —de actitud ante la religión católica—, difícilmente objetivable. Que tal vez la expresión más objetiva —sin apartarse de espíritu del término "profesar la religión católica"—, sea la de practicar el catolicismo, o como prefiere llamar la presente sentencia: "observar" la religión católica.

No parece claro, es bien cierto, en esta sentencia que el T. S. considere identificable el término "profesar", con el hecho de "observar". Es más, si se lee aisladamente el primer considerando, se debería suponer que el T. S. identifica "profesar la religión católica" con ser católico. Si sólo se atiende al segundo considerando, tal vez aparezca como hecho evidente que hay que aplicar la Orden del 41, es decir, los bautizados deben contraer matrimonio canónico.

Sin embargo, si se analiza el tercer considerando —considerando esencial de esta sentencia, ya que es en él donde se afirma la violación de la normativa legal a efectos de contraer matrimonio— se verá que el T. S. considera que el "observante" del catolicismo es el que viene obligado a contraer matrimonio canónico; en efecto: se afirma que, "siendo católico" uno de los contrayentes, el matrimonio civil será nulo. Esta afirmación podría llevar a la consecuencia de que nos encontramos ante una de esas sentencias que identifican el término "profesar el catolicismo" con la expresión "ser católico", pero tal impresión sería falsa. Y sería falsa porque a diferencia de tales sentencias, en ésta se da un concepto de ser católico, y ello se hace pocas líneas más arriba al afirmar: "uno era y es católico, bautizado y observante".

Para "ser" católico hay que estar bautizado (y a ello hace referencia la palabra bautizado); hay que estarlo en el catolicismo —o bien haberse convertido a él desde otra religión a la que se ingresó mediante bautismo válido— (y a ello hace referencia la palabra católico); pero, además, hay que adoptar una cierta posición activa frente al catolicismo, no basta adherirse en un momento; el ser católico exige una adhesión continuada, un modo de vivir: vivir *en* católico, (y a ello hace referencia la palabra observante); en la misma frase se insiste en este punto, cuando se dice: "era y es católico", se quiere decir que se ha podido dejar de ser católico, habiéndolo sido en un cierto momento.

Ese "ser observante", es lo que más habitualmente se llama ser practicante. Ser observante es cumplir —tratar de cumplir, al menos— las normas del catolicismo.

Para S.T.S. 12-XI-59 "profesar" es "practicar". El T. S. se muestra partidario de la posición subjetivista.

Junto a este tema —y también en el tercer considerando— el T. S. también se plantea, una vez más, si la violación del artículo 42 del Código civil es o no causa de nulidad del matrimonio. El T. S. resuelve en este caso en el sentido de considerar el supuesto presente como incluíble dentro del número cuarto del artículo 101 del Código civil (103).

(103) A propósito de tal extremo es citada, por ejemplo, en: LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de Familia*, cit., pág. 31, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Matrimonio...*, cit., pág. 891.

— *Sentencia de 12 de diciembre de 1961.*

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Diego de la Cruz Díaz.

— Hechos (104): "Los actores pretendían contraer matrimonio civil y a este efecto incoaron el oportuno expediente ante el Juzgado Municipal encargado del Registro Civil del Distrito del Hospicio, de Madrid. El encargado del Registro mencionado había denegado el matrimonio con fundamento en que ambos contrayentes estaban bautizados. Efectivamente, los actores, al iniciar el expediente matrimonial habían declarado paladinamente que habían sido bautizados en la Iglesia Católica al nacer, pero que desde hacía varios años pertenecían a la Iglesia Evangélica Baptista, extremo que acreditó el pastor regente de tal Iglesia, quien afirmó que ambos eran asiduos concurrentes a las prácticas religiosas que se celebraban en la referida iglesia. Elevó el Juzgado consulta al señor Obispo de Madrid-Alcalá, pero no obtuvo más respuesta que el acuse de recibo.

Contra la negativa del encargado del Registro Civil habían elevado los interesados recurso ante la Dirección General de los Registros, la cual resolvió que concurría un obstáculo legal para el matrimonio civil, por lo cual debía suspenderse su celebración.

En estos términos los actores interpusieron demanda contra el Ministerio Fiscal solicitando que se dictase sentencia declarando su derecho a contraer matrimonio civil.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda, pero el T. S. declaró haber lugar al recurso".

— Sentencia: "No obstante no ser potestativo el escoger la clase de matrimonio de los dos que reconoce la Ley, sino obligado para los católicos el celebrarlo conforme a las prescripciones de la Iglesia, y ser cierto que tienen la condición de tales quienes, por el carácter que imprime el estar bautizados, de ella forman parte, y que a su jurisdicción exclusiva compete el decidir acerca de la exclusión de su seno, no lo es menos que los que a esta situación hayan advenido pueden contraer matrimonio civil, si prueban haber perdido dicha conceptualización de católicos, que les imponía el matrimonio canónico, cuya prueba, si bien es exacto que, por la índole de la materia, no puede estimarse cumplida por la mera declaración de los interesados, ni por aportaciones que avalen una situación de conciencia o confirme hechos externos, sobre cuya trascendencia sólo puede pronunciarse la Iglesia, como declarado tienen las sentencias de esta Sala de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, sí ha de considerarse suficiente, cuando se han cumplido las prescripciones legales que obvian el obstáculo que se opone a la eficacia de la prueba aportada por la comunicación circunstanciada del caso a la autoridad eclesiástica diocesana (art. 245 del Reglamento del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958), con lo que se reconoce la competencia de su jurisdicción.

(104) Tanto los hechos como el texto de la sentencia se transcriben tal como aparecen en DÍEZ-PICAZO, Luis, *Estudios...*, cit., págs. 24-25.

Sentado lo expuesto, como por la sentencia recurrida se acepta que los actores y recurrentes han abjurado de los dogmas de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, que pertenecen a la Cristiana Evangélica Bautista, y que, han aportado prueba documental, demostrativa de no practicar aquélla, que en el pertinente expediente es expuso a la autoridad eclesiástica diocesana el proyectado matrimonio, habiendo transcurrido un mes sin que nada se hubiese expuesto por la misma, y no obstante todo ello, se deniega la pretensión de los actores de que se declare no existir obstáculo para la celebración de su matrimonio civil y que procede acceder a su celebración por la razón de estimar ineficaz la prueba de su acatolicidad, entendiéndolo erróneamente que es inexcusable la aportación de la expresada declaración de la Iglesia de no ser católicos, en contradicción con lo preceptuado en el artículo 41 del Reglamento del Registro Civil, vigente a la sazón y recogido en el 245 del actual, que se limita a determinar la forma cómo debe ser probado por los bautizados el no profesar la religión católica y solicitar celebrar el matrimonio civil que permite el artículo 42 del Código civil vigente, en la fecha en que se solicitó, esta tesis, ha de reputarse equivocada, y al acusarse como error de derecho en el motivo quinto del recurso y denunciada en el primero como interpretación errónea del artículo 42 del Código civil es procedente acogerla, por la exclusiva razón consignada, lo que hace innecesario por su intrascendencia a efectos del recurso el examinar singularmente cada uno de los demás motivos formulados.”

Curiosamente, en esta sentencia aparece menos claro que en la anterior, la identificación del término “profesar la religión católica” con el hecho de practicar. Y digo curiosamente porque aquí, a diferencia de en la anterior, si emplea la palabra “practicar”. No obstante, antes de entrar en tal tema parece importante destacar otro aspecto.

El aspecto al que me refiero no es de fondo, sino meramente formal. Más exactamente, la forma en que la controversia se plantea. En la práctica totalidad de las sentencias nos encontramos frente a un matrimonio —o apariencia de matrimonio— cuya nulidad se pretende lograr —con una u otra finalidad: económica, evitar la incursión en un delito, etc...— mediante la prueba de violación del artículo 42 del Código civil. Sin embargo, en este caso no nos encontramos ante un matrimonio, cuya nulidad se pretenda lograr; sino, bien al contrario, ante la pretensión de una pareja que aspira a contraer matrimonio civil, y ello con la oposición de —sucesivamente— el Encargado del Registro Civil, la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Ministerio Fiscal y el Juez de Primera Instancia. Aquí se le pregunta al T. S., ante un caso concreto, si pueden o no pueden contraer matrimonio civil. Y el T. S. responde (105).

Se ocupa, en primer lugar, el T. S. de señalar, con toda nitidez,

(105) Este extremo aparece destacado, con todo acierto, en *ibidem*, página 26.

que el sistema matrimonial español, es el de matrimonio civil subsidiario ("no ser potestativo el escoger la clase de matrimonio"). Pasa más adelante a inclinarse —solamente en apariencia, como más tarde se verá— por la forma más restrictiva del sistema subsidiario ("obligado para los católicos el celebrarlo conforme a las prescripciones de la Iglesia, y ser cierto, que tienen la condición de tales, quienes por el carácter que imprime el estar bautizados, de ella forman parte"). Para más adelante admitir, simultáneamente, la posibilidad que un miembro de la Iglesia deje de serlo, y por otra parte la competencia exclusiva de la Iglesia a esos efectos ("a su jurisdicción exclusiva compete acerca de la exclusión de su seno"). Y como consecuencia, que aquéllos que "a esta situación hayan advenido, pueden contraer matrimonio civil". Se considera más adelante insuficiente prueba de acatolicidad la simple declaración. Para pasar a considerar suficiente prueba "cuando se han cumplido las prescripciones legales que obvian el obstáculo que se opone a la eficacia de la prueba aportada por la comunicación circunstanciada del caso a la autoridad eclesiástica diocesana".

Es en el segundo considerando en el que se hace referencia a la práctica de la religión; en este considerando parecen enunciarse las condiciones —pero sin especificar cuáles son necesarias y cuáles no, y cuáles suficientes y cuáles no— para poder contraer matrimonio civil, en el supuesto de bautizados en el catolicismo:

1.ª) Declarar que no se profesa ("abjurado de los dogmas de la Iglesia Católica Apostólica y Romana").

2.ª) Pertenecer a otra religión ("que pertenecen a la Cristiana Evangélica Bautista").

3.ª) No practicar el catolicismo ("que han aportado prueba documental, demostrativa de no practicar aquella").

4.ª) Cumplir lo preceptuado en el artículo 245 del Reglamento del Registro civil de 14 de noviembre de 1958 ("que en el pertinente expediente se expuso a la autoridad Eclesiástica Diocesana el proyectado matrimonio, habiendo transcurrido un mes sin que nada se hubiese expuesto por la misma").

Pienso que sólo la 1.ª, 3.ª y 4.ª son necesarias; la pertenencia a otra religión no es más que un método de facilitar la prueba de que no se practica (106). La simple declaración, al ser insuficiente en sí misma, y por su escasa dificultad, se puede considerar como superflua. La exigencia del artículo 245 del Reglamento del Registro Civil es sólo eso, una exigencia reglamentaria, y por lo tanto modificable reglamentariamente; por ello, se puede concluir afirmando que el único requisito de fondo, el único requisito derivado directamente del Código civil que S.T.S. 12-XII-61 exige para contraer matrimonio civil es la prueba de que no se practica la religión católica (107).

(106) Una opinión contraria, en la forma de interpretar esta sentencia, puede verse en *ibídem*.

(107) No es destacada la alusión a la «práctica del catolicismo», ni en *ibídem*, págs. 25-27, ni en ESPFN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, IV, *Familia*, tercera edición, Madrid, 1972, pág. 84.

- Sentencia de 11 de marzo de 1975 (108).
- Sala: Primera.
- Recurso: de casación por infracción de ley.
- Magistrado ponente: Mariano Gimeno Fernández.
- Hechos: "Don José M. M. dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 30 de los de Madrid, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra doña Tatania S. K. y el Ministerio Fiscal, sobre nulidad de matrimonio civil.

Los antecedentes de hecho necesarios para el estudio de esta sentencia se recogen en los considerandos de la misma.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda, con costas al actor. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó, sin hacer especial imposición de costas de segunda instancia.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que de la sentencia de instancia, ya que la recurrida acepta íntegramente todos los fundamentos de la del Juzgado, puede destacarse a los fines de la resolución de este recurso, establecerse como probado: que el actor nacido en Bilbao en 9 junio 1931 y bautizado en 21 del mismo mes y año, fue trasladado a Rusia como consecuencia de la guerra habida en España, cuando contaba seis años de edad, permaneciendo en dicho país durante diecisiete años, dentro de los cuales contrajo matrimonio civil con la demandada en 20 septiembre 1954 con plena conciencia y conocimiento de su validez, ante el encargado del Registro Civil de la localidad rusa donde tuvo lugar el acto; que al regresar a España, solicitó y obtuvo la inscripción de aquel matrimonio en el Registro Civil Central de la Dirección General de los Registros; que en la época en que se celebró el matrimonio, España no mantenía relaciones diplomáticas con Rusia, no existiendo en dicho país representación consular de España; que es un hecho notorio que la práctica de la religión católica estaba totalmente erradicada en aquel país durante el tiempo de la permanencia del actor en el mismo, el que al regresar a España no cuidó si de ello tenía conciencia o propósito de ratificar aquella unión por vía sacramental, sino que optó por la inscripción del referido matrimonio civil en el Registro Central de España; que los hijos habidos del matrimonio los inscribió en el Registro Civil, ya en España, como hijos de él y de la demandada; y que la interposición de la demanda de nulidad de matrimonio que motiva este proceso tuvo lugar en 19 julio 1972 y la motivó el hecho de que su esposa sufría trastornos mentales.

CONSIDERANDO: Que de la simple lectura de la demanda, así como de los hechos que estima acreditados la sentencia recurrida, deducidos algunos de las propias manifestaciones del actor en su confesión, se obtiene la conclusión, de que al demandante nunca le inquietó su situación matrimonial y unión a su cónyuge por vínculo exclusiva-

(108) Puede verse un comentario más amplio del que aquí cabe realizar en ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, *El sistema...*, cit.

mete civil, sino que contraído aquel matrimonio en Rusia en 20 septiembre 1954, en las circunstancias a que anteriormente queda hecha relación, con la demandada, mujer de aquella nacionalidad, al trasladarse luego a España instó y obtuvo la transcripción de aquel matrimonio al Registro Civil Central de la Dirección General de los Registros, no sugiriéndole inquietud alguna aquella situación, manifiestamente opuesta a la exigible a un bautizado que se mantiene en el seno de la Iglesia Católica con la profesión religiosa activa que le exigiría su fe, hasta que a su cónyuge se le presentaron a decir del propio recurrente, determinados trastornos mentales, motivo que le impulsó a la presentación de la demanda inicial de este proceso, en súplica de que se declarase la nulidad del relacionado matrimonio, obteniéndose de los hechos que anteceden y su valoración la misma conclusión a que llega la sentencia del Tribunal «a quo», de que el actor no profesa la religión católica al menos desde que a los seis años fue trasladado a Rusia, conclusión que no ha sido contradicha eficazmente en el orden procesal, deduciéndose de todo ello, además, que el móvil o finalidad del presente litigio no es otro que el tratar de desligarse del vínculo matrimonial civil, libremente contraído y ratificado su consentimiento y propósito de mantenerlo una vez en España, ante la supuesta aducida anormalidad de los trastornos mentales actuales que sufre la esposa, lo que no puede determinar la nulidad del matrimonio.

CONSIDERANDO: Que ya esta Sala, en Sentencia de 20 de abril del pasado año, motivada por hechos si no idénticos, pero que guardan gran analogía con el presente caso, mantuvo que las circunstancias del momento y lugar en que los litigantes contrajeron el matrimonio civil ante el encargado del Registro Civil en Rusia, impedían pudieran verificarlo ante las autoridades españolas, por la carencia de representación diplomática de España en aquel país, en donde no existían facilidades para contraer matrimonio canónico, en el supuesto de que ésta hubiera sido la voluntad de las partes, y que si bien era cierto que el recurrente está bautizado, no aparecía acreditado hubiera venido practicando la religión católica ni pudo hacer declaración de apostasía por no existir en Rusia representantes de la Iglesia Católica, y con posterioridad, al volver a España, no intentó la confirmación canónica de su matrimonio, sino que acudió a la autoridad civil, Dirección General de los Registros, en solicitud de que se transcribiera el acta matrimonial del celebrado en Rusia, lo que no hubiera podido tener lugar sin la manifestación de que no profesaba la religión católica conforme establecía la legislación civil de aquella fecha y, si ello no fuera suficiente, inscribió en el Registro Civil como hijos de ambos cónyuges, los habidos con posterioridad en España, y contra esta conducta que denota su acatolicidad, trataba de conseguir la nulidad del matrimonio con apoyo en unas normas ya rebasadas al haber hecho la transcripción de aquél en el Registro Civil español, lo que motivó la desestimación del recurso, doctrina que por su similitud puede aducirse en el caso presente, como lo verificó el Ministerio Fiscal en el acto de la vista.

CONSIDERANDO: Que el motivo décimo del presente recurso,

único formulado por el cauce del número 7.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., va encaminado a combatir la valoración de la prueba verificada por la sentencia recurrida acusando error de hecho, que apoya en la violación de la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de marzo 1941, inoperante a los fines que se pretende, pues la misma tiene un carácter administrativo dirigido a los Jueces Municipales en el ejercicio de su función de encargados del Registro Civil, no contiene precepto alguno valorativo de prueba de obligado acatamiento por los tribunales, que es lo que podría integrar la materia de la pretendida infracción y se refiere a supuesto distinto al de autos, en que el matrimonio de los litigantes se celebró y autorizó el 20 septiembre 1954, ante las autoridades locales civiles del país de la residencia en aquel entonces de los contrayentes y la transcripción del mismo al Registro Civil en España aparece tuvo lugar a instancia del actor, al amparo de la Orden de 14 de marzo 1950, dictada para autorizar la transcripción al mismo de los actos concernientes al estado civil de matrimonios de los españoles celebrados en extranjero, ante las autoridades locales del país, en que no existan representación diplomática o consular de España, supuesto distinto al que contempla la disposición en que se apoya el motivo que en consecuencia ha de desestimarse, así como también por los propios razonamientos del motivo segundo que por el cauce del número 1 del artículo 1692 de la L. E. Civ., pretende acusar la violación del artículo 1.º de la citada Orden de 10 marzo de 1941.

CONSIDERANDO: Que el resto de los motivos en que apoya el recurso, formulados todos ellos al amparo del número 1.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., en el primero y séptimo se acusa en uno de ellos la violación del artículo 42 del Código civil, y en el otro la interpretación errónea del propio precepto, pero ambos han de ser rechazados, porque estimado por el tribunal «a quo» que el actor, no obstante hallarse bautizado a raíz de su nacimiento, no ha profesado la religión católica, afirmaciones no combatidas por la vía adecuada, es indudable no se ha producido ni la violación ni la interpretación errónea del artículo 42 del Código civil; y por lo que hace referencia a los motivos tercero, sexto y octavo, se acusa en los dos primeros la violación del número 4 del artículo 101 del Código civil, en el segundo la violación del propio precepto en relación con el párrafo último del artículo 100 del propio Cuerpo legal, y en el tercero de ellos la interpretación errónea del mismo precepto del artículo 101, desestimables igualmente todos ellos, ya que por los propios razonamientos de la Sentencia de esta misma Sala de 20 abril 1974, no podía exigirse ni la intervención del Juez Municipal ni la de los representantes consulares españoles, inexistentes en territorio ruso en la fecha de la celebración del matrimonio, por lo que hubo de celebrarse con arreglo a la ley del lugar, siendo transcrito más tarde al Registro Civil de España a instancia del propio actor, a la vista de la certificación presentada y manifestaciones que él mismo hizo, según consta en la propia certificación, por lo que reúne todos los requisitos formales exigibles para su validez; y por lo que afecta al motivo quinto, en que

se acusa la violación del artículo 3 del Código civil vigente en la fecha de la presentación de la demanda, que establece el principio de la irretroactividad de las leyes, debe ser igualmente desestimado, porque dicho principio, discutido en la doctrina en cuanto a su extensión, no tiene un carácter absoluto, sino que aunque la norma no hubiera fijado expresamente la retroactividad puede otorgársela cuando se trate de disposiciones administrativas de carácter interpretativo que conduzcan a la fundamentación de la validez del matrimonio, y así sucede en el presente caso en que las disposiciones relacionadas con la celebración del matrimonio civil, han venido siendo objeto de sucesivas interpretaciones, adaptándolas a la evolución de los principios sobre libertad religiosa, y que se plasmó últimamente en la Ley de 28 junio 1967, tendentes a establecer un régimen más acorde con aquellos principios que tienen su fundamento en la dignidad de la persona humana, atendido además el carácter de orden público atribuido a las cuestiones que se refieren al estado civil, siempre que a través de ello no se prive de ningún derecho establecido por ley anterior, lo que no sucede en el caso de autos, en el que el recurrente, además, lo que pretende es ir contra sus propios actos demostrativos de su acatolicidad, inducido por el deseo de poner fin o disolver su vínculo matrimonial, no por imperativo alguno de conciencia derivado de la profesión de la fe católica, sino motivado por los trastornos mentales que aduce su esposa.

CONSIDERANDO: Que en el motivo tercero, cuarto y noveno, acusan la violación de la doctrina jurisprudencial que cita, pero con independencia de la mayor o menor similitud que guarden los supuestos de hecho en que se apoyan, su doctrina está ya rebasada por la sentencia de esta Sala citada anteriormente de 20 abril 1974, en caso análogo al presente, y razonamientos que preceden.

CONSIDERANDO: Que por todo ello es procedente la desestimación del recurso con imposición de las costas al recurrente y pérdida del depósito constituido, al que se le dará el destino legal, todo ello de conformidad con lo que previene el artículo 1748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Es esta una sentencia de especial importancia en la historia de la jurisprudencia matrimonial española.

El motivo que desencadena la actividad judicial es, una vez más, la pretensión de lograr la declaración de nulidad de un matrimonio civil, apoyándose en una violación del artículo 42 del Código civil. Veamos qué responde el T. S.

En el primer considerando, el T. S. realiza una recapitulación de los hechos que considera más destacables; son, a saber:

- 1.º El actor es bautizado.
- 2.º A los seis años va a Rusia y reside varios años.
- 3.º Contrae matrimonio civil en dicho país.
- 4.º Inscribe —más tarde— dicho matrimonio en el Registro español.

5.º No hay cónsul español en Rusia.

6.º La causa que motiva la demanda son los trastornos mentales del cónyuge.

7.º El catolicismo está erradicado en Rusia.

Así, pues, lo que el T. S. considera destacable de los hechos es: de una parte, la educación acatólica del actor; de otra, la imposibilidad de contraer su matrimonio respetando la normativa sobre matrimonio celebrado ante funcionario diplomático, la inscripción en el Registro Civil en cuanto fue posible, y —muy importante— la razón que le impulsa a solicitar la nulidad es bien ajena a tranquilizar su conciencia de católico, o de respeto al ordenamiento canónico o español.

Se insiste en todos estos puntos en el segundo considerando, cuyo contenido puede resumirse en esta frase: "[su actitud es] manifiestamente opuesta a la exigible a un bautizado que se mantiene en el seno de la Iglesia Católica con la *profesión religiosa activa* que le exigirá su fe".

Tres ideas son destacables en el tercer considerando:

1.ª La mención a la práctica de la religión.

2.ª El considerar que un conjunto de actividades denotan su aca-
tolicidad.

3.ª La mención de normas "ya rebasadas".

Las dos primeras ideas, junto con la mención a la "profesión religiosa activa", llevan a la conclusión de que el T. S. identifica la "profesión" con una actitud positiva, con un hacer, con un determinado modo de comportarse; en definitiva: con lo que habitualmente se conoce con el nombre de "practicar la religión católica".

La tercera idea va dirigida directamente a la Orden del 41, pero es en el siguiente considerando en el que entra a fondo en el tema.

El siguiente considerando se limita —ni más ni menos— que a situar a la Orden del 41 en su justo lugar: "tiene un carácter administrativo dirigido a los Jueces Municipales en el ejercicio de su función de encargados del Registro Civil, no contiene precepto alguno valorativo de prueba de obligado acatamiento por los tribunales". Parece innecesario cualquier comentario. El Tribunal no ha violado la Orden del 41, por el sencillo motivo de que una Orden Ministerial no puede ser violada por un Tribunal que aplica una norma de rango superior.

La posible violación del artículo 42 es rechazada en el siguiente considerando. El artículo 42 no obliga a los bautizados a contraer matrimonio canónico. También se insiste en este considerando sobre que el matrimonio se contraerá de acuerdo con la forma del lugar de su celebración.

La indicación de una progresiva evolución del sistema matrimonial, en el sentido de facilitar el acceso al matrimonio civil, impulsado por un mayor respeto a la dignidad de la persona humana, y la mención a la Ley de Libertad Religiosa —lo que lleva implícita la idea de que en interpretaciones anteriores tal derecho era violado—, concluye el contenido de este considerando.

En el penúltimo considerando se recoge una idea de singular importancia: una sentencia posterior "borra" todas las que le antecederon a efectos de violación de la doctrina jurisprudencial.

Esta importante sentencia puede resumirse en lo que aquí importa en que, para ella, profesa el catolicismo el que lo practica.

f) *La declaración de apostasía, como requisito necesario para que los bautizados puedan contraer matrimonio civil.*

— Sentencia de 20 de abril de 1974.

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Juan Antonio Linares Fernández.

— Hechos (109): "Don Cecilio P. G. dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Valencia, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra doña Tatiana I. V. y el Ministerio Fiscal, sobre declaración de nulidad o inexistencia de vínculo matrimonial civil.

El actor alegó: que durante su estancia en Rusia contrajo matrimonio civil con la demandada; que una vez regresado a España la diversidad de caracteres y educación, hacen que el matrimonio sea insostenible, por lo que terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare nulo el matrimonio contraído en Leningrado entre el actor y la demandada el 5 de enero 1952; declarando la buena fe de ambos cónyuges y decretando, en consecuencia, los efectos civiles procedentes, según disponen los artículos 70 y 72 del Código civil, así como la anotación de la sentencia al margen del acta del matrimonio con costas a la demandada si se opusiera.

El Fiscal se opuso a la demanda.

La demandada se opuso a la demanda alegando que las desavenencias matrimoniales se deben a que el actor se ha amancebado con una inglesa, con la que convive, y formuló reconvencción pidiendo la separación conyugal.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda, y estimando parcialmente la reconvencción declaró la validez del matrimonio contraído por el actor con la demandada en Leningrado, y desestimó el resto de las pretensiones de la reconvencción, decretando no haber lugar, por ahora, a la separación legal de los cónyuges ni a ninguna de las consecuencias de tal separación que se interesan, sin costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó en cuanto desestima la demanda, y en cuanto declara la validez del matrimonio civil, y revocándola en lo demás, decretó la separación legal de los cónyuges, declarando culpable al marido; que el actor quede privado de la patria potestad sobre los hijos del matrimonio, que serán puestos bajo la potestad y cuidado de la madre, así como la pérdida de la administración de los bienes de la demandada si la tuviere, cuyos bienes y los

(109) Una exposición más detallada puede encontrarse en *ibídem*, págs. 942-944.

correspondientes en la liquidación de la sociedad conyugal serán por ella aministrados y que se proceda a la anotación de la sentencia en el asiento del Registro Civil, sin costas.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por un solo motivo.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida, considerando segundo, señala como hecho probado, que el actor recurrente, bautizado, al contraer matrimonio en Rusia en 5 enero de 1952, ante autoridad de aquel país, sin poder salir del mismo, pues hasta acuerdo conseguido por la Cruz Roja Internacional en 1956, no pudo volver a España, haciéndolo después su esposa, y que vuelto a España solicitó y consiguió la inscripción del matrimonio en el Registro Civil Central de la Dirección en 17 febrero 1959, folio seis de los autos y que los hijos habidos del matrimonio en España fueron inscritos como legítimos, folios 7 y 8.

CONSIDERANDO: Que de tales hechos deduce que no pudo hacer declaración de apostasía, por no haber Iglesia en Rusia, y se casó con arreglo a las normas del lugar de su residencia, y que al venir a España y conseguir la inscripción en el Registro Central, quiso y dio validez al matrimonio realizado en Rusia y que por tal, el caso debatido, por no estar previsto en ello, no está incluido en los artículos 42 y 100 del Código civil, que parten del supuesto de que se pueda hacer declaración de no profesar la religión católica para la validez del matrimonio civil, y aplica el principio de que no se puede negar eficacia a la manifestación de voluntad de contraer matrimonio con persona que lo acepta y exterioriza la suya encaminada al mismo fin, cuando esa omisión de voluntad se hizo ante el encargado del Registro Civil del lugar en que se realiza.

CONSIDERANDO: Que el único motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1692 de la Ley, acusa violación del párrafo 1.º del artículo 4.º del Código civil y las sentencias que cita, e interpretación errónea de los artículos 9, 11-3.º, 42 y 101 del Código en relación con la Orden de 10 marzo 1941, motivo que por tratar materias dispares, sin hacerlo en otros distintos, adolece de defecto de formulación del artículo 1729-4.º y 1720, párrafo 2.º, y que aparte de estos defectos formales, que pueden determinar la desestimación del motivo en este momento procesal, como alegó en la vista el Ministerio Fiscal, partiendo de los hechos que se estiman acreditados en la sentencia, es evidente que en las circunstancias del momento y lugar en que los litigantes contrajeron el matrimonio civil, ante el encargado del Registro en Leningrado, impedían pudieran verificarlo ante las autoridades españolas, porque no podían trasladarse a España y por la carencia de representación diplomática de España en Rusia, y en donde no existían facilidades para contraer matrimonio canónico, en el supuesto de que ésta hubiera sido la voluntad de los contrayentes, que si bien es cierto que el recurrente fue bautizado, no aparece que haya venido profesando la religión católica con posterioridad, y al volver a España no intentó la confirmación canónica del matrimonio, sino que

acudió a la autoridad civil, Dirección General de los Registros, en solicitud de que se transcribiera el existente, lo que se llevó a cabo en 17 febrero 1959, y ello no hubiera podido tener lugar sin la manifestación de que no profesaba la religión católica, conforme establece la legislación vigente en aquella fecha, y por si esto no fuera suficiente, inscribió en el Registro, como hijos legítimos de dicho matrimonio, los habidos con posterioridad en España, y contra esta conducta que denota su acatolicidad, trata ahora de conseguir la nulidad con apoyo en unas normas ya rebasadas al hacer la transcripción en España del matrimonio, cuando según la sentencia recurrida, se ha quebrantado la paz conyugal, lo que determinó la petición reconvenicional de separación, formulada por la esposa y estimada por la sentencia, que no ha sido concretamente combatida en el recurso, todas cuyas circunstancias determinan la desestimación del motivo y con ella del recurso, con costas por ser preceptivas y devolución del depósito constituido por no ser conformes las sentencias.”

—

Dos elementos, que son habituales fuente de conflicto en materia matrimonial, confluyen en el presente supuesto: la aplicación de la Orden de 1941 y la introducción de un elemento extranjero.

Nos encontramos ante un caso en que el demandante pretende lograr la nulidad de un matrimonio civil para contraer uno canónico, a lo cual no se opone la autoridad eclesiástica. Sin embargo, el poder judicial español no declara tal nulidad (110).

Del tenor general de la sentencia se deduce que el requisito para que un bautizado pueda contraer matrimonio civil es que declare la apostasía (y esto en un matrimonio contraído en 1952). Pero no se queda el T. S. en ese punto, sino que va más lejos: el T. S. trata de señalar lo que se debe considerar declaración de apostasía —en este caso al menos.

La afirmación esencial, a este respecto, viene recogida en el tercer considerando: "al volver a España no intentó la confirmación canónica del matrimonio, sino que acudió a la autoridad civil, Dirección General de los Registros, en solicitud de que se transcribiera el existente, lo que se llevó a cabo en 17 febrero de 1959, y ello no hubiera podido tener lugar sin la manifestación de que no profesaba la religión católica, conforme establece la legislación vigente en aquella fecha... y contra esta conducta que denota su acatolicidad, trata ahora de conseguir la nulidad con apoyo en unas normas ya rebasadas al hacer transcripción en España del matrimonio."

Para que un matrimonio civil, celebrado en el extranjero en 1952, por un bautizado, e inscrito en el Registro Civil en 1959, sea válido, deben cumplirse una de estas dos condiciones:

- 1.—Que la Orden de 1941 sea nula de pleno derecho.

(110) No es éste el único caso en el que se produce discordancia entre jurisdicción canónica y civil, así por ejemplo, en S. T. S. 22-III-65, se condena por delito de bigamia, aunque el primer matrimonio (civil y religioso no canónico) ha sido declarado nulo por la autoridad eclesiástica.

2.—Que el Derecho aplicable, a efectos de validez de un matrimonio, sea el del momento de su inscripción y no el de su celebración.

El T. S., en apariencia, se inclina por esta segunda vía. Solución que parecería incorrecta.

Acerca de la irretroactividad de las leyes matrimoniales, se ha pronunciado suficiente número de veces el T. S. —varias de ellas aquí recogidas— como para hacer innecesario el insistir en este punto.

La inexactitud de considerar que el negocio jurídico matrimonial surge en el momento de su inscripción y no en el de su celebración, no exige, por obvio, ningún tipo de explicaciones. Otra cosa es que la inscripción en el Registro sirva como medio de prueba (111), teniendo bien en cuenta que lo que se prueba no es la existencia del matrimonio, sino su celebración (112). Con la inscripción registral se obtiene un modo de prueba de la celebración, pero el matrimonio surge desde la celebración como la propia Ley Reguladora del Registro Civil dice en su artículo 70: "Los efectos civiles del matrimonio canónico o civil se producirán desde la celebración".

En 1959, en virtud del artículo 243, 2.º, del Reglamento del Registro Civil, se exige declaración de no profesión del catolicismo; pero en 1952 —de ser legal la Orden del 41— no bastaría con eso.

Estimo que el T. S. se apoya, aunque no lo explicita, en la nulidad de la Orden del 41. No aplica la normativa vigente en el 1959 (113), aunque se ampara en ella para lograr el resultado pretendido.

En esta sentencia el T. S. considera que en 1952, para que un bautizado pudiese acceder al matrimonio civil, bastaba con su declaración de no profesión, y si no la podía hacer —como en este caso— bastaba con que lo hiciese en el momento de la inscripción.

Debe llamarse la atención sobre la frase "contra esta conducta que denota su acatolicidad". No puede desprenderse de esta afirmación que el T. S. considere que "no profesar el catolicismo" equivale a tener una "conducta que denote su acatolicidad"; tal conducta sólo puede ser una: la declaración de no profesión.

Como conclusión, se puede afirmar que el T. S. considera en esta sentencia que basta con la "declaración de no profesión". Este es el espíritu que se desprende de ella, independientemente de tal solución específica del caso concreto. En 1974 el término "profesar" equivale a declarar, al menos para el T. S.

(111) «La prueba del matrimonio civil o canónico se debe de dar, en principio, mediante certificación del Registro Civil». ALBALADEJO, Manuel, *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*, Barcelona, 1974, pág. 52.

(112) «Una vez se abre paso la teoría canónica contractual del matrimonio y se afianza su indisolubilidad, la prueba no se dirige ya, como en el Derecho romano, a comprobar la *relación conyugal...*, sino el acto que la origina y la funda: es, ahora, prueba de la *celebración* del matrimonio». LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de Familia*, cit., pág. 62.

(113) Baste como prueba señalar que no se menciona en ningún momento la posible violación de los artículos 245 y 246 del Reglamento del Registro Civil.

- g) *Se sustituye el término "profesar la religión católica" por el de "no ser apóstata", sin aclarar su contenido*

— Sentencia de 15 de abril de 1967.

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Tomás Ogayar y Ayllón.

— Hechos: "Don Giuseppe D. P., representado por un Procurador dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Palma, demanda contra doña María Nela S. J. G., sobre nulidad de matrimonio civil.

El actor, que contrajo matrimonio civil «in artículo mortis» con la demandada solicita su nulidad por haber firmado el acta de matrimonio por amenazas de los parientes de la demandada y por no haber hecho manifestación alguna de no profesar la religión católica.

La demandada se opuso alegando que se cumplieron todas las formas legales en la celebración del matrimonio.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda, sin hacer expresa condena en costas. Apelada la sentencia, fue confirmada por la Audiencia, sin hacer declaración sobre costas en el recurso.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que es doctrina jurisprudencial muy reiterada la que afirma que la casación se funda en la distinción entre hecho probado inmutable y sus consecuencias legales, por moverse en el conflicto de los valores, la legal y la judicial, dado que si bien el error de derecho dirige la impugnación contra un medio de prueba legal en donde ha sido infringida la ley, en el error de hecho se encamina a los resultados de las pruebas, y se produce cuando el Tribunal de instancia fija un hecho sin advertir que es incompatible con el que aparece narrado en un documento auténtico y que por tanto, sin el correspondiente pronunciamiento de falsedad, esa narración subsiste y vale como auténtica, precisando para demostrar el error de derecho que se invoque la norma valorativa de prueba que se considere vulnerada, y para el de hecho de la cita concreta del documento o acto auténtico que, sin complejidades de juicio y de razonamientos, patentice la pretendida equivocación de hecho sufrida por el juzgador *a quo*, mediante una incompatibilidad o antagonismo entre el hecho probado y el auténtico.

CONSIDERANDO: Que declarada la nulidad de matrimonio civil por ser bautizados los contrayentes y no constar su apostasía, por lo que debieron haber contraído el canónico, se interpone el presente recurso que, en su motivo primero, amparado en el número 7.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba porque, consignándose en el acta matrimonial que se ha «formado expediente donde consten todas las diligencias preliminares

y los documentos que la Ley exige», tal declaración lleva consigo la de que se cumpliesen los requisitos legales para contraer matrimonio civil, pero al razonar así no se tiene en cuenta que el precepto legal exige que el hecho auténtico esté narrado con claridad y que el mismo esté en contradicción evidente con el probado, por lo que no apareciendo consignada en el acta matrimonial la acatolicidad de los contrayentes no existe el hecho auténtico, indispensable para la estimación de este motivo y como, además, tal acta, por ser la analizada por el juzgador, carece de autenticidad a efectos de casación, todo ello le hace parecer, desestimación que lleva consigo la del segundo porque, al basarse en el hecho de estar cumplidos todos los requisitos matrimoniales, hace supuesto de la cuestión.

CONSIDERANDO: Que, en el motivo tercero se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de la certificación de la sentencia dictada en proceso criminal, en la que, al condenarse al actor y recurrido por delito de bigamia, se supone la validez del vínculo discutido, y la jurisdicción civil no puede declarar lo contrario, pero en la declaración de hechos probados que contiene dicha sentencia penal se parte de que el matrimonio civil, mientras no se anule, es válido, por lo que sí, durante su vigencia, se vuelve a casar, se comete el delito de bigamia, por lo que al no declarar el documento citado lo que este motivo expresa, faltando así el hecho auténtico, no hay posibilidad de apreciar el error denunciado, lo que obliga a su desestimación, y ésta lleva consigo la del motivo cuarto, subordinado al anterior, y en el que se citan, para acreditar el error de derecho que denuncia los artículos 1249 y 1235 del Código civil, que no son valorativos de prueba, por lo que se impone la desestimación del recurso con los pronunciamientos del artículo 1748 de la Ley Procesal.”

Si en la sentencia anterior el T. S. se inclinaba por el empleo del término "apostasía", también en esta lo utiliza. Ambas sentencias aparecen en distintos epígrafes, en razón de que en la anterior sentencia se hablaba de "declaración de apostasía" y en ésta simplemente de "apostasía". La diferencia es más importante de lo que podría parecer a primera vista. Si se sustituye "no profesar" por "apostasía" nada hemos avanzado, nos encontramos ante un nuevo término sin contenido en el ordenamiento español. Si hablamos de "declaración", sí estamos concretando: exigimos una actividad del sujeto.

Se abre el segundo considerando de esta sentencia con la siguiente afirmación: "por ser bautizados los contrayentes y no constar su apostasía... debieron haber contraído [matrimonio] canónico". Queda recogido aquí con toda claridad el principio de que para que los bautizados puedan acceder al matrimonio civil debe constar su apostasía.

Nada se aclara acerca de cómo debe constar: es bien cierto que el T. S. se hubiera inclinado con mucha posibilidad —estamos en el año en el que se promulga la Ley de Libertad Religiosa— a favor de considerar suficiente la simple declaración.

En este mismo considerando se habla de acatolicidad: sin embargo, pienso que, dado en el contexto en que se emplea (no se están discu-

tiendo las condiciones necesarias para contraer matrimonio civil, sino la posible existencia de un error de hecho), no cabe decir que el T. S. identifique aquí —a diferencia de en sentencias analizadas más arriba— el término "profesar" con el término "católico". Para que pueda contraer matrimonio civil un bautizado, en 1967, debe constar su apostasía.

h) *Validez de matrimonio civil celebrado en el extranjero por católico.*

— Sentencia de 12 de junio de 1969.

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Baltasar Rull Villar.

— Hechos: "Doña Valentina R. A. dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de Madrid, demanda contra don Pablo M. de la P., sobre reclamación de cantidad y otros extremos.

La actora alegó: que había contraído matrimonio con don José Félix V. C.; que de dicho matrimonio nació doña Esther V. R., que era de creencias evangélicas y había contraído matrimonio en Venezuela; que de dicho matrimonio nació un hijo; que el padre de doña Esther V. había fallecido en 1959; que durante los años 1958 a 1961 el matrimonio M.-V. había remitido diversas cantidades que totalizaban más de 3.000.000 de pesetas, para su inversión en España; que entre las inversiones hechas, algunas se hicieron a nombre sólo del demandado, pero de las mismas daba cuenta a sus hermanos; que en 1961, fallecieron en accidente de aviación el matrimonio M.-V. y su único hijo. Terminó suplicando se dictase sentencia condenando al demandado: A) A entregar a la actora la cantidad de 359.860 pesetas, que don Luis Asunción M. de la P. le había remitido para ser entregadas a la misma como madre de su mujer; B) A rendir cuenta detallada y justificada de las restantes cantidades que había recibido el demandado hasta una cuantía superior a 3.000.000 de pesetas del citado señor M. de la P., durante su matrimonio con doña Esther V.; C) Que el demandado hiciera entrega a la actora de la mitad de los bienes de la extinguida sociedad de gananciales del matrimonio M.-V., radicantes en España y que corresponden a la actora como única heredera de su fallecida hija, doña Esther; D) Al pago de las costas.

El demandado se opuso alegando las excepciones de falta de legitimación activa y falta de acción en la actora por estimar que el matrimonio era ineficaz en España por ser doña Esther de creencias evangélicas y el hermano del demandado era de la religión católica, en cuanto al fondo mantuvo que las remesas de dinero eran puras y simples y no sujetas a condición alguna.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando las excepciones alegadas y estimando en lo sustancial la demanda, sin expresa imposición de costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó, sin especial condena en costas.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos de la sentencia.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que el Código civil, en sus artículos 1278, 1256 y 1258, parte del principio de la eficacia de los contratos y si bien es cierto que cuando adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley puedan ser anulados, como reconocen los artículos 1300 y siguientes, y específicamente para los matrimonios el 130, es preciso que esta nulidad se declare por los Tribunales porque, como queda dicho, su validez y eficacia no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, y porque el propio Código establece las normas procedentes sobre legitimación y regula los efectos de la acción que puede ejercitarse; y en el caso de autos ha de partirse de la realidad de un contrato matrimonial cuya posibilidad se reconoce por el artículo 42 del citado Cuerpo legal y se prueba con la partida del Registro Civil como exigen los artículos 69 de la Ley que lo regula y 325 del Código civil; por todo lo cual ha de desestimarse el motivo primero del recurso y por las mismas razones los motivos segundo, tercero y cuarto, todos los cuales tienden a negar eficacia al matrimonio de Luis Asunción M. P. con Esther V. R., sin haber obtenido una previa declaración judicial de nulidad en el correspondiente proceso, ni intentarlo en el presente por la vía reconvenzional.

CONSIDERANDO: Que el motivo quinto razona sobre un supuesto erróneo, puesto que la sentencia recurrida, tanto por aceptación de los considerandos de la de primer grado como por expresa reiteración en su considerando tercero, establece la conclusión que se combate, como resultado del conjunto de la prueba de la que aparece que el destino de las cantidades remitidas por don Luis Asunción M. era el de formar un patrimonio en España para cuando el matrimonio y su hijo decidieran regresar definitivamente a la Patria, y si bien es cierto que añade que no es concebible que las considerables cantidades, cuyo envío está probado, tuvieran el destino que pretende el recurrente, que es un modo de expresar que no se ha probado la tesis defendida por dicho recurrente y no porque constituya una presunción básica, que en todo caso sería siempre más lógica que la que opone el recurrente.

CONSIDERANDO: Finalmente, que si, como declara la sentencia recurrida y se razona en el considerando anterior, las cantidades que le fueron remitidas al demandado recurrente, lo fueron por cuenta y en cargo de su hermano con la finalidad indicada y que en tal concepto las recibió aquél, es evidente la existencia de un mandato con forme a lo dispuesto en el artículo 1709 del Código civil, que puede ser expreso o tácito y otorgarse válidamente con cualquier forma, incluso de palabra (art. 1719) por lo que no procede tampoco estimar el motivo sexto y último, pues la garantía formal del artículo 1200, número 5, no afecta a la validez del mandato ni es requisito esencial como los otros preceptos citados demuestran."

Una vez más encontramos la pretensión de obtener una declaración de nulidad de un matrimonio civil, con el fin exclusivo de obtener unos beneficios económicos.

La demanda que da origen a esta sentencia del T. S., nada tiene que ver, en principio, con la posible validez del matrimonio; es el demandado quien introduce este aspecto en el proceso para evitar una sentencia desfavorable a sus intereses.

De la exposición de los hechos y del tenor de la sentencia, puede deducirse que nos encontramos ante un matrimonio civil (tal vez podría pensarse que nos encontramos ante un matrimonio canónico, cuya declaración de nulidad se solicita en virtud de la violación del canon 1060 del C.I.C.; tal impresión sería falsa por estos motivos: 1.º El impedimento de mixta religión es impeditivo, no dirimente; 2.º El Tribunal Supremo hubiese invocado el artículo 75 del Código civil; y 3.º El sistema matrimonial venezolano es de matrimonio civil obligatorio (114)). El demandado pretende, con toda probabilidad, lograr la nulidad del matrimonio civil apoyándose en el hecho de que lo ha contraído alguien que "era de la religión católica"; es evidente que la contrayente no incurre en violación del artículo 42 del Código civil, ya que toda su vida perteneció a una religión distinta de la católica. El T. S. no entra claramente en el tema por razones procesales obvias: "sin haber obtenido una previa declaración judicial de nulidad en el correspondiente proceso, ni intentarlo en el presente por la vía reconvenzional". Pero sin que el T. S. resuelva la cuestión si realiza alguna afirmación que permite intuir su forma de pensar al respecto.

En el primer considerando de la presente sentencia afirma el T. S.: "en el caso de autos ha de partirse de la realidad de un contrato matrimonial cuya posibilidad se reconoce por el artículo 42 del citado cuerpo legal". Es decir, el T. S. admite que, incluso con anterioridad al año 1959, un católico puede contraer matrimonio civil, porque así lo admite el Código civil en su artículo 42. Volvemos una vez más a la idea tantas veces repetida: si un precepto legal con rango de ley, el Código civil en su artículo 42, permite que un católico contraiga matrimonio civil, una disposición administrativa que se oponga a tal posibilidad será nula de pleno derecho, así, por ejemplo, la Orden de 1941.

Así, pues, el T. S. aun sin entrar en la definición del término "profesar la religión católica", descarta las interpretaciones más restrictivas de dicho término.

C) CONCLUSIONES

La lista de sentencias analizadas es lo bastante corta como para dificultar un comentario más amplio que el ya realizado. No obstante, trataré de dar unas conclusiones esquemáticas, que poco aportarán a las que se pretendieron obtener al realizar su análisis detallado.

Se construirá a continuación una tabla en la que figuran los siguientes datos: 1.º Fecha de la sentencia; 2.º Motivo que suscite la controversia (sólo señalaremos este extremo si es: a) un matrimonio con-

(114) Código civil venezolano de 1 de octubre de 1942.

traído al amparo de la legislación republicana (115), b) si existe un elemento extranjero (116); 3.º) La conclusión —más significativa para este estudio— que puede extraerse del tenor de la sentencia, y 4.º) La normativa legal pretendidamente vigente en el momento de dictarse la sentencia y que afecte al problema que suscita el término "profesar la religión católica" del artículo 42 del Código civil.

Fecha	Motivo	Conclusión	Normativa vigente
25-V-53	R	Validez legislación republicana.	O. M. 10-III-41.
25-I-56	R	Validez legislación republicana.	Concordato de 1953.
26-I-56	R	Validez legislación republicana y no profesión = declaración.	Concordato de 1953.
7-III-56	R	Matrimonio nulo por L. 12-III-38.	Concordato de 1953.
16-V-59	R	Validez legislación republicana.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
21-X-59	—	Profesión = bautismo.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
12-XI-59	—	Profesión = práctica.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
16-XII-60	R	Profesión ≠ bautismo.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
16-II-61	R	El sistema matrimonial es modificable por O. M.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
12-XII-61	—	Profesión = práctica.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
21-XII-63	—	Profesión = ser católico.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
12-XI-64	E	Menciona sin analizar el término "profesar".	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
5-VII-65	E	Menciona sin analizar el término "profesar".	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.

(115) Se denotará R.
 (116) Se denotará E.

Fecha	Motivo	Conclusión	Normativa vigente
16-III-67	—	Profesión = bautismo.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
15-IV-67	E	Profesar = no ser apóstata.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
12-VI-69	E	Un católico puede contraer matrimonio civil.	L. 28-VI-67 y D. 22-V-69.
20-IV-74	E	No profesión = declaración apostasía.	L. 28-VI-67 y D. 22-V-69.
4-X-74	E	Profesión = ser católico.	L. 28-VI-67 y D. 22-V-69.
11-III-75	E	Profesión = práctica.	L. 28-VI-67 y D. 22-V-69.
23-XII-77	R	Validez legislación republicana en territorio controlado por la II República y no profesión = declaración.	L. 28-VI-67 y R. D. 1-XII-77.

De esta ordenación cronológica una primera idea llama la atención: la primera década de actividad jurisprudencial está monopolizada por pleitos surgidos en matrimonios contraídos al amparo de la legislación republicana. Y desde entonces la práctica totalidad de la actividad calificadora del sistema matrimonial, por parte del T. S., es consecuencia de la introducción de un elemento extranjero. Sólo cinco sentencias quedarían al margen de esta clasificación (S.T.S. 21-X-59, S.T.S. 12-XI-59, S.T.S. 12-XII-61, S.T.S. 21-XII-63 y S.T.S. 16-III-67).

La misión de la estadística es describir líneas generales —conclusiones— a partir de datos concretos. Trataré de hacer lo contrario, con grave riesgo de cometer errores. Si los pleitos sobre matrimonios civiles sólo se plantean cuando existe un elemento extranjero, o cuando la aplicación de la legislación republicana es cuestionada, ello permite suponer que el número de matrimonios civiles contraídos por nacionales, en territorio nacional, desde 1938, es mínimo. Y ello sólo puede ser debido —el nacional cuando le permite contraer matrimonio civil (República y extranjero) lo contrae en numerosas ocasiones— a dificultades, ora legislativas y administrativas, ora meramente sociales. En España, desde 1938, se ha dificultado notabilísimamente la posibilidad de acceder al matrimonio civil.

Sólo en tres sentencias admite el T. S. la competencia calificadora del sistema matrimonial de la Administración Pública (S.T.S. 21-X-59, S.T.S. 16-II-61 y S.T.S. 16-III-67).

El conjunto de jurisprudencia relativa a matrimonios civiles contraídos al amparo de la legislación republicana, se inclina por la validez de tales matrimonios (S.T.S. 25-V-53, S.T.S. 25-I-56, S.T.S. 26-I-56, S.T.S. 16-V-59, S.T.S. 16-XII-60, S.T.S. 16-II-61 y S.T.S. 23-XII-77), con una sola excepción por aplicación de la Ley de 12 de marzo de 1938 (S.T.S. 7-III-56). Con respecto a la retroactividad o irretroactividad de la legislación matrimonial, el T. S. se muestra vacilante, si bien en su primera etapa el T. S. se decanta —no con absoluta claridad— por la irretroactividad.

La violación del artículo 42 del Código civil como causa de nulidad del matrimonio, recibe tratamientos dispares por parte del T. S. No obstante, aparece claro que la generalidad de las sentencias relativas a matrimonios contraídos al amparo de la legislación republicana, se inclinan por considerar que la violación del artículo 42 del Código civil no es causa de nulidad. Tal vez el T. S. lo que pretende es declarar la validez de tales matrimonios, pero sin inclinarse por la solución más sencilla, que sería considerar derogado el artículo 42 del Código civil durante la II República.

La validez/legalidad de la Orden Ministerial de 1941 es un tema que flota sobre un amplio número de sentencias. Sólo una sentencia declara con claridad su no vinculación —del T. S.— a tal Orden (S.T.S. 11-III-75); sin embargo, de la generalidad de las sentencias en las que tal tema se plantea directa o indirectamente, puede deducirse que el T. S. se manifiesta contrario a su aplicación, con dos excepciones (S.T.S. 21-X-59 y S.T.S. 16-III-67), en las cuales el magistrado ponente es la misma persona.

La posible influencia de las disposiciones legislativas o administrativas, calificadoras del sistema matrimonial, es un tema que merece atención. Es un tema directamente relacionado con la retroactividad o irretroactividad de la legislación matrimonial, pero no volveré sobre ese tema; sólo me referiré a la posible influencia de la norma vigente en el momento de dictarse la sentencia. Independientemente de la posición que se adopte acerca de la retroactividad de la legislación matrimonial, estimo que tal análisis merece ser realizado. No trataré de realizar un estudio exhaustivo, sólo prestaré atención a aquellas normas que la doctrina consideró especialmente importantes, más en concreto: la Orden Ministerial de 10-III-41, el Concordato de 27-VIII-53, el Decreto de 26-X-56, la Ley de 28-VI-67 y el Decreto de 22-V-69.

La Orden de 1941 pretende ser vigente desde su promulgación hasta el 26-X-56; en ese período sólo se han recogido sentencias relativas a matrimonios contraídos al amparo de la legislación republicana; la influencia de tal norma en dichas sentencias es mínima, pues se consideran válidos una serie de matrimonios civiles contraídos por bautizados.

El Decreto del 56 tampoco influye decisivamente en el T. S.; durante su vigencia, el T. S. adopta los criterios más dispares. En el período de vigencia de la primera disposición "progresista", el T. S. dicta sus dos sentencias más restrictivas (S.T.S. 21-X-59 y S.T.S. 16-III-67).

Es obvio decir que si el Decreto del 56 tiene escasa incidencia en el T. S., el Concordato —pretendido origen de tal Decreto— tampoco tuvo mucha.

Sin embargo, sí parece que, tanto la Ley de Libertad Religiosa, como el Decreto del 69, han tenido una cierta influencia en nuestro más alto Tribunal; durante su vigencia el T. S. dicta sentencias en las que considera que un católico puede contraer matrimonio civil (S.T.S. 12-VI-69), en las que estima suficiente la declaración de apostasía para poder acceder al matrimonio civil (S.T.S. 20-IV-74), o en las que identifica el término "profesar la religión católica" con el hecho de practicar el catolicismo (S.T.S. 11-III-75); incluso en una de ellas (S.T.S. 11-III-75) se menciona a la Ley 44/67 como elemento "liberalizador" del sistema matrimonial.

De ello se puede deducir que el T. S. sólo se ha visto influido por una norma liberalizadora —el Decreto del 69, en este punto, no es otra cosa que el desarrollo de la Ley de Libertad Religiosa— y con el rango de Ley.

Para concluir, trataré de señalar —muy esquemáticamente— el sentido que al término "profesar la religión católica" ha dado el T. S.

En dos sentencias el T. S. menciona el referido término, pero sin aclarar su contenido (S.T.S. 12-XI-64 y S.T.S. 5-VII-65).

En tres sentencias el T. S. identifica el término "profesar la religión católica" con otro concepto distinto, pero igualmente inconcreto: en dos ocasiones lo identifica con ser católico (S.T.S. 21-XII-63 y S.T.S. 4-X-74); y en otra lo identifica con no ser apóstata —sin entrar en considerar su alcance, del que carece en el sistema normativo español— (S.T.S. 15-IV-67).

En una ocasión (S.T.S. 12-VI-69), admite la posibilidad de que un católico contraiga matrimonio civil.

La simple declaración de apostasía como requisito para acceder al matrimonio civil aparece claramente enunciada en una ocasión (S.T.S. 20-IV-74), y con menor claridad en cinco oportunidades (S.T.S. 25-V-53, S.T.S. 25-I-56, S.T.S. 26-I-56, S.T.S. 16-V-59 y S.T.S. 23-XII-77).

La práctica del catolicismo como elemento de separación entre aquéllos que pueden contraer matrimonio civil y los que carecen de tal posibilidad, es aceptada en tres sentencias (S.T.S. 12-XI-59, S.T.S. 12-XII-61 y S.T.S. 11-III-75).

Se considera, directamente, a la Administración como competente para determinar el contenido del repetido término en una ocasión (S.T.S. 16-II-61).

Son dos los casos en los que se considera que el bautizado viene obligado a contraer matrimonio canónico (S.T.S. 21-X-59 y S.T.S. 16-III-67). Si bien en una ocasión (S.T.S. 16-XII-60), el T. S. declara específicamente que no son identificables ambos supuestos.

Si atendemos únicamente a aquellas sentencias en las que el T. S. dota de contenido al término profesar —y no se limita a sustituirlo por otro igualmente inconcreto—, y establecemos una clasificación en función de la mayor facilidad o dificultad para acceder al matrimonio civil, podremos establecer la siguiente tabla:

a) Sentencias restrictivas (en las que se dificulta el acceso al matrimonio civil y se identifica profesión con bautismo):

- S.T.S. 21-X-59.
- S.T.S. 16-III-67.

b) Sentencias intermedias inconcretas (no se adopta una postura clara, pero se excluyen las soluciones más restrictivas):

- S.T.S. 16-XII-60.
- S.T.S. 12-VI-69.

c) Sentencias intermedias (se identifica profesión con práctica):

- S.T.S. 12-XI-59.
- S.T.S. 12-XII-61.
- S.T.S. 11-III-75.

d) Sentencias "progresivas" (se identifica no profesión, con declaración de no profesión):

a') Implícitamente:

- S.T.S. 25-V-53.
- S.T.S. 25-I-56.
- S.T.S. 26-I-56.
- S.T.S. 16-V-59.
- S.T.S. 23-XII-77.

b') Explícitamente:

- S.T.S. 20-IV-74.

Tal vez se pueda afirmar, a la luz de estos datos, que el T. S. se ha considerado competente para calificar el sistema matrimonial en cada caso. Adaptando sus soluciones a las circunstancias cambiantes. El hecho de la escasa influencia de las disposiciones legislativas o administrativas en el sentir del T. S.; la inexistencia de una línea evolutiva —en el tiempo— clara del T. S., con continuos pasos adelante y atrás; la práctica exclusión de las soluciones extremas; permiten llegar a tal conclusión.

El T. S. se ha sentido libre para interpretar y ha interpretado libremente; el T. S. ha adaptado sus soluciones a cada caso concreto.

Tal vez esto sirva para concluir: ni *mens legis*, ni *mens legislativis*; el sentir del ordenamiento, es lo que ha buscado nuestro Tribunal Supremo (*).

(*) Al corregir las primeras pruebas de este trabajo se hizo necesario incluir una nueva nota —I bis) para reseñar los nuevos trabajos que aludían a la cuestión aquí tratada y que se habían publicado con posterioridad a la redacción de mi escrito. Al corregir segundas pruebas he de reseñar otro más: VALLADARES RASCÓN, Etelvina, *El principio de igualdad ante la ley y el sistema matrimonial*, «R.D.P.», LXV, págs. 307-332. Esa notable actividad doctrinal tal vez sea la mejor prueba de que, en contra de lo que algunos creen, la cuestión del sistema matrimonial es tema plenamente vivo —y precisamente por ello— en un régimen que pretende ser de libertades. Esperemos que el legislador lo comprenda así.

CUESTIONES PRACTICAS

Nota sobre la expedición de copias de instrumentos públicos por mandato judicial en virtud de diligencia para mejor proveer en proceso civil

La doctrina actual de la Dirección General de los Registros y del Notariado está representada por la Resolución de 14 junio 1972, la cual estima que la Ley de Enjuiciamiento Civil faculta a los Jueces y Tribunales para acordar que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes; «que ningún funcionario público puede negarse a cumplir el requerimiento hecho por la autoridad judicial cuando éste se halle revestido de las formalidades legales y obra dentro de su competencia y atribuciones puesto que los derechos individuales están subordinados al interés social de la Administración de Justicia»; que el Tribunal no puede ignorar la índole reservada del protocolo y ha debido apreciar la existencia de motivos justificados; por último, señala que en el supuesto existía un doble mandamiento judicial, estando el requerimiento de expedición de copia «reforzado por la ratificación hecha por el Tribunal Superior, por lo que el fedatario debe cumplimentar el mandato judicial, quedando salvada su responsabilidad y transferida ésta a los órganos judiciales que ordenaron la expedición de copia». Aunque no se trataba de un supuesto análogo, la Resolución de 9 junio 1976 reitera esta doctrina, estimando que, pese al deber genético de mantener el secreto del protocolo, el mandamiento judicial para mejor proveer resulta de inexcusable cumplimiento para el Notario, por constituir una decisión libre y personalmente adoptada por el Juez en interés objetivo de la resolución del pleito.

Causa extrañeza esta doctrina (referida, además, a un supuesto de expedición de copia de testamento) porque la Resolución de 14 junio 1972 sólo cita dos antiguas Resoluciones (de 25 marzo 1922 y 31 diciembre 1931), con olvido de la doctrina del Centro directivo contenida en la Resolución de 31 octubre 1962, que, después de afirmar que «los Notarios deben procurar cumplimentar los mandamientos judiciales de expedición de copias, por la obligada cooperación que todos, especialmente los funcionarios de toda clase, han de prestar a la Administración de Justicia», establece que deben negarse a la expedición cuando exista incongruencia de la petición con el procedimiento en que se deduce o cuando se prevean fundadamente daños y perjuicios por la revelación del protocolo.

Parece necesario señalar desde el principio lo que parece un error en el que incurre reiteradamente la doctrina de la Dirección General, que supone que el artículo 340, 1.º, L. E. Civ. constituye una norma que viene a configurar un caso de los «determinados por las leyes» (artículo 32, último párrafo, de la Ley del Notariado) en que el Juez está facultado para ordenar la expedición de copia. Mas, como es claro, el precepto citado contiene una norma meramente procesal, relativa a lo que el Juez o Tribunal pueden acordar para mejor proveer, y no además una norma que venga a establecer que el Juez o Tribunal puede hacer que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes. Resulta evidente que la disponibilidad del documento no se rige, salvo excepciones, por normas procesales sino sustantivas, y que el artículo 340 L. E. Civ. no ha venido a poner a disposición del Juez en un pleito civil cualquier documento de cualquier clase. Basta considerar que el Juez o Tribunal carece de poder para exigir a los no litigantes la exhibición de documentos privados de su propiedad exclusiva (artículo 603 L. E. Civ.). La disponibilidad del documento está determinada en cada supuesto por normas sustantivas distintas (administrativas, mercantiles en el caso de libros de los comerciantes, etc.). Es preciso examinar el supuesto concreto de los instrumentos públicos, que se rigen por la legislación notarial.

A efectos de disponibilidad, los instrumentos públicos siguen un régimen propio. Se ha dicho respecto a los documentos públicos en general que los funcionarios que en concepto de tales disponen del documento tienen la obligación de presentarlo al Juez, lo que viene corroborado por las normas penales relativas a la denegación de auxilio para la administración de justicia (artículo 371 del Código Penal); mas ello sin carácter absoluto, puesto que depende en definitiva del contenido del documento, que puede ser secreto. Pero los instrumentos públicos no siguen esa norma, sino que tienen un régimen jurídico propio. Como señalaba la antigua doctrina notarialista, estos documentos, en cuanto a su contenido material, son documentos privados. Por ser el Notario un funcionario público o por pertenecer los protocolos al Estado en nada se altera este carácter jurídico. El régimen de indisponibilidad general de estos documentos es lo que ha venido denominándose siempre secreto del protocolo (que no cabe confundir con el secreto profesional del Notario), limitado únicamente por las leyes para supuestos concretos y en medida diversa. Más aún, el secreto del protocolo puede alcanzar incluso a la actuación del Notario como funcionario público autorizante; así ocurre en cuanto al libro y protocolo reservados (artículos 34 y 35 de la Ley del Notariado), respecto a los cuales, aunque sea temporalmente, se protege al particular de tal manera que ni siquiera la actuación notarial puede ser revelada; es decir, no sólo se protege el contenido del documento sino que se vela también el acto de la autorización, porque la extensión del secreto alcanza a los índices, por lo cual se califica a estos protocolos como «especialmente reservados» (artículo 67 del Reglamento Notarial de 1862, ar-

título 274 del vigente). En tanto que exista el secreto del protocolo, el Notario, salvo que se trate de protocolos reservados, puede testificar de todo lo que afecta a su intervención como funcionario público autorizante (Resolución de 6 agosto 1913, segundo considerando); pero, por lo que se refiere al contenido del instrumento, únicamente podrá referirse a lo que le permitan las leyes configuradoras del secreto del protocolo. A este sistema responde el régimen jurídico que establecen los artículos 17, 18 y 32 de la Ley del Notariado, que no permiten la expedición de copias sino a los otorgantes, partes interesadas o interesados (términos sinónimos en el sistema legal), a los herederos o causahabientes, lo mismo que ocurre respecto a la exhibición del protocolo, salvo en los casos determinados por las leyes, y en virtud de mandamiento judicial, como preceptúa el último párrafo del artículo 32 de la Ley del Notariado, relativo a los reconocimientos y cotejos.

No obstante lo antedicho, en la actualidad el secreto del protocolo no puede fundamentar siempre una actitud negativa del Notario frente al mandamiento judicial para mejor proveer. Ello se debe a la profunda evolución experimentada por el régimen jurídico de expedición de copias, llevada a cabo por los sucesivos Reglamentos Notariales y por la doctrina de la Dirección General. En la actualidad, aunque se mantiene el principio de secreto del protocolo, ya no tiene éste el mismo contenido. Frente a la antigua concepción de unidad de fondo y de forma del negocio, ambos dentro del ámbito de autonomía concedido a la persona, lo que constituye la base del sistema de expedición de copias en la Ley del Notariado (no interesan aquí las sucesivas interpretaciones respecto al tema de primeras y segundas o ulteriores copias), la expedición de copias se ha ampliado, y es el Notario el que, salvo excepciones concedidas a los otorgantes, califica, conforme a las leyes, acerca del derecho a obtener copia, con la extensión de la facultad de obtenerla a quienes acrediten, a juicio del Notario, tener interés legítimo en el documento. (No es de este lugar el examen del tema del interés legítimo, que ha venido a desembocar, como podía esperarse, en la teoría administrativa acerca del concepto: Orden de 9 de noviembre de 1976). Aunque la prudencia notarial ha minimizado en lo posible el profundo cambio, en la actualidad la aplicación del secreto del protocolo no cubre en su totalidad la actuación de los particulares que acuden al Notario, sino que se refiere, de modo más estricto, a la protección debida a sus secretos íntimos (de orden personal y familiar, especialmente); tema, por cierto, de muy difícil y a veces imposible apreciación. En este estado de cosas, en relación con el tema objeto de esta nota se ha llegado a una solución de carácter práctico, que es la representada por la ya citada Resolución de 31 de octubre de 1962, que establece el principio de cooperación con los Jueces o Tribunales, siempre que con ello no se prevean fundadamente daños y perjuicios por la revelación del protocolo, distinguiéndose también entre los instrumentos públicos «inter vivos» y los «mortis causa», pues respecto a los últimos el criterio del Notario debe ser más res-

trictivo (cfr., además de la Resolución citada, las de 4 octubre 1952, 17 julio 1963 y 12 noviembre 1971, por ejemplo). Frente a esta doctrina no puede mantenerse el criterio de la Resolución de 14 junio 1972, que supone la abdicación por el Notario de su función calificador, a la par que concede al Juez o Tribunal (por una anómala interpretación del artículo 340 L. E. Civ.) un poder absoluto para ordenar la expedición de copias, incluso de testamentos, con la paradójica consecuencia de que, como «traer a la vista» supone (como unánimemente estima la doctrina) incorporar el documento a los autos, el Juez, que no puede conocer de antemano el contenido de la copia, queda innecesariamente expuesto a graves responsabilidades.

Por último, parece conveniente hacer una breve referencia al «interés legítimo» que algún autor atribuye al Juez o Tribunal. Sólo para decir que este concepto es totalmente inaplicable. El Juez o Tribunal carecen de interés legítimo calificable notarialmente; estarán o no autorizados por la Ley para ordenar la expedición de copias, lo que es una cuestión totalmente distinta.

Parece que lo expuesto en esta nota resulta suficiente para mostrar el estado de la cuestión. Pero quedaría incompleta si no se aludiera en ella al tema del procedimiento. El artículo 232 del Reglamento Notarial regula el supuesto en que no se pueda librar copias con arreglo a las leyes y reglamentos, pero este precepto se viene interpretando de tal modo que se entiende que en el supuesto por él contemplado existe negativa del Notario a expedir la copia (artículo 231 del Reglamento Notarial), con la consecuencia del recurso de queja ante la Dirección General, lo que viene a situar en posición desairada a Jueces y Tribunales. El procedimiento resulta inadecuado y tal vez no sea procedente interpretar como negativa el proceder del Notario. La Real Orden de 30 de mayo de 1852 permitía a los funcionarios administrativos pedir noticias al Juez acerca del origen de la causa o pleito y del objeto para el que se estimaba necesaria la diligencia, y establecía la dación de cuenta al Ministerio respectivo para la resolución oportuna cuando graves consideraciones de Gobierno y de interés del Estado se opusieran al cumplimiento, comunicándose por oficio al órgano judicial que su contestación dependía de la decisión superior, con el fin de que los Tribunales, recibido este aviso, lo elevasen con justificación al Ministerio de Gracia y Justicia para los efectos correspondientes. En consecuencia, no existía negativa propiamente dicha, sino suspensión del cumplimiento. En el ámbito notarial, el Juez se dirigía y se dirige actualmente al Notario (aunque la forma sea ya anacrónica) por medio de mandamiento (artículo 288 L. E. Civ., art. 186 L. E. Crim.), es decir, el Juez ordena, puesto que el Notario en el sistema de la Ley del Notariado, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de las Leyes procesales estaba considerado como funcionario (independiente) de la Administración de Justicia (art. 289 L. E. Civ., artículo 187 L. E. Crim.). Esta subordinación respecto al Juez suponía (y ello ha enturbiado en gran medida el tratamiento del tema objeto de esta nota) que la negativa del Notario constituía un supuesto de desobe-

diencia que tenía carácter delictivo (en la actualidad, artículo 369 del Código Penal), por lo que el Notario se encontraba ante la difícil alternativa de desobedecer el mandamiento o dejar de guardar el secreto del protocolo. Pero si existían motivos graves para la ejecución de la orden podía suspenderla, es decir, aplicar la doctrina de la «remonstratio» o «representación», alegando que de la ejecución resultarían o podrían derivarse graves daños no previstos al dictarse aquélla; mas, desaprobada la suspensión, debía cumplirla para no incurrir en delito (art. 370 del Código Penal). Existía, por tanto, un trámite de suspensión sin negativa. Parece que en este sentido puede y debe interpretarse el artículo 232 del Reglamento Notarial, desligándolo del 231.

JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ
JUAN SEGOVIA OTERO

La nueva normativa sobre el aumento y la liberalización de las rentas actualizadas en los contratos de arrendamientos urbanos

JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. El planteamiento real que presenta la nueva normativa.— 2. La política de control de alquileres y sus efectos.—3. El panorama doctrinal y jurisprudencial sobre las cláusulas de estabilización en los arrendamientos urbanos.—4. La revalorización y la actualización de las rentas en los contratos según la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente.—5. Las limitaciones legales a las elevaciones de la renta de los arrendamientos en situación de prórroga forzosa.—6. La liberalización de las rentas con cláusulas de actualización en los arrendamientos urbanos.

1. EL PLANTEAMIENTO REAL QUE PRESENTA LA NUEVA NORMATIVA

La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 representa un hito importante, respecto a las anteriores leyes, por su vuelta a la normalización del régimen arrendaticio urbano, en cuanto que recupera la libre autonomía de la voluntad de las partes respecto a la posibilidad de actualizar una renta, no sólo para su etapa inicialmente pactada, sino también para su vigencia posterior, cuando ha de mantenerse en base a la prórroga forzosa.

De este modo, se inauguran así contratos de arrendamiento de viviendas en los que es posible pactar una renta inicial básica (arts. 97, 98 y 100) que, al cabo de los años (uno, dos, tres, etc.), pueda ser actualizada mediante un índice de valor (el oro, el trigo, el porcentaje del nivel medio de vida, etc.), que adecúe y revise la suma o cantidad a pagar como renta.

La nueva situación normativa y sus nuevos contratos van a ofrecer un profundo contraste con los viejos contratos de arrendamiento de viviendas, mantenidos en base a los beneficios de la prórroga forzosa y de la renta legal, donde su revisión y actualización se va haciendo por el legislador de una manera tímida y lenta a través de

períodos de tiempo irregulares y con unos criterios irreales en cuanto a su alcance económico.

Desde la perspectiva de esta última década, se pueden enjuiciar ya, dentro del sector arrendaticio de la contratación de viviendas y locales de negocio, los criterios de diversificación inicialmente seguidos por el legislador, para tratar de llegar a establecer una relativa proporcionalidad y equidad entre las rentas antiguas y nuevas, escindidas y diversificadas tan profundamente, que su distanciaci3n no sólo afecta a su agravio comparativo, sino en cuanto al efecto que provoca de descapitalizaci3n de la propiedad, con todas sus consecuencias ruinosas para el inmueble y los derechos subjetivos legítimos de sus propietarios. El argumento, en cuanto a sus fundamentos sociales para instaurar los beneficios del arrendatario, pudo tener su raz3n de ser en épocas desoladas de postguerra, deprimidas econ3micamente o políticamente demag3gicas. Al existir una legislaci3n paralela de fomento y protecci3n a la construcci3n y arrendamiento de «viviendas protegidas», ese fundamento social se hace pura demagogia si el Gobierno no destina la ayudas, protecciones y fondos p3blicos suficientes para lograr esta finalidad realmente. Lo que no cabe en un Estado de Derecho y de libre cambio es mantener y encubrir mediante criterios de justicia una expropiaci3n indirecta de la propiedad que no resulta de inter3s p3blico, puesto que tan sólo produce un beneficio exclusivamente privado, no lícito, al concretarse en un mero «cambio de manos». Si esa expropiaci3n ha de hacerse, hágase normativa y socialmente de un modo correcto y justo a trav3s de los impuestos o cargas p3blicas que se destinen a modo de subsidios, créditos, hipotecas, etc3tera, a los sectores de poblaci3n más necesitados de una vivienda.

Ahora bien, el mantener indiscriminadamente, tan sólo por el factor tiempo, o el de la época, o fecha de una contrataci3n arrendaticia, una diferencia tan considerable entre las rentas de unos contratos anteriores y posteriores a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, resulta irracional e injusto en nuestros días, sobre todo cuando la política legislativa de la adecuaci3n de las rentas viejas y nuevas no se ha logrado satisfactoriamente en esta última década.

Según se trata de poner de relieve en este breve análisis, los efectos de toda política de control de alquileres es nefasta y sólo cabe como un remedio excepcional en épocas excepcionales. La lucha normativa contra la especulaci3n de viviendas y locales, así como el agio de alquileres y rentas, debe ser de un orden únicamente penal (*); la que comporta una atracci3n del mercado de capitales para la construcci3n será financiera y económica: la del logro de una renta libre, justa y equitativa, sin ser abusiva, es propiamente jurídica, aunque necesite de las anteriores para el logro de una auténtica política social e individual, la que realiza para las personas concretas, destinatarios insustituibles en quienes el ordenamiento tiene su raz3n de ser y a los que debe defender para el logro de sus lícitos intereses patrimoniales.

(*) Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR, *El agio arrendaticio. En torno a las primas por arrendamientos urbanos*. Madrid, 1969.

Desde el año 1972, no vuelven a producirse adecuaciones y actualizaciones de las rentas para los contratos de arrendamiento de viviendas y locales de negocio antiguos, es decir, aquéllos que se habían contratado con anterioridad a la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, o posteriores, en los cuales las partes no habían pactado expresamente un sistema de actualización.

En cambio, a partir de 1973, los sucesivos gobiernos, hasta la actualidad, van a pronunciarse con unas medidas normativas de ordenación económica, denominadas de «política económica social» coyunturales que, entre otras, realmente vendrán a limitar la elevación de las rentas de los arrendamientos urbanos, tanto para las que hubiesen de revisarse legalmente, como para las que debieran de actualizarse pactadamente.

De este modo, los Decretos-leyes 12, de 30 de noviembre de 1973, y 2, de 7 de abril de 1975, así como los Reales Decretos-leyes 18, de 8 de octubre de 1976, 3, de 4 de enero de 1978, y 21, de 19 de diciembre de 1979, responden a una misma línea limitativa de las rentas.

La Ley 46, de 1 de octubre de 1980, será la última disposición que, manteniendo todavía un criterio restrictivo de dichas rentas, ya preverá para el futuro año de 1982, tanto para las viviendas como para los locales de negocio, el levantamiento de las limitaciones al porcentaje referido al índice de elevación de la renta.

Con toda esta normativa posterior a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, más aparente que real, más demagógica que justa, deja todavía abierta —según se va a analizar— la cuestión más fundamental de aquellos otros contratos anteriores en situaciones de prórroga legal en los que las partes no pudieron legalmente adecuarlos o actualizarlos, o no pudieron prever los graves daños de una inflación velada que, con el tiempo, ha llegado a hacerse evidente y detractora en perjuicio de los acreedores, concretamente para sus relaciones de tracto sucesivo.

2. LA POLÍTICA DE CONTROL DE ALQUILERES Y SUS EFECTOS

Desde que los sucesivos gobiernos comenzaron con una política restrictiva y especial para el ámbito de los arrendamientos urbanos, como consecuencia de las destrucciones y escasez de viviendas producidas por los conflictos bélicos, no se ha podido superar aquella legislación limitativa de la autonomía de la voluntad de las partes por la que tradicionalmente se regulaba en sus normas de Derecho común, incluso en las etapas de mayor prosperidad y desarrollo. Dicha legislación especial viene a restringir dos aspectos esenciales de la naturaleza contractual del arrendamiento: su temporalidad y su precio o renta. En cuanto a su temporalidad, se concederá al arrendatario el beneficio de la «prórroga forzosa», opcional e ilimitadamente; en

cuanto a su renta, se concederá el beneficio de la «renta legal», que se traducirá en una política de control de alquileres.

En España, esta política de control de alquileres estará dirigida, en principio, a aquellos contratos de una cuantía menos elevada, correspondientes a sectores de población menos dotados económicamente, tal como se dispone en los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y de 21 de enero de 1936, que se verán secundados y ampliados por normas posteriores que van a instaurar definitivamente dicho beneficio de la «renta legal», tal como harán las Leyes de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946 y de 13 de abril de 1956. El carácter imperativo de estas disposiciones en cuanto a la inalterabilidad o bloqueo de las rentas consolidará una política total de control de alquileres para las viviendas y los locales de negocio.

Frente a esta política de control de alquileres, una vez que se han superado las circunstancias que las impusieron y las justificaron, son muchas las voces y críticas autorizadas que desde diversos ámbitos institucionales han analizado los desastrosos efectos del bloqueo y control mantenidos para el mercado de viviendas, sobre todo cuando se efectúa dentro de un sistema económico de mercado libre y competitivo; otra cosa sería dentro de un sistema total y centralizado de economía, donde las fuentes y recursos de financiación y construcción quedan a cargo del Estado plenamente y donde el alquiler o renta es prescrito como una amortización a largo plazo, que revierte en el propio Estado.

De aquí que, desde un *aspecto político*, un Estado liberal o de economía de mercado, con una Constitución democrática, no puede interferir sin razones fundamentales de interés público en el ejercicio de los derechos subjetivos patrimoniales de los contratantes, como son los que se derivan de su derecho de propiedad inmobiliaria. La política económica y social de un Estado liberal habrá de dirigirse a reforzar los sectores de población más necesitados en el ámbito de la vivienda, no a costa de medidas directas sobre los arrendadores indiscriminadamente, lo que contribuirá a ahuyentarlos de este sector, sino a conceder subvenciones y subsidios, créditos y demás medios de posible financiación, como ya se ha hecho con insuficiente medida para las «viviendas de protección oficial» (1).

Desde un *aspecto sociológico*, las medidas de control de las rentas en los arrendamientos urbanos fomentan la inmovilidad de la población, según se comprueba por estadísticas al respecto, además de reducir la oferta de las viviendas en alquiler. No se logra superar el déficit o escasez en la construcción de edificios a través de medidas coercitivas que tasan o estancan las rentas de las viviendas y de los

(1) Sobre las «viviendas de renta limitada», v. Ley de 15 de julio de 1954. Para las «viviendas subvencionadas», v. Ley de 13 de noviembre de 1957 y Decreto de 22 de noviembre de 1957 (art. 5). En cuanto a las «viviendas de protección oficial», v. Decreto de 24 de julio 1963 (art. 28), cfr. FUENTES LOJO, *Nuevos comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos y a la legislación de viviendas de protección oficial*. Barcelona, 1970.

locales de negocio, ya que se trata de una medida simplemente rentista y estática; tampoco resulta dinámica la medida que aplica el doble sistema de bloquear las rentas antiguas y liberalizar las nuevas, ya que, entonces, lo único que se consigue es el mitigar los efectos de la especulación, proporcionándoles a los inquilinos actuales un privilegio respecto de los futuros y creándose un beneficio pecuniario para el arrendatario a costa del patrimonio del arrendador o propietario, el cual en muchas ocasiones, no es la parte más fuerte ni social ni económicamente. En realidad, no hay un «derecho de propiedad» omnímodo y avasallador, sino «propietarios» especuladores y abusivos; de aquí la función social que debe contener todo ejercicio de un derecho de propiedad.

En el *aspecto económico*, las medidas de control de alquileres tienen una repercusión fundamental en cuanto que desalientan a los financieros y empresarios del sector de la construcción, tanto como a los ahorradores de capital que han de invertir rentablemente, por lo que su consecuencia es la reducción drástica de la oferta de viviendas y locales en alquiler, originándose precios y rentas más altas para los nuevos contratos. Se puede decir con la penetrante ironía de los analistas y críticos anglosajones, según recuerda entre nosotros Rafols (2), que las medidas y técnicas que instrumentan el control de alquileres son las más eficaces para destruir una ciudad, a excepción de los bombardeos.

Desde un *aspecto jurídico*, el control de alquileres que se ejerce por los gobiernos es un modo de distribuir los costos y la rentabilidad de una manera parcial y no equitativa, puesto que con ello se quiebra el equilibrio económico de las prestaciones de las partes en su relación contractual, resultando conculcada la justicia conmutativa de las relaciones obligatorias onerosas. Al congelarse legalmente la renta, sin posibilidades reales de su revisión, el arrendador va a sufrir un perjuicio o daño patrimonial en proporción a la pérdida del poder adquisitivo de la suma pecuniaria en que consista dicha renta, sobre todo a partir del momento en que se produce la prórroga forzosa. Así ha sucedido en las décadas de los años cuarenta, cincuenta y parte de los sesenta para las viviendas y, en parte, para los locales de negocio en los que no se hubiese pactado una cláusula de estabilización.

La normativa especial sobre los arrendamientos urbanos establecida por las Leyes de 1946 y 1956, con sus preceptos de carácter imperativo (3), mantuvieron una diferencia notable en cuanto a la posibilidad de renuncia de los beneficios sobre la renta y la prórroga del arrendatario (4); mientras que dispusieron la irrenunciabilidad de am-

(2) RAFOLS, *El control de alquileres como medida de la política de viviendas*, en "Información Comercial Española", 548 (abril 1979), páginas 139 ss.

(3) Cfr. Díez-PICAZO, *La autonomía privada y el Derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IX-4 (1956), pp. 1149 ss.

(4) Cfr. GARCÍA MONJE, *La renuncia de beneficios en la legislación*

bos beneficios en favor del arrendatario de viviendas; en cambio, permitieron la renuncia al beneficio de la renta legal del arrendatario para los locales de negocio (5), bien de una manera expresa, ya tácita o concluyente, cuando se hubiese pactado por las partes en el contrato una cláusula de estabilización, según se va a examinar.

3. EL PANORAMA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

Las cláusulas de estabilización comienzan a aparecer en la contratación española cuando la inflación de la peseta hace disminuir patentemente su poder adquisitivo de año en año. Es que, las cláusulas de estabilización constituyen el recurso jurídico que tienen a su alcance los particulares en su contratación para paliar los efectos perjudiciales que les provocan en su prestación pecuniaria las alteraciones monetarias, sean de signo inflacionista o deflacionista. Tanto deudores como acreedores, al observar la pérdida de poder adquisitivo del dinero en sus relaciones contractuales de tracto sucesivo, tratan de que se mantenga el equilibrio patrimonial de sus prestaciones, su equivalencia económica; por eso, ante el riesgo variado de inflación o deflación la cláusula estabilizadora, que se adecuará al índice elegido por las partes, operará en uno u otro sentido, aumentando o disminuyendo la cuantía de la prestación pecuniaria.

Es evidente que en períodos de persistente inflación será el acreedor de una relación jurídica monetaria quien se verá más afectado por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, lo que no excluye que, ante una recesión deflacionista, la cláusula opere correctamente respecto al deudor. Esta naturaleza ambivalente, no exclusiva, o en favor de alguna de las partes contratantes, es la que la legitima como equivalente y justa.

Las cláusulas de estabilización comenzaron a aparecer en España en la década de los años cincuenta, precisamente en la contratación arrendaticia de locales de negocio, debidamente concretadas por el saber escritural y cautelar de las notarías, los estudios universitarios, así como por la asesoría a las relaciones jurídicas empresariales (6). Sin

de arrendamientos urbanos, en "Revista General de Derecho", 261 (1966), pp. 514 ss.; MENÉNDEZ VALDÉS, *La renuncia de beneficios en el arrendamiento urbano*, en "Revista General de Derecho", 271 (1967), pp. 289 ss.

(5) Cfr. GINOT LLOBATERAS, *El arrendamiento otorgado por el usufructuario*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IX-4 (1956), p. 1217; ILLESCAS ORTIZ, *El arrendamiento de local de negocio*. Madrid, 1978.

(6) Cfr. PELAYO HORE, *Cláusulas de estabilización*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", II (1946), pp. 46 ss.; ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU, *Cláusulas de estabilización*, en "Estudios de Derecho Privado", I (1948), pp. 258 ss.; FENECH, *Las cláusulas estabilizadoras en la jurisprudencia española y francesa*, en "Revista del Instituto de Derecho Comparado", 2 (1954), pp. 141 ss.; COSSÍO, *Las cláusulas de escala móvil*, en "Revista de Derecho Privado", XXXIX (1955), pp. 963 ss.;

embargo, el primer empleo de la técnica de las cláusulas de estabilización en España se va a hacer por el propio legislador en la normativa especial de arrendamientos rústicos (art. 3 de la Ley de 1942), con objeto de que se actualice anualmente la renta de acuerdo con el precio oficial del trigo.

En cambio, para el ámbito de la legislación especial de arrendamientos urbanos, en sus comienzos, la aplicación de las diversas modalidades de cláusulas de estabilización («valor oro o plata», «valor moneda extranjera», «valor aceite», «valor jornal», etc.), su pacto va a constituir un acto contra ley, ya que, a partir de los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y de 21 de enero de 1936 (7) y hasta las legislaciones de arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946 (8) y de 13 de abril de 1956, sus normas sobre la renta serán de carácter imperativo y prohibitivo en cuanto a cualquier elevación de la misma en las viviendas, aunque se excepcione potestativamente para los locales de negocio (9).

BONET CORREA, *Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VIII-1 (1955), pp. 89 ss.; LACASA, *El precio en el arrendamiento urbano*. Barcelona, 1957; SÁNCHEZ FAVA, *La cláusula de estabilización de las rentas en el arrendamiento urbano*, en "Revista de Derecho Español y Americano", 24 (1960), pp. 429 ss.

(7) La Sentencia de 13 de noviembre de 1952, dilucidaba sobre un contrato de arrendamiento urbano celebrado bajo la vigencia de los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, al que se le había añadido una cláusula de estabilización "valor pan", que consideraba como nula por ser contraria a lo legislado (arts. 4.º y 11 del Decreto de 1931 y 6.º del Decreto de 1936). También, la Sentencia de 25 de enero de 1955 declaró nula de pleno derecho la cláusula de elevación de la renta "valor pan" del contrato por no ser de estabilización. Cfr. VALVERDE MADRID, *Inadmisión de la cláusula de estabilización "valor pan" en arrendamientos urbanos* (S. 25 enero 1955), en "Revista de Derecho Notarial", IX-X (1955), p. 615; BONET CORREA, *La cláusula de escala móvil "valor pan" en el arrendamiento de local de negocio* (Comentario a la S. 25 enero 1955), en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IX-1 (1956), páginas 286 ss.

(8) El Tribunal Supremo admitió, en su Sentencia de 28 de noviembre de 1957, una cláusula "valor oro o plata" para un contrato de arrendamiento celebrado en el año 1935, alegando no ser contraria a lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, concretamente a su art. 118. En cambio, declara nula otra cláusula "valor oro", concertada en el año 1953 para un arrendamiento de local de negocio, en la Sentencia de 27 de febrero de 1974, al entender que era contraria a lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, simplemente alegando ser "sancionadora de un rígido sistema nominalista con carácter de *ius cogens*".

(9) Respecto a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, el Tribunal Supremo comenzará por reconocer, en su Sentencia de 31 de enero de 1962, la posible renuncia del arrendatario al beneficio de la renta establecido en el art. 95, según se permite para los locales de negocio por el art. 6.º, no obstante tratarse en este caso de una cláusula de revisión de la renta cada cinco años. Después, distinguirá las propias cláusulas de estabilización de las meras cláusulas de elevación de la renta, al considerar estas últimas como nu'as (SS. 23 febrero 1963, 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 9 febrero 1967, 3 octubre 1968, 7 febrero 1970, 24 junio 1971, 25 enero 1973, 30 enero y 23 diciembre 1974, 28 octubre 1975, 10

4. LA REVALORIZACION Y LA ACTUALIZACION DE LAS RENTAS EN LOS CONTRATOS SEGUN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS VIGENTE

La Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, de 24 de diciembre de 1964 (10), surge de una revisión del texto de la Ley anterior de 1956, fundamentalmente, debido a las nuevas razones socio-económicas de liberalización del mercado de viviendas y locales de negocio, tanto para hacer más atractivo el ámbito de su financiación y construcción como para lograr una «revalorización» de las rentas más antiguas que permanecían bloqueadas, debido a los dos beneficios legales más importantes concedidos a los arrendatarios en sus contratos: la prórroga forzosa y la renta legal.

Si bien el nuevo texto normativo seguirá manteniendo el beneficio de la prórroga legal para el arrendatario, en cuanto a la renta van a restaurarse dos nuevos criterios: a) Uno conservador, si bien con carácter revisable para los viejos contratos en situación de prórroga; b) Otro actualizador, con carácter liberalizador para los arrendamientos de nueva contratación. La diferencia de este trato legal para los contratos de arrendamiento de viviendas y locales de negocio, anteriores y posteriores al nuevo texto legal, se puede apreciar ya en la precedente Ley de 11 de junio de 1964, por la que se autorizaba al Gobierno a publicar un nuevo texto refundido de la anterior legislación de 1956, al manifestarse, en su capítulo I, que «el movimiento liberalizador de la propiedad urbana ha de atemperarse, no sólo al ritmo determinado por las circunstancias económicas del país, sino también a las exigencias ineludibles de la justicia social», ya que, «aún no hemos alcanzado la madurez económica indispensable ni se ha logrado satisfacer la necesidad de vivienda para importantes sectores de la sociedad española».

Respecto a los contratos del pasado, la ley vigente dispuso una revisión de las rentas antiguas y subsistentes de aquellas relaciones contractuales de arrendamiento de viviendas y locales de negocio que

febrero y 31 marzo 1977; cfr. SOTO NIETO, *Las cláusulas de estabilización y el contrato arrendaticio urbano*, en "Derecho vivo. Jurisprudencia comentada", I (Madrid, 1970), pp. 397 ss.; RAJOY, *Doctrina del Tribunal Supremo sobre el problema de la validez de las cláusulas de escala móvil y de elevación de renta en los arrendamientos urbanos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXVI-4 (1973), pp. 1027 ss.; BONET CORREA, *Arrendamientos urbanos con renta actualizada (Cláusulas de estabilización y de elevación ante el Tribunal Supremo)*, 3.^a ed., Pamplona, 1981.

(10) Cfr. SOTO NIETO, *Arrendamientos urbanos. Comentario a la Ley de reforma de 11 de junio de 1964*. Gerona, 1964; y *Aumento de rentas en viviendas no suntuarias (Decreto de 24 de diciembre de 1964)*. Gerona, 1965; RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ RALUY, *Derecho de arrendamientos urbanos. Ley. Doctrina. Jurisprudencia. Formularios*. Barcelona, 1965; SANTOS PASTOR, *Arrendamientos urbanos*, 4.^a ed. II (Pamplona, 1967); FUENTES LOJO, *Suma de arrendamientos urbanos*, 7.^a ed., Barcelona, 1973.

estaban en situación de prórroga forzosa, permitiendo su revalorización (arts. 95 y 96). También, de cara al futuro, para estos contratos de arrendamiento se previó que su renta se adecuara cada dos años a las variaciones del coste de la vida mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros, que aplicará a la renta revalorizada el índice ponderado fijado por el Instituto Nacional de Estadística (art. 100, n. 1). Efectivamente, para los contratos de arrendamiento de viviendas y locales de negocio en situación de prórroga legal, con rentas anteriores al año 1956, el Gobierno decretó la posibilidad de revalorización de su renta durante algunos años (11), si bien no lo hizo con la regularidad bianual que había previsto normativamente y, por último, la va a dejar de cumplir a partir de su última decisión en el año 1972 hasta nuestros días. También para los contratos de arrendamiento de viviendas y locales de negocio que fueron concertados después del 11 de mayo de 1956 y antes del 1 de julio de 1964 y que, además, llevasen cinco años de prórroga legal, se permitirá el incremento de su renta en los porcentajes que señaló el Decreto de 15 de junio de 1972: pero, desde entonces, tampoco el Gobierno ha posibilitado la actualización de las rentas de los contratos celebrados en este período. Son así, casi diez años, los que han transcurrido sin que se hayan actualizado las rentas de unos viejos contratos mantenidos forzosamente, donde, por lo demás, han sucedido alteraciones monetarias importantes que han socavado profundamente el ya disminuido poder adquisitivo de las antiguas rentas.

En cuanto a los contratos que se van a pactar después de la Ley vigente de 1964, el legislador liberaliza totalmente las rentas que se convengan tanto para las viviendas como para los locales de negocio y no sólo a partir del momento inicial de su contratación, sino también a través de su curso, o posteriormente, durante los períodos de prórroga. A este respecto, el art. 97 faculta a los contratantes a que: «La renta de viviendas y locales de negocio que se arrienden después de la entrada en vigor de esta Ley, será la que libremente estipulen las partes, aun cuando hubieran sido ocupados con anterioridad a esta fecha».

Por lo que se refiere a una liberalización posterior de la renta, el legislador va a permitir dos modalidades de actualización: una futura o después del momento inicial de su contratación, como es la establecida por el artículo 98, donde se permite que «la renta de las viviendas y locales de negocio a que se refieren los artículos anteriores podrá ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes» y otra, ya prevista inicialmente por las partes, pero con efectos sucesivos y posteriores, como es la permitida por el apartado 1, *in fine* del artículo 100, al reconocerse a las partes la posibilidad de que «hubieren convenido de modo expreso otro sistema de actualización».

Este otro sistema de actualización de la renta a que se refiere el legislador «convenido de modo expreso por las partes», no puede ser

(11) Decretos de 16 de junio de 1966, 13 de julio de 1967, 11 de junio de 1970, 11 de marzo de 1971, 15 de junio y 23 de diciembre de 1972.

otro más que el correspondiente a los pactos hechos por los contratantes en sus arrendamientos de viviendas o locales de negocio y que doctrinal y jurisprudencialmente son denominados como «cláusulas de estabilización» o de «actualización». Actualización de la renta que, según el Tribunal Supremo habrá de distinguirse de la mera elevación que exclusivamente se pacte en beneficio del arrendador, por lo que distinguirá entre las genuinas cláusulas de estabilización, con efectos bilaterales para ambas partes y, por tanto, válidas, y las simples cláusulas de elevación de la renta, de efecto unilateral en exclusivo beneficio de una de las partes, inválidas en cuanto son violadoras de los preceptos imperativos del ordenamiento común (art. 1.256 Código civil) y del especial de arrendamientos, al poder realizar un fraude a la Ley (art. 9 LAU) eludiendo una norma necesaria como es la de la prórroga forzosa en beneficio del arrendatario (art. 57), según ha venido manteniendo reiteradamente el Tribunal Supremo en su doctrina legal de la llamada «ecuación prórroga-renta» (12).

5. LAS LIMITACIONES LEGALES A LAS ELEVACIONES DE LA RENTA DE LOS ARRENDAMIENTOS EN SITUACION DE PRORROGA FORZOSA

En los años sucesivos a 1964, comienza una fuerte elevación del coste de la vida, que se acusa en el Decreto-ley 15, de 27 de noviembre de 1967, el cual va a realizar una ordenación económica, al mismo tiempo que se dan unas normas complementarias en cuanto a la paridad de la peseta (Decreto 2.731, de 19 de noviembre de 1967). Para justificar estas medidas, se invoca el espíritu de solidaridad de todos los españoles, su esfuerzo común, a fin de que no se exceda en el consumo de bienes y se limiten las rentas de capital, también para los arrendamientos. En el artículo 6 de este Decreto-ley 15, se dispone que: «A partir de la publicación del presente Decreto-ley y hasta el 31 de diciembre de 1968, quedará en suspenso la facultad conferida al Gobierno para determinar la aplicación de nuevos porcentajes de incremento de la renta en los arrendamientos urbanos, en los casos previstos en los artículos 96, n. 12; 100, ns. 1 y 4 y Disp. Trans. 17., así como en la revisión de rentas establecida en el artículo 104 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Igualmente quedará en suspenso durante el indicado plazo, el percibo por parte del arrendador de nuevos porcentajes semestrales de revalorización de rentas en los supuestos previstos en los números 5, párrafo 2.º y 11 del artículo 96 del propio texto refundido, pudiendo percibir únicamente durante el período expresado los que hubieran sido procedente incrementar hasta la fecha en vigor de este Decreto-ley».

Según puede advertirse, nada se disponía sobre la actualización de

(12) SS. 23 febrero 1963, 9 febrero 1967, 2 diciembre 1977 y 13 febrero y 20 noviembre 1980.

las rentas de aquellos arrendamientos urbanos de vivienda y locales de negocio en los que las partes habían convenido y pactado una cláusula de estabilización. Sin embargo, ciertos arrendatarios trataron de impugnar, en base a este Decreto-ley, la elevación de la renta que resultaba de la aplicación de las cláusulas estabilizadoras, ahora bien, sin resultado, puesto que el Tribunal Supremo, a este respecto, reconoció y confirmó la validez de estas cláusulas, al aclarar que «la congelación de rentas impuesta en el primero de los citados Decretos se concretó a los nuevos porcentajes que el Gobierno podía establecer en uso de las facultades que le estaban conferidas, y no a actos distintos» (S. 7 de julio de 1972), o que «se refiere a los nuevos porcentajes de renta para cuya obligatoriedad es necesaria disposición gubernativa» (S. 15 de febrero de 1972), o que se trata de los «incrementos de renta por disposición gubernativa para congelación de rentas y salarios (S. 20 de noviembre de 1972), o que «sólo afectó a las revalorizaciones impuestas por la ley» (S. 22 de diciembre de 1972) (13).

Ante una nueva política económica expansiva y liberalizadora, dos años después se derogaba el anterior Decreto-ley 15 por otro Decreto-ley 22, de 9 de diciembre de 1969, cuyo artículo 4. número 1 establecía que: «A partir de 1 de enero de 1970, el Gobierno acordará la progresiva desaparición de las limitaciones establecidas en el Decreto-ley 15, de 27 de noviembre, para los arrendamientos rústicos y urbanos. Ante un empeoramiento de la economía internacional y de la española, este Decreto-ley 22 viene a quedar derogado por el Decreto-ley 12, de 30 de noviembre de 1973, aunque sin hacer una referencia concreta a las disposiciones de la renta en los arrendamientos urbanos (2.ª de las «Disposiciones finales»).

Con el cambio de régimen político, el Decreto-ley 2, de 7 de abril de 1975, en base a una política económica y social, establecerá una ordenación económica donde se aplicarán medidas más restrictivas; para los arrendamientos urbanos se dispondrá que: «A partir de la publicación del presente Decreto-ley y hasta el 31 de diciembre de 1975, las autorizaciones concedidas por el Gobierno sobre aumentos o revisiones de rentas en los arrendamientos urbanos, a tenor de lo establecido en el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, y para aquellos contratos celebrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1967, nunca podrán suponer elevaciones superiores a la última acordada». Esta disposición se concretará específicamente por el Decreto-ley 13, de 17 de noviembre de este mismo año de 1975, que aprobará un programa especial de financiación de viviendas y restringirá ya no sólo la posibilidad de revalorización de las rentas por el Gobierno, sino también las pactadas con cláusulas de estabilización. A este respecto, en su artículo 14 dispuso: «Se prorroga hasta el 31 de diciembre de 1976 la vigencia de las normas contenidas en el artículo 1 del Decreto-ley 2/1975, de

(13) Cfr. BONET CORREA, *Los contratos de arrendamiento con cláusulas estabilizadoras de la renta ante la revalorización de la peseta y la congelación de precios (Comentario a la S. 22 diciembre 1972)*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXV- (197), p.

7 de abril»; y, en su artículo 15, ordena: 1. A partir de la publicación del presente Decreto-ley y hasta el 31 de diciembre de 1976, inclusive, los incrementos de las rentas en los arrendamientos urbanos, en situación de prórroga legal, que sean procedentes por disposición de la Ley, determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes, no podrán suponer elevaciones que excedan del aumento medio experimentado, en los dos años inmediatamente anteriores a la fecha del incremento o de la revisión, por el índice específico del coste de la vivienda, incluido en el índice general del costo de la vida, publicado por el Instituto Nacional de Estadística. Esta limitación no afectará a los incrementos que procedan por repercusión en el coste de los servicios y suministros, obras de reparación necesarias y demás cantidades asimiladas a renta». «2. El límite de aumento establecido en el apartado anterior se observará igualmente, durante el período de tiempo fijado en el mismo, para la revisión de las rentas de las viviendas de protección oficial, prevista en el artículo 28 del texto refundido y revisado de su legislación, aprobado por el Decreto 2.131/1963, de 24 de julio» (14).

En vez de llevarse a cabo una política realista y activa de la construcción para este ámbito de las «viviendas de protección oficial», donde pudiera efectuarse una acción social más intensa para aquellos sectores de población con menos ingresos, tan sólo se dan medidas formales o parciales (15), insuficientes para llegar a paliar esta necesidad tan primaria y angustiada. A nuestro juicio, es en este sector de las viviendas protegidas donde la acción estatal y pública ha de ejercitar todas sus facultades posibles a su alcance para tratar de remediar la falta de iniciativa y de inversiones de los capitales privados, inhibidos ante las restricciones de libertad y rentabilidad en las construcciones de viviendas destinadas a alquiler, cuestión que no ocurre para los destinados a la venta de casas por pisos o en régimen de propiedad horizontal.

El nuevo régimen político continuará con esta tendencia restrictiva respecto a los precios y rentas de los contratos de arrendamiento urbano de viviendas y locales de negocio. Por el Real Decreto-ley 18, de 8 de octubre de 1976, se vuelven a establecer otras medidas provisionales para una ordenación económica con «el objetivo primordial de reducir la inflación sin incidir negativamente en la reactivación económica», que «coadyuven a asentar las bases de lo que ha de ser el marco político-económico en el futuro inmediato en una sociedad justa y equilibrada que necesita y a la que aspira el pueblo español», «se instrumenta un conjunto de medidas sobre precios y rentas, tanto salariales como no salariales de los españoles, entre las que, para el

(14) Actualmente esta norma ha sido derogada expresamente por la Ley 46, de 1 de octubre de 1980 ("Disposición derogatoria").

(15) En cuanto a la revisión de las rentas en las "viviendas de protección oficial" véase: Decreto de 4 de marzo de 1972 y Circular de 23 de diciembre de 1972, los Decretos de 29 de marzo y 20 de diciembre de 1974, 10 de abril y 6 de junio de 1975 y las Ordenes de 31 de marzo de 1976 y 19 de enero de 1979.

ámbito de los arrendamientos urbanos, el artículo 8 adoptará un criterio más restrictivo que el establecido en el artículo 15 del Decreto-ley 2, de 7 de abril de 1975. Según el artículo 8.1.: «A partir de la publicación del presente Real Decreto-ley y hasta el 31 de diciembre de 1977, las rentas de los arrendamientos urbanos en situación de prórroga legal, que hayan de ser elevadas por disposición de la ley, por determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes, no podrán sufrir elevaciones que excedan del incremento medio experimentado, en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de la revisión, por el índice específico del coste de la vivienda incluido en el índice general del coste de la vida en el conjunto nacional, publicado por el Instituto Nacional de Estadística. Esta limitación no afectará a los incrementos que procedan por repercusión del coste de los servicios y suministros, obras de reparación necesarias y demás cantidades asimiladas a la renta. 2. El límite del aumento establecido en el apartado anterior se observará también, durante el periodo de tiempo fijado en el mismo, para la revisión de las rentas de las viviendas de protección oficial, prevista en el artículo 28 del Texto refundido y revisado de su legislación, aprobado por el Decreto 2.131/1963, de 24 de julio» (16).

Para regular estas elevaciones legales o pactadas de la renta, se ha venido recurriendo a los índices del «coste de la vida» (17); sin embargo, a partir de la Orden de 27 de agosto de 1977, se dispone: «1.º Que registrarán oficialmente las variaciones relativas que proporcionen los índices oficiales de los sistemas de «coste de la vida» hasta diciembre de 1976 y del nuevo sistema de «Precios de Consumo» a partir de enero de 1977; 2.º Los incrementos o variaciones relativos de enero de 1977 sobre diciembre de 1976, a nivel de índices generales, serán los que proporcionen el sistema de Índices de Precios de Consumo base 1976». Y, concretamente, para los arrendamientos urbanos, otra Orden de la misma fecha, de 27 de agosto de 1977, dispone: «1.º A partir de enero de 1977, y mientras sea necesario, se calculará con carácter oficial por el Instituto Nacional de Estadística el índice nacional del subgrupo 31: «Alquileres» del sistema de Índices de Precios de Consumo; 2.º Los incrementos aplicables a los efectos señalados en el artículo 8, párrafo 1.º, del Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, serán suministrados por el grupo nacional de vivienda del Índice del Coste de la Vida hasta diciembre de 1976, y los del subgrupo nacional «Alquileres», del sistema de Índice de Precios de Consumo, a partir de dicha fecha y mientras se mantenga en vigor el Real Decreto-ley 18/1976».

(16) Disposición derogada por la Ley 46, de 1 de octubre de 1980 («Disposición derogatoria»).

(17) Cfr. SALVADOR PASCUAL, *Números índices*, en IDEA (septiembre 1953), pp. 8 ss.; actualmente: IÑIGO, *El nuevo sistema de números índices de precios al consumo del Instituto Nacional de Estadística*, en «Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto», XXXII-101 (agosto 1977), pp. 353 ss.; LÓPEZ ZUMEL, *La medición de las elevaciones del coste de la vida a través de un solo índice*, en «El Economista», 4564 (7 de mayo de 1977), p. 12.

Para el año 1978, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre, se vuelven a limitar las rentas de los arrendamientos urbanos relativos a viviendas y locales de negocio en situación de prórroga legal cuya cuantía haya de ser modificada por disposición de Ley, por determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes. A tal efecto, el Real Decreto-ley 3, de 4 de enero de 1978, insistirá en que «no podrán sufrir elevaciones que excedan de la variación porcentual experimentada en los doce meses anteriores a la fecha de revisión, por el índice nacional del subgrupo tres punto uno, «Alquileres», del sistema de Índices de Precios de Consumo que elabora el Instituto Nacional de Estadística». Esta limitación tampoco afectará a los incrementos que procedan por repercusión del coste de los servicios de suministro, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a renta; al igual que la normativa anterior, el límite de aumento establecido se observará para la revisión de las rentas de las viviendas de protección oficial. Y, en el art. 2, se añade que: «En todo caso, cuantas modificaciones en las rentas de los arrendamientos urbanos se refieran al período de vigencia de las limitaciones a que se refiere este Real Decreto-ley se calcularán conforme al procedimiento que se fija en el artículo anterior, cualquiera que sea el momento en que se haga efectivo la revisión» (18).

Esta política económica restrictiva o limitativa para las rentas de los contratos de arrendamiento urbano, antes de que finalice el año 1978, se va a disponer que continúe para el año 1979.

Con el Real Decreto-ley 49, de 26 de diciembre de 1978, se pretende justificar la ordenación económica de una política de rentas y empleo que, con un carácter tan optimista como irreal —tal como hoy puede demostrarse (19)—, más bien supuso un pronóstico de buenas intenciones, pero de pocos resultados positivos, como los de lograr «un creciente grado de integración social», «un positivo ajuste de determinados desequilibrios económicos», el «haber reducido sensiblemente la tasa de inflación», el haberse «incrementado razonablemente el producto interior bruto», el haberse aumentado la renta real disponible», el que se hayan «invertido los términos de partida de la balanza de pagos por cuenta corriente» o que «se hayan superado las más altas cotas en cuanto a reservas de divisas». La acción de gobierno realizada posteriormente no demuestra que se «luche contra la inflación», que se contenga o que se reduzca su tasa, ni tampoco se siga una política monetaria restrictiva, tal como se propuso normativamente (20).

(18) Un análisis sobre este Real Decreto-ley, cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *Limitaciones legales a posibles aumentos de las rentas urbanas*, en "Revista de Derecho Privado" (julio-agosto 1978), pp. 583 ss.

(19) Cfr. PARÍS EGUILAZ, *Continúa el deterioro de la economía española*, en "El Economista", 4757 (17 enero 1981), p. 5.

(20) Más que la lucha contra la inflación, se advierte su extensión, cfr. MOLTÓ, *La política monetaria en 1978. Perspectivas para 1980*, en "Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto", 107 (1979), pp. 73 ss.; *Objetivos monetarios para 1980: la inflación como*

Los contratos de arrendamiento urbano van a ser considerados en este Real Decreto-ley, como supuestos que han de ser «objeto de comportamientos sociales» y que deben ser llevados «a zonas de moderación», por lo que se deben de «proteger a aquellas categorías de ciudadanos que no disponen de capacidad de negociación suficiente y moderar las tensiones que surgen en el seno de la sociedad a la hora de la distribución de las rentas». En base a tales fundamentos es por lo que, en el artículo 8 de este Real Decreto-ley, se acuerda que: «Se prorroga durante 1979 la vigencia del Real Decreto-ley 3/1978, de 4 de enero, sobre limitación de rentas de arrendamientos urbanos».

Los contratos de arrendamiento urbano de viviendas y locales de negocio, en situación de prórroga forzosa, quedaban sometidos a las limitaciones del «índice oficial de consumo» para las «viviendas en alquiler». A este propósito, la Resolución de 15 de noviembre de 1978 establece los índices correspondientes a los años 1976, 1977 y 1978. En cuanto a las «viviendas» (Grupo 3), se establecen los índices correspondientes a las «viviendas en alquiler» (Grupo 3.1) (21).

Durante el año 1978, el Gobierno persistirá en esta política económica de limitación de las rentas, rebajando todavía más, su porcentaje para los arrendamientos urbanos. El Real Decreto-ley 21, de 19 de diciembre de 1979, en su artículo 1.1., dispondrá: «Desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 1980, las rentas de los arrendamientos urbanos relativos a viviendas y locales de negocio en situación de prórroga legal, cuya cuantía haya de ser modificada por disposición de Ley, por determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes, no podrán sufrir elevaciones que excedan el ochenta por ciento de la variación porcentual experimentada en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de revisión, por el índice nacional general del sistema de Índices de Precios al Consumo, que elabora el Instituto Nacional de Estadística». De la misma manera que la anterior normativa, esta limitación establecida no afecta a los incrementos que procedan por repercusión del coste de los servicios de suministro.

Actualmente, este Real Decreto-ley 21 de 1979 queda derogado por la Ley 46, de 1 de octubre de 1980, en su «Disposición derogatoria», de un modo expreso, si bien para disponer, de nuevo, las mismas limitaciones, aunque con ciertos matices en cuanto a la restricción que se hace para el artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Por tanto, se dispone: «Artículo primero. Uno. Desde el uno de enero hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta, las rentas de los arrendamientos urbanos relativos a viviendas y locales de negocio en situación de prórroga legal, cuya cuantía haya de ser mo-

telón de fondo, en "Coyuntura Financiera", 67 (1979), p. 6; *Inflación y medios de pago*, en "El Economista", 4708 (9 febrero 1980), p. 3; *Creciente apelación del Tesoro al Banco de España*, en "Coyuntura Financiera", 72 (1980), p. 8; *El gasto público de consumo, motor de la inflación*, en "El Economista", 4738 (6 septiembre 1980), p. 123.

(21) Cfr. ARANZADI, *Repertorio legislativo*. Año 1979, núms. 227, 273, 740, 1337, 2208, 2234 y 2243.

dificada por disposición de Ley, por determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes, no podrán sufrir elevaciones que excedan del ochenta por ciento de la variación porcentual experimentada en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de revisión por el índice nacional general del sistema de Índices de Precios al Consumo, que elabora el Instituto Nacional de Estadística. Dos. La limitación establecida en el apartado anterior no afectará a los incrementos que procedan por repercusión del coste de los servicios de suministro, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a renta. A tal efecto, en el supuesto a que se refiere el artículo ciento ocho de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, se eleva el porcentaje del ocho por ciento establecido en el mismo al doce por ciento anual de capital en obras, sin que en ningún caso pueda exceder el aumento que resulte procedente del cincuenta por ciento de la renta anual».

6. LA LIBERALIZACION DE LAS RENTAS CON CLAUSULAS DE ACTUALIZACION EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

Actualmente, el Real Decreto-ley 15, de 12 de diciembre de 1980 (22), convalidado por la Resolución de 26 de diciembre de 1980 (23), tiene por finalidad —según su Exposición de Motivos— el realizar «una gran flexibilización de las rentas, para lo cual, en cuanto se refiere a los arrendamientos de viviendas, se permite que se aumente el porcentaje de la variación porcentual experimentada en el Índice de Precios al Consumo del ochenta al noventa por ciento durante mil novecientos ochenta y uno» y para los arrendamientos de locales de negocio deja libre las elevaciones de sus rentas a partir del uno de enero de mil novecientos ochenta y uno.

En base a estos criterios de actualización y liberalización de las rentas para los arrendamientos urbanos, se pasa a disponer: «Artículo primero. Uno. Desde el uno de enero hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, las rentas de los arrendamientos urbanos relativos a viviendas en situación de prórroga legal cuya cuantía haya de ser modificada por disposición de Ley, por determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes, no podrán sufrir elevaciones que excedan del noventa

(22) "Boletín Oficial del Estado", núm. 246, del 13 octubre 1980, p. 22028.

(23) La Resolución de 26 de diciembre de 1980 ("Boletín Oficial del Estado", núm. 8, de 9 enero 1981, p. 420) de la Presidencia del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 15, de 12 de diciembre de 1980, expone: "De conformidad con lo dispuesto en el art. 86.2 de la Constitución, el Congreso de los Diputados, en su sesión del día 18 de los corrientes, acordó convalidar el Real Decreto-ley 15/1980, de 12 de diciembre, relativo a la limitación de determinadas rentas".

por ciento de la variación porcentual experimentada en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de la revisión por el índice nacional general del sistema de Índices de Precios al Consumo, que elabora el Instituto Nacional de Estadística. Dicha limitación no afectará a los incrementos que procedan por repercusión del coste de los servicios de suministro, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a renta. Dos. Transcurrido el plazo fijado en el apartado anterior, las rentas de los arrendamientos urbanos de viviendas, con cláusulas de actualización, podrán ser revisadas en los términos previstos en las mismas, si bien la renta ha de tenerse en cuenta como base para la aplicación de los incrementos que procedan será la exigible durante el año mil novecientos ochenta y uno en virtud de las limitaciones legalmente establecidas. Las variaciones porcentuales fijadas para la revisión en función del sistema de Índice de Precios al Consumo elaborado por el Instituto Nacional de Estadística se calcularán tomando como índice inicial el correspondiente al mes de enero de mil novecientos ochenta y uno o el posterior que proceda, en su caso».

«Artículo segundo.—Lo dispuesto para la revisión de las rentas de los arrendamientos de viviendas en el apartado dos del artículo primero del presente Real Decreto-ley, será aplicable a partir del uno de enero de mil novecientos ochenta y uno a los arrendamientos de locales de negocio con cláusula de actualización. Las variaciones porcentuales fijadas para la revisión, en función del sistema de Índices de Precios al Consumo elaborado por el Instituto Nacional de Estadística, se calcularán tomando como índice inicial el correspondiente al mes de enero de mil novecientos ochenta o el posterior que en otro caso proceda».

«Artículo tercero.—En tanto no se disponga lo contrario, continuará vigente el porcentaje establecido en el apartado dos del artículo primero de la Ley 46/1980, de uno de octubre, para todos los arrendamientos urbanos, ya se trate de vivienda o locales de negocio» (24).

Con esta nueva disposición se retorna a una elevación del porcentaje de actualización y a la liberalización de las rentas para los contratos de arrendamiento urbano de viviendas y locales de negocio, respectivamente. Sin embargo, para un cierto sector de arrendatarios, como el representado por la «Federación de Asociaciones de Vecinos» (25), ha tenido una acogida desfavorable al entender que lo dispuesto por el

(24) El apartado "Dos" del artículo primero de la Ley 46, de 1 de octubre de 1980, dispone que: "La limitación establecida en el apartado anterior no afectará a los incrementos que procedan por repercusión del coste de los servicios de suministro, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a la renta. A tal efecto, en el supuesto a que se refiere el artículo ciento ocho de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, se eleva el porcentaje del ocho por ciento establecido en el mismo al doce por ciento anual de capital invertido en obras, sin que en ningún caso pueda exceder el aumento que resulte procedente del cincuenta por ciento de la renta anual".

(25) *La Federación de Vecinos critica la actualización de rentas de las viviendas*, en el diario ABC del 6 de enero de 1981, p. 36.

Gobierno es justamente lo contrario de lo que debería haberse hecho, puesto que la inflación que se padece «no debe convertirse en cómodo beneficio para arrendadores e inmobiliarias», que «tienen espectaculares ganancias en el negocio del alquiler» y «resulta temerario e incluso irresponsable cargar íntegramente sobre los alquileres de 1982 toda la inflación que pueda haber durante 1981, sin límite alguno y desconociéndose su posible alcance».

En realidad, estas declaraciones carecen de un fundamento cierto, están tergiversadas y la crítica que se hace es poco seria, ya que, precisamente, la inflación hace recaer su peso y daño sobre los que son acreedores, tal como les ocurre a los propietarios o arrendadores, al mermarse el poder adquisitivo de sus rentas fijas; incluso, si se parte de la lícita previsión de haber añadido una cláusula estabilizadora en el contrato, tampoco se convertirá ni en un «beneficio», ni en una «espectacular ganancia», ya que sólo habrán actualizado la renta y se cumplirá la justicia conmutativa de las prestaciones iniciales; la ganancia y el enriquecimiento injusto, en todo caso, será para los arrendatarios, al beneficiarse con una renta fija que con el transcurso del tiempo no se actualiza.

El Real Decreto-ley 15, precisamente, trata de normalizar y actualizar de un modo flexible y escalonado los arrendamientos de viviendas y de locales de negocio en situación de prórroga legal y cuya renta haya de ser modificada, bien de una manera normativa o ya pactada; se trata, pues, de contratos de arrendamiento antiguos que están gozando de una situación de privilegio o de beneficio y cuya renta ha quedado desactualizada porque se revisaron tan sólo inadecuadamente. Para lograr su actualización, el Real Decreto-ley, considera: a) Los arrendamientos de «viviendas» en situación de prórroga legal con rentas antiguas y fijas; b) Los arrendamientos de «viviendas» pactadas con cláusulas de actualización.

a) Los arrendamientos en situación de prórroga legal (26), contraídos con anterioridad a la legislación vigente de 1964 y cuya renta ha de ser modificada por disposición de la Ley, por determinación del Gobierno o por revisión legalmente autorizada, no podrán sufrir elevaciones que excedan del noventa por ciento de la variación porcentual experimentada en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de revisión por el índice general nacional del sistema de Índices de Precios al Consumo que elabore el Instituto Nacional de Estadística (27). Tales arrendamientos de viviendas, que son los más antiguos

(26) No gozan del beneficio de prórroga legal, los arrendamientos de temporada, los arrendamientos con opción de compra, los arrendamientos *ad meliorandum* o *ad aedificandum*, el arrendamiento superficial y el subarriendo, así como aquéllos mantenidos por la situación cualificada del usuario (porteros, guardas, empleados, funcionarios, etc.), o los excluidos expresamente por la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente (locales para casinos o círculos de esparcimiento, los arrendamientos de industria y los del negocio del espectáculo), cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 590.

(27) Cfr. ARANZADI, *Repertorio legislativo*: Año 1979, núm. 1694.

y desactualizados, a mi modo de ver, resultan ahora los más perjudicados, ya que permanecen olvidados desde hace casi diez años sin que el Gobierno haya ordenado su revisión o elevado sus porcentajes; además, ahora permanecen perjudicados hasta que no se produzca la posibilidad de su revisión mediante la disposición normativa correspondiente; los únicos incrementos hasta ahora permitidos son los que procedan por repercusión del coste de los suministros, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a la renta.

b) Los arrendamientos de viviendas posteriores a la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente y cuya renta hubiera sido pactada con una cláusula de actualización de las permitidas legalmente por dicho ordenamiento de 1964 (arts. 97, 98 y 100), tampoco podrán sufrir una elevación que exceda del noventa por ciento de la variación porcentual experimentada en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de revisión, según el índice nacional general del sistema de Índices de Precios al Consumo que elabora el Instituto Nacional de Estadística (28).

La diferente situación legal para estos contratos de arrendamiento urbano de viviendas con los anteriores se aprecia en lo establecido en el número «Dos» del artículo primero del Real Decreto-ley 15, cuando dispone que «transcurrido el plazo fijado en el apartado anterior (es decir, del uno de enero al treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y uno) las rentas de los arrendamientos urbanos de viviendas con cláusulas de actualización, podrán ser revisadas en los términos previstos en las mismas, si bien la renta que ha de tenerse en cuenta como base para la aplicación de los incrementos que procedan será la exigible durante el año 1981 en virtud de las limitaciones legalmente establecidas; las variaciones porcentuales fijadas para la revisión en función del sistema de Índices de Precios al Consumo del Instituto Nacional de Estadística, se calculará tomando como índice inicial el correspondiente al mes de enero de 1981, o el posterior que proceda, en su caso.

Para los contratos de arrendamientos urbanos de locales de negocio, la nueva disposición normativa procederá paralelamente, si bien con ciertos matices. Mientras que no se ha referido concretamente a aquellos contratos de arrendamiento de locales de negocio en situación de prórroga legal y en los que las partes no hubiesen previsto ni pactado alguna actualización de la renta, sí se viene a permitir, en su artículo segundo, la actualización de la renta, una vez que transcurra el año 1981, para los arrendamientos de locales de negocio en los que las partes hayan previsto una cláusula de actualización.

Resulta, pues, que para los arrendamientos de locales de negocio, habrá dos situaciones normativas: a) La de aquellos locales de negocio en los que las partes no han previsto la actualización de su renta, por lo que deberán de esperar a que su cuantía pueda ser modificada

(28) Sobre los "índices oficiales de los de consumo" y para "viviendas en alquiler" (3.1), v. Resoluciones de 17 enero, 7 marzo, 27 abril, 13 junio y 10 julio 1979.

por una disposición legal, una determinación del Gobierno o por una revisión legalmente autorizada, y b) La de aquellos locales de negocio donde las partes han previsto una cláusula de actualización de su renta, donde tan sólo habrán de esperar a que concluya el término de un año (fin de 1981), para que automáticamente tenga efectividad la cláusula pactada y pueda ser actualizada su renta; no obstante, para estos últimos contratos, las variaciones porcentuales fijadas para su revisión, lo serán con arreglo al sistema de Índice de Precios al Consumo, prescribiéndose que se calculen tomando como índice inicial el correspondiente al mes de enero de 1980, o el posterior que en otro caso proceda.

Ante esta casuística sobre la renta, cada vez más compleja, se hace necesario el acometer ya una reforma legal más simple y actualizada (29), que establezca normas comunes, aunque con la relatividad necesaria de sus diversas relaciones, de modo que se cumpla una más amplia justicia distributiva y una mejor aquilatada justicia conmutativa.

(29) Cfr. FUENTES LOJO, *La reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos*, en "Administración Rústica y Urbana", 38 (octubre-diciembre, 1980), pp. 37 ss.

«La transmisión del dominio y otros derechos reales en la reforma del Código Civil»

Por LUIS MOISSET DE ESPANES

SUMARIO: I. Introducción. Límites de nuestro estudio: a) El problema de la posesión. b) Actos sometidos a la publicidad exigida por el artículo 2.505.—II. La transmisión del dominio y los terceros: a) Transmisión de los derechos reales: el derecho personal como eslabón en la cadena de titularidades. b) Los terceros protegidos por el artículo 2.505. c) Publicidad posesoria y publicidad registral (El Código y la Ley 17.711).—III. El Código y la «inoponibilidad» de ciertos actos: a) La acción pauliana. b) Transmisiones a «non domino».—IV. Prioridades y publicidad: a) Las prioridades en el Código. b) Las prioridades y la reforma.—V. Inscripción declarativa e inscripción constitutiva: a) Automotores y caballos pura sangre de carrera. b) Ventajas e inconvenientes de la inscripción constitutiva.—VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCION. LIMITES DE NUESTRO ESTUDIO

El tema exige acotar los límites dentro de los cuales efectuaremos nuestra investigación, ya que si circunscribiéramos el análisis a la transmisión del “dominio” estaríamos reduciendo el campo en el cual las reformas introducidas al artículo 2.505 han tenido repercusión (1); las modificaciones que ha sufrido dicha norma afectan el sistema de transmisión de *todos* los derechos reales sobre inmuebles, al agregar nuevos requisitos para que el cambio de titularidad, además de producir efecto entre las partes, pueda oponerse a los terceros interesados.

Hay un sin número de facetas que sería interesante analizar, y que indudablemente merecerían una consideración detallada; sin embargo, su estudio excedería los límites de este trabajo, en el que nos proponemos solamente exponer en forma sucinta la incidencia que la reforma de 1968 ha tenido sobre la transmisión del dominio y demás derechos reales.

(1) Art. 2.505 (Texto reformado por la Ley 17.711): «La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.»

a) *El problema de la posesión.*

Uno de los temas que no podremos ahondar, y al que sólo dedicaremos de paso algunas breves reflexiones, es la incidencia que los nuevos artículos 1.185 bis y 2.355 (2) tienen sobre el régimen de la posesión, y la correlación que debe establecerse entre estas normas y el artículo 2.505, para lograr la correcta integración del sistema total de la Reforma.

La referencia resulta indispensable, ya que uno de los autores de la Reforma, BORDA, en su Tratado de Derechos Reales, aparecido con posterioridad a la Ley 17.711 (3) al ocuparse de la vieja discusión sobre la naturaleza jurídica de la posesión, afirma enfáticamente que es un derecho real. Ya al comienzo de su obra, al recordar que no hay más derechos reales que los establecidos por la Ley (art. 2.502), y analizar la enumeración contenida en el artículo 2.503, afirma que a esa lista "hay que agregar la posesión" (4); y más adelante, cuando se ocupa específicamente de la vieja discusión sobre si la posesión es un hecho o un derecho, afirma textualmente:

"Si la Ley me concede acciones posesorias, es porque reconoce mi *derecho* a no ser perturbado en mi posesión. Permítasenos insistir en el concepto: puesto que tengo acciones, tengo derecho" (5).

E insiste en que se trata de un *derecho real* "porque reúne todos los caracteres de tal" (6).

Si aceptásemos la corrección de esta doctrina, resultaría forzoso preguntarse: ¿qué efectos tiene el artículo 2.505 sobre la transmisión del "derecho real" de posesión?

Quienes se adhieran a la doctrina de BORDA, y afirmen que la posesión es un derecho, deberían reparar en los corolarios de tal afirmación, ya que en la actualidad nuestro sistema jurídico exige el requisito de la *inscripción registral* para que la transmisión de cualquier derecho real —no sólo el dominio— sea oponible a terceros. ¿Qué significaría esto? Que la posesión, para ser oponible a terceros, debería previamente ser registrada, lo que repercutiría en las situaciones previstas por los artículos 1.185 bis del Código civil, y 150 de la Ley

(2) Art. 1.185 bis (Agregado por la Ley 17.711): «Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el 25 por 100 del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio.»

Art. 2.355, párrafo agregado por la Ley 17.711: «Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediante boleto de compraventa.»

(3) BORDA, Guillermo A.: *Tratado de Derecho civil-Derechos reales*, ed. Perrot, Bs. Aires, 1975, 2 tomos.

(4) Autor y obra citada en nota anterior, núm. 8, pág. 16.

(5) Autor y obra citados en nota 3, núm. 27, págs. 38 y 39.

(6) Lugar citado en nota anterior.

de Quiebras (7); y nos obligaría a afirmar que en tales casos, para gozar de la protección legal, la posesión debería tener por base un boleto de compraventa inscripto en el Registro.

La consecuencia resulta inevitable si se interpreta el Código de manera sistemática, y se procede con estricto rigor lógico, sobre la base de la premisa de que la posesión "es un derecho real" (8).

b) *Actos sometidos a la publicidad exigida por el artículo 2.505.*

Otro punto digno de consideración es el del aparentemente reducido ámbito de aplicación del nuevo artículo 2.505, que literalmente sólo se refiere a "la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles...".

Ya los primeros comentaristas de la norma critican severamente la terminología empleada, manifestando que debían haberse mencionado todos los actos que provocan cambios o mutaciones en la situación jurídica de derecho real. Así vemos que MOLINARIO, en ponencia remitida al Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, formula una decena de objeciones al régimen de publicidad registral articulada por la Reforma, y en la "sexta objeción", le critica "no haber señalado la necesidad de la registración con relación a todos los actos y hechos jurídicos que pueden incidir sobre el derecho real inmobiliario, fuera de la adquisición o transmisión" (9). Recomienda también que se inscriban "los actos jurídicos celebrados entre vivos que tengan por objeto la adquisición, transmisión, constitución, declaración, modificación, cesión o extinción de derechos reales sobre inmuebles" (10). El mismo autor se había ya ocupado del tema en un artículo publicado en Revista del Notariado (11).

(7) Art. 150 de la Ley 19.550 («Concursos»): «Las promesas de contrato o los contratos celebrados sin la forma requerida por la Ley no son exigibles al concurso, salvo cuando el contrato puede continuarse por éste y media autorización judicial, ante expreso pedido del síndico y del tercero, manifestado dentro de los treinta días de la publicación de la quiebra en la jurisdicción del juzgado.

El artículo 1.185 bis del Código civil sólo se aplica a los casos de inmuebles destinados a vivienda.»

(8) No es éste el lugar adecuado para discutir la naturaleza jurídica de la posesión; sin embargo, señalamos que en algunas conferencias que hemos dado sobre «Boleto de compraventa» (Colegio de Escribanos de San Francisco, 1969; Universidad Católica de Salta, abril 1970; Colegio de Martilleros de Rosario, 1970; Colegio de Abogados de Chilecito, 1971), admitimos que en la actualidad puede afirmarse que hay un «derecho real autónomo» de posesión, fundado en un boleto privado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 2.355; pero destacando que ese nuevo «derecho real», quedaría sometido para su transmisión y oponibilidad, a las previsiones del art. 2.505.

(9) Ver *Actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, tomo II, pág. 452, ed. Imp. Universidad Nacional, Córdoba, 1972.

(10) Ver *Actas...*, ponencia del doctor Alberto D. Molinario, recomendación, punto 2.º, A), pág. 445.

(11) MOLINARIO, Alberto D.: *El régimen de la publicidad en la Reforma del Código Civil*, Rev. del Notariado, año 1968, núm. 699, págs. 527-537.

También PÉREZ LASALA había formulado una crítica similar al artículo 2.505 (12), pero es conveniente señalar que el defecto ha quedado salvado en parte por lo dispuesto en el inc. a) del artículo 2, Ley 17.801, que entró en vigencia simultáneamente con la Ley 17.711, que nos habla de la necesidad de registrar los documentos que “constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles”.

La terminología empleada por el artículo 2.505 no pretende limitar la publicidad registral a los actos de transmisión o adquisición de derechos reales, ni debe ser interpretada de manera restrictiva; la publicidad registral se exigirá para todo cambio o mutación que se produzca en la situación jurídica de los inmuebles. Así la constitución de un derecho real de usufructo, o de anticresis, aunque no implique transmisión alguna, sino creación de un derecho que no existía con anterioridad, deberá ser inscrita, por estar genéricamente comprendida en la hipótesis de adquisición de derechos. Para su oponibilidad a terceros toda modificación o extinción de un derecho real sobre bienes inmuebles también precisará indefectiblemente de la inscripción registral.

En definitiva, la norma comprende todos los cambios que se produzcan en la situación jurídica de un inmueble, y que tengan su causa en un acto entre vivos. Pero, ¿qué sucede cuando el cambio de titularidades se produce en virtud de una disposición legal o a causa de la muerte de su titular? ¿Será menester en tales casos la inscripción registral para que el cambio de titularidad pueda oponerse a los terceros?

En nuestro sistema jurídico el heredero —por una ficción legal— continúa la persona del causante (art. 3.417 y conchs. del Código civil); esto tiene —con relación al problema que analizamos— una consecuencia importante, y es que no se va a exigir la publicidad registral a los fines de la oponibilidad a terceros.

Así, en la Recomendación núm. 9, aprobada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (13), se decía que “en los casos de transmisión hereditaria la inscripción tendrá efecto retroactivo al día del fallecimiento del causante”, párrafo que tenía como antecedente las observaciones formuladas por Alberto D. MOLINARIO (14), quien para fundamentar el dispositivo expresó en el curso del debate que “cuando se trata de la transmisión a título hereditario (la publicidad) se realiza mediante la cuasi posesión hereditaria y, en consecuencia, operándose ésta, sea de pleno derecho o por resolución judicial, la publicidad ya está cumplida. Y esa publicidad, de acuerdo con lo que establecen los artículos 3.417, 3.344 y 3.341 y concordantes, resulta

(12) PÉREZ LASALA, José Luis: *Transmisiones inmobiliarias en la reforma de la legislación civil*, L. L. 131-1333 (en especial págs. 1334 y 35).

(13) Ver *Actas del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Imp. Univ. Nacional, Córdoba, 1962, tomo II, pág. 744.

(14) Ver *Actas del Tercer Congreso...*, tomo I, pág. 348, y despacho en disidencia, pág. 349.

tener efecto retroactivo al día de la transmisión, que es el de la muerte, artículo 3.282" (15). La observación fue aceptada por la mayoría de la comisión e incorporada a la Recomendación que resultó en definitiva aprobada.

El cambio de titularidad se produce por tanto con la apertura de la sucesión, momento a partir del cual el heredero viene a ocupar el lugar del causante, sin necesidad de la inscripción registral para que este cambio de titularidad sea oponible a terceros; por otra parte debe advertirse que este hecho no perjudica a los acreedores del difunto, ya que frente a ellos el heredero ocupa el lugar jurídico que tenía el causante, y no serán considerados "terceros", sino acreedores del heredero.

II. LA TRANSMISION DEL DOMINIO Y LOS TERCEROS

a) *Transmisión de los derechos reales: el derecho personal como eslabón en la cadena de titularidades.*

En el tráfico jurídico la transmisión de los derechos reales por actos entre vivos se efectúa por la vía de la creación de un derecho personal, que es el eslabón intermedio entre el derecho real del primer propietario y el derecho real del segundo. Generalmente se celebra un contrato, que da nacimiento a ciertas obligaciones, cuyo cumplimiento y consiguiente extinción consiste en la entrega de la cosa objeto del derecho real, es decir, la "tradición". De esta forma un derecho personal efímero y de naturaleza transitoria ha servido de vehículo para traspasar la titularidad de un derecho real, de un sujeto a otro.

Este fenómeno da origen a la teoría del título y del modo; el título causal es el contrato que hace nacer la obligación de transmitir, y el modo es la entrega de la cosa o tradición.

Pero esta relación jurídica, que aparentemente no vincula más que a dos sujetos, va a producir efectos respecto a personas que no son partes en la relación. La experiencia demuestra que toda relación jurídica negocial, toda expresión del tráfico jurídico, repercute en forma directa o refleja sobre terceros que han sido ajenos a su formación. Entonces el jurista se enfrenta con un nuevo problema: es necesario tomar medidas para lograr que la relación jurídica, que en principio está destinada a producir efectos solamente entre las partes, no incida de manera nociva o perjudicial sobre los "terceros" y el jurista debe aguzar su ingenio en la búsqueda de medios que protejan al tercero.

Precisamente una de las razones que inspiran al nuevo artículo 2.505 es la protección de los terceros, para evitar que la clandestinidad en el tráfico jurídico pueda tornar ilusorios sus derechos, y en especial privarlos de la garantía que la ley les concede sobre el patrimonio de sus deudores.

(15) Ver *Actas del Tercer Congreso...*, tomo I, pág. 352.

b) *Los terceros protegidos por el artículo 2.505.*

¿Quiénes son estos terceros? Son aquellos sujetos vinculados por otras relaciones jurídicas con alguna de las partes que interviene en el cambio de la situación jurídica del inmueble. Pueden ser, por ejemplo, los acreedores del enajenante o del adquirente, que verán afectados sus derechos según que el bien se encuentre en uno u otro de los patrimonios.

Se encuentra entonces una forma de proteger los intereses de terceros interesados, mediante la publicidad del cambio de titularidad de los derechos reales. Se brinda la posibilidad de conocer que el bien pasará de un patrimonio a otro, conocimiento que permitirá a los terceros interesados tomar las medidas conducentes a salvaguardar aquéllos de sus derechos que pudieran verse afectados por la modificación de la situación jurídica del bien.

En sentido lato se da el nombre de terceros a todas las personas extrañas a la relación negocial; así, frente al titular de un derecho real, que ejercita directamente sobre la cosa las facultades que ese derecho le confiere, todos los demás miembros de la comunidad son "terceros", y en las relaciones de derecho personal, tenemos al acreedor (Primus), el deudor (Secundus), y el resto de los sujetos son "terceros" (Tertius).

Sin embargo, cuando en el artículo 2.505 se habla de la inoponibilidad a "terceros", se está empleando el vocablo con un sentido más restringido, y se hace referencia a aquellas personas que sin ser "partes" en la relación negocial, están jurídicamente vinculadas con alguno de los dos polos de la misma. La norma busca aquí proteger a lo que podríamos denominar "terceros interesados", que son los que podrían verse afectados por la transmisión del derecho real.

Hay otra categoría de terceros, totalmente extraños (penitus extranei), de los cuales el artículo no se preocupa, porque no tienen ningún interés jurídico vinculado con los cambios que se operan en la situación jurídica del inmueble. Ellos deben limitarse a respetar los derechos del titular.

Esta distinción entre los dos tipos de terceros ha sido tratada magistralmente por Jorge H. ALTERINI (16), quien analiza con detenimiento las distintas hipótesis de terceros interesados, a quienes no podrá afectar la transmisión del derecho real si no ha recibido la correspondiente publicidad registral (17).

c) *Publicidad posesoria y publicidad registral* (el Código y la Ley 17.711).

Vélez Sársfield consideró que la publicidad de los derechos reales

(16) ALTERINI, Jorge H.: *Gravitación de la Reforma al art. 2.505 del Código civil (Con especial referencia a las proyecciones de la tradición y al concepto de terceros)*, E. D. 43-1181 y siguientes.

(17) Trabajo citado en nota anterior, en especial apartado e), págs. 1189 y siguientes.

se garantizaba adecuadamente por la vía posesoria, estimando suficiente la "tradición" (art. 577), en cuanto ésta, al hacer pasar la posesión de un sujeto a otro, ponía al descubierto el cambio operado. Sin embargo, la relación de hecho con la cosa no siempre exterioriza la titularidad de un derecho real; muchas veces la persona que está en relación de hecho con la cosa lo hace sólo como titular de un derecho personal, como sucede en el caso del inquilino o del depositario, que son meros tenedores. Incluso, puede un sujeto no tener una relación de hecho legítima con la cosa, sin que exteriormente ello trascienda, como en el caso de poseedores viciosos. De manera tal que puede afirmarse que la publicidad posesoria resulta insuficiente para la protección del tráfico jurídico.

Las modificaciones introducidas al esquema que implantara Vélez Sársfield, hacen que ahora coexistan en nuestro sistema jurídico dos tipos de publicidad: por un lado la publicidad posesoria, cuyo fin es —más que la protección de los terceros— lograr la paz pública protegiendo al propio titular del derecho real de dominio. La publicidad posesoria resulta suficiente al titular del derecho real para lograr que los terceros extraños conozcan y respeten la situación de hecho y de derecho que lo vincula al bien en cuestión, y que en la práctica se exterioriza por vía de la posesión. Frente a esta situación los terceros extraños no pueden argüir la falta de inscripción, y están constreñidos a respetar los derechos del titular, cualquiera sea éste; de esta manera el orden jurídico, por medio de la publicidad posesoria, protege a los derechos reales en su faz estática.

En cambio, la Ley 17.711 crea otra clase de publicidad, la registral, destinada a proteger la faz dinámica de los derechos reales sobre inmuebles. El valor tutelado por este tipo de publicidad es la seguridad jurídica en el tráfico, a través del resguardo de los derechos de "terceros interesados", a quienes no se podrán oponer transmisiones o modificaciones de derechos reales sobre inmuebles que no hayan sido objeto de la correspondiente inscripción registral.

Esta es la mayor incidencia que sobre la transmisión de los derechos reales en materia inmobiliaria ha tenido la reforma al artículo 2.505.

Vélez protegía ambas facetas de la seguridad de los derechos reales sobre inmuebles, la estática y la dinámica, por medio de la publicidad posesoria, considerando que la tradición brindaba a los terceros suficiente conocimiento del cambio de titularidades.

El legislador de 1968 consideró que los cambios producidos en la realidad socio-económica del país en el lapso de casi 100 años, hacían necesaria la adopción de otra forma de publicidad para el aspecto dinámico, si se deseaba proteger en forma efectiva los derechos de los "terceros interesados". Fundado en estas consideraciones ha creado un sistema que permite conocer (18) las mutaciones en la situación jurí-

(18) La publicidad registral es esencialmente un sistema de «cognoscibilidad», es decir, brinda la «posibilidad» de conocer. En consecuencia, no es necesario indagar si ha habido o no conocimiento efectivo; basta con que el interesado haya «podido conocer».

dica de los inmuebles, a cualquier persona que de una u otra forma se pudiera ver afectada por dichos cambios.

En el primer momento alguien pensó que el propietario no podría ejercer acciones posesorias o reales, si no tenía inscrito su derecho, llegando entonces a afirmar que no existiría todavía un verdadero derecho real, puesto que faltaría la característica esencial de la oponibilidad "erga omnes" (19).

Esto no es así; con respecto a las acciones posesorias no hay problema alguno, ya que su ejercicio se basa en el hecho de la posesión, independientemente del derecho real existente. Hacemos la salvedad, sin embargo, de que para aquellos que afirman —como BORDA— que la posesión es un derecho real "per se", el problema se complicaría, pues deberían someterse a las exigencias del artículo 2.505 como condición "sine qua non" para el ejercicio de su defensa.

En lo que se refiere a las acciones reales, entendemos que tampoco es necesaria la previa inscripción registral, puesto que dichas acciones sólo tienden a defender al titular del derecho frente al ataque de un tercero totalmente extraño y, por tanto, basta con la exteriorización que su derecho ha obtenido por vía posesoria, para que pueda esgrimir las medidas defensivas. En otras palabras, el reivindicante debe ser titular del derecho real, titularidad que se logra con el cumplimiento de dos requisitos: título y modo.

Adviértase que de manera coincidente, Laquis ha propuesto la modificación del artículo 1.789, admitiendo como regla general que el reivindicante pruebe su derecho con los asientos registrales en que consta la inscripción de su título, pero incluyendo una previsión para los casos en que no estuviese inscrito, hipótesis en que deberá justificar la existencia de su derecho (20).

¿Cuál es, entonces, la función de la publicidad registral? Muchos han opinado que es un tercer requisito para completar la existencia de un derecho real, exigiéndose por lo tanto título, modo y publicidad (21).

Para nosotros, sin embargo, el derecho real continúa adquiriéndose, transmitiéndose o modificándose con el título y el modo; la publicidad registral no afecta la existencia del derecho, puesto que nuestra ley ha consagrado un régimen de publicidad declarativa (22). Lo que la publicidad registral afecta es la posibilidad de que ese derecho real,

(19) Ver la exposición de Horacio MILIA, en *Reformas al Código civil*, ed. Orbis, Rosario, 1968, págs. 171 y ss., en especial cuando dice: «No dispondrá de las acciones reales para defender la existencia, la plenitud y la libertad de un Derecho real» (pág. 175, últimos renglones).

(20) Ver LAQUIS, Manuel A.: en *Examen y Críticas de la Reforma*, ed. Platenese, La Plata, 1974, tomo 3, pág. 463.

(21) Ver MILIA, Horacio: (exposición citada en nota 19); LÓPEZ DE ZABALÍA, 1971, pág. 194; PEÑA GUZMÁN, Luis A.: *Derechos Reales*, Tea, Bs. Aires, 1973, tomo I, núm. 20, págs. 36 y ss.

(22) Ver nuestro trabajo, *La publicidad de los derechos reales en el Derecho Argentino antes y después de la Ley 17.711*, Boletín Fac. Derecho de Córdoba, año XXXVI, 1972, núms. 1-5, págs. 9 y ss. (en especial págs. 17 y ss.).

existente en forma plena, se oponga a terceros interesados; si falta la inscripción, los terceros interesados podrán actuar *como si* la titularidad todavía no se hubiese transferido.

III. EL CODIGO Y LA "INOPONIBILIDAD" DE CIERTOS ACTOS

La posibilidad de que algunos terceros interesados ejerciten sus acciones, *como si* ciertos actos no hubiesen tenido lugar, no es una novedad y nuestro Código la contempla en varios casos, sea por la vía de establecer "prioridades", sea consagrando lo que técnicamente suele denominarse "inoponibilidad" del acto.

a) *La acción pauliana.*

Ilustraremos nuestra afirmación con la acción revocatoria o pauliana. Un sujeto ha enajenado real y efectivamente sus bienes, y el adquirente, reunidos el título y el modo, se convierte en verdadero "dominus"; sin embargo, el Código determinaba que en algunos casos debía soportar la acción revocatoria incoada por terceros interesados: acreedores del enajenante. Por supuesto que para que el acreedor que intentaba la acción pudiese gozar de esta "inoponibilidad" de la venta debían reunirse los requisitos previstos en el artículo 962 del C. civil, a saber: insolvencia del enajenante; que la venta acarrease un perjuicio a los acreedores; que el crédito de los terceros interesados fuese de fecha anterior a la enajenación impugnada... Y, en tales circunstancias, el adquirente del bien, pese a su condición de verdadero propietario, no podrá oponer a los actores esta adquisición: a) si era adquirente a título gratuito; o b) si, tratándose de un título oneroso, había obrado de mala fe, es decir, había sido cómplice del enajenante y tenía conocimiento de que con ese acto pretendía defraudar a los acreedores, colocándose en estado de insolvencia.

b) *Transmisiones a "non domino".*

Como vemos, nuestro Código civil, aún antes de la Reforma, preveía situaciones en que la transmisión de derechos reales era inoponible a terceros interesados.

Las hipótesis contempladas no se agotan en la acción revocatoria; podemos también mencionar las transmisiones a "non domino", especialmente en materia de cosas muebles, y en la hipótesis del heredero aparente. El artículo 2.412, por su parte, dispone que quien adquiere de buena fe una cosa mueble que no fuese robada o perdida, es considerado legítimo propietario, aunque la haya recibido de quien no era el verdadero dueño de la cosa; el artículo 3.430, siguiendo una línea de pensamiento similar, protegía a quien había adquirido los bienes a un heredero aparente.

Sin embargo, esta adquisición de derechos reales, protegida por la ley en ciertas condiciones, es inoponible a terceros interesados (por ejemplo, el legítimo heredero, o el propietario), cuando el título era gratuito, o el adquirente era de mala fe, es decir, sabía que el transmitente no era el verdadero titular.

IV. PRIORIDADES Y PUBLICIDAD

El nuevo texto del artículo 2.505 tiene gran influencia sobre la prioridad de los derechos, al adoptar una línea distinta de la prevista por el Código civil.

La preferencia de tipo temporal, es decir, aquélla que se otorga al que es primero en el tiempo, frente a otros que pretenden con posterioridad adquirir el mismo derecho, u otros incompatibles, figuraba ya en el Código civil, no sólo en materia de derechos reales, sino también respecto a derechos personales (23).

a) *Las prioridades en el Código*

Si acudimos al Capítulo destinado a las obligaciones de dar cosas ciertas, veremos cómo los artículos 592 y siguientes (24) nos brindan una serie de reglas para determinar el orden de prioridad.

Con relación a la transmisión de derechos reales sobre muebles (artículo 592), y sobre inmuebles (art. 594), el Código civil establece que tiene prioridad aquel a quien primero se hubiese hecho tradición de la cosa, siempre y cuando haya obrado con buena fe, es decir, desconociera que el enajenante había constituido previamente derechos a favor de otros sujetos que podían verse afectados, de forma directa o indirecta, por este acto de transmisión del derecho real.

(23) Ver nuestro trabajo citado en nota anterior; en especial págs. 21 y siguientes.

(24) Art. 592.—Cuando la obligación sea de dar cosas ciertas con el fin de transferir o constituir derechos reales, y la cosa es mueble, si el deudor hiciere tradición de ella a otro, por transferencia de dominio o constitución de prenda, el acreedor, aunque su título sea de fecha anterior, no tendrá derecho contra los poseedores de buena fe, sino solamente contra los de mala fe. La mala fe consiste en el conocimiento de la obligación del deudor.

Art. 593.—Si la cosa fuere mueble y concurriesen diversos acreedores, a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin haber hecho tradición a ninguno de ellos, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior.

Art. 594.—Si la cosa fuere inmueble y el deudor hiciere tradición de ella a otro con el fin de transferirle el dominio, el acreedor no tendrá derecho contra tercero que hubiese ignorado la obligación precedente del deudor; pero sí contra los que habiéndola hubiesen tomado posesión de la cosa.

Art. 596.—Si la cosa fuere inmueble, y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin que a ninguno de ellos le hubiese hecho tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo instrumento público sea de fecha anterior.

En resumen, la persona a quien se le transmite el derecho real (transmisión que se opera cuando al título se le suma el modo; tradición), prevalece sobre quienes sólo tenían un derecho personal a la cosa. Si el derecho real se transmite a varios, en momentos sucesivos, prevalecerá el primero de ellos, que contó con título y modo.

También regulaba el Código una prioridad temporal en materia de derechos personales, en los artículos 593 y 596—para muebles e inmuebles, respectivamente—, estableciendo que gozará de preferencia el acreedor de título más antiguo. Decimos que se trata de derechos personales porque estamos frente a la hipótesis en que el deudor ha prometido a varios sujetos transferibles la propiedad de una cosa, pero todavía no se le ha entregado a ninguno, es decir, no ha hecho tradición. Cada uno de los acreedores tiene título, pero ninguno se ha convertido en dueño, porque falta aún el modo. Se trata, pues, del derecho personal que sirve de eslabón entre dos derechos reales, en la cadena de titularidades a que hacíamos referencia más arriba; en este caso, la prioridad se concede al contrato (o título) de fecha más antigua. El primer acreedor será el que tendrá derecho a que se le entregue la cosa.

b) *Las prioridades y la Reforma.*

El sistema del Código, que basaba la atribución de prioridades temporales en la tradición—para el caso de los derechos reales—, o en el título—si se trataba de derechos personales—, va a sufrir la incidencia de las reformas introducidas al artículo 2.505 por la Ley 17.711.

La preferencia otorgada al derecho real más antiguo, se basaba en la publicidad posesoria (tradición), y la preferencia de este derecho, frente a terceros interesados—aunque estos tuviesen derechos personales de fecha anterior—, tenía como base la buena fe del adquirente, que resultaba así un requisito indispensable para la “oponibilidad” de la transmisión.

La exigencia de la publicidad registral va a introducir un cambio en la forma de apreciar la buena fe del adquirente; la registración permite conocer la existencia de derechos personales, o reales, anteriores y esa “posibilidad de conocer” priva de buena fe al adquirente a quien se le haya hecho—a pesar de todo—tradición de la cosa. Faltando el requisito de la buena fe el acto será “inoponible”, y no podrá hacer valer la prioridad que le otorga la efectiva tradición de la cosa.

En el sistema del Código podíamos encontrarnos con el caso de que el dueño del inmueble otorgase escritura a favor de A, y luego a favor de B, y finalmente a favor de C. Mientras no se efectuara la tradición, el derecho personal de A tenía prioridad sobre los derechos de B y C; pero si el transmitente hacía tradición del bien a B,

y éste tenía buena fe, el derecho real quedaba válidamente constituido en su cabeza, ya que había reunido título y modo, mientras que A y C sólo tenían un derecho personal.

Pero si B fuera un adquirente de mala fe, es decir conocía la preexistencia del derecho personal de A, su adquisición sería "inoponible" a A; en cambio, el conocimiento de la obligación contraída por el enajenante con C, no le afectaría en ningún caso, por que el título de este último era posterior al suyo.

En el momento actual si el propietario de un inmueble otorga escrituras sucesivas a favor de A, B y C, sucederá que a raíz de la inscripción que debe practicarse de esos actos—publicidad que comienza incluso en la etapa previa, cuando se expide el certificado—cuando B solicite el certificado sobre las condiciones de dominio del actual titular, se le hará saber que ya se había expedido a otro escribano un certificado destinado a posibilitar la transmisión o constitución de un derecho sobre ese bien. En tal caso no se admitirá que B aduzca luego desconocimiento de la posible existencia de otros derechos personales o reales (25) anteriores sobre el mismo inmueble; y aunque se efectuara la tradición del bien a favor de B, el derecho de A tendrá prioridad, porque B, sería un adquirente de mala fe y su adquisición sería inoponible.

Este es el verdadero alcance de la Reforma, y no el que algunos han pretendido ver, en el sentido de que al título y al modo se habría agregado el requisito de la publicidad registral para que se produzca la transmisión del derecho real.

En el supuesto que analizamos B adquiere su derecho real con el título (escritura), y el modo (tradición), aunque no le haya dado publicidad registral. El derecho real existe en cabeza de B; la transmisión es perfecta, y el enajenante no puede esgrimir la falta de inscripción. Lo que sucede es que es "inoponible" a terceros interesados, como serían los acreedores del enajenante, con una salvedad: que ellos conozcan la transmisión por haber actuado como testigos, o haber autorizado el documento (art. 20 de la Ley 17.801), hipótesis en la cual la transmisión les sería oponible aunque no esté registrada (26).

Por otra parte, insistimos, si B ha conocido a través del Registro la posible constitución a favor de A, de un derecho real o personal anterior al suyo, sobre el mismo inmueble, no tendría prioridad, porque carecería de buena fe.

Puede suceder, sin embargo, que B actúe de buena fe, a pesar de haber tomado conocimiento de la potencial existencia de otro de-

(25) Por ejemplo, un derecho real de hipoteca, o una obligación de constituir usufructo o servidumbres, o la promesa de transmitir la propiedad.

(26) Art. 20 de la Ley 17.801 (Registro de la Propiedad inmueble).—Las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado. En caso contrario, quedarán sujetos a las responsabilidades civiles y sanciones penales que pudieran corresponder.

recho sobre el inmueble, si ha comprobado fehacientemente que el negocio ha sido dejado sin efecto; o bien, porque el negocio en gestación no se ha inscrito dentro de los plazos de validez del certificado otorgado a A, ya que si se han dejado vencer esos plazos—sumados a los cuarenta y cinco días que la ley concede para la presentación del documento—se opera la pérdida de la reserva de prioridad.

V. INSCRIPCIÓN DECLARATIVA E INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

La reforma introducida al artículo 2.505 extiende a todos los derechos reales sobre inmuebles el sistema de publicidad declarativa que ya existía en nuestro Código en materia de hipotecas; el mencionado sistema tiene por finalidad la protección de los terceros interesados en el tráfico jurídico.

Para lograr este objetivo, además de reformar el artículo 2.505, se dicta la Ley 17.801, destinada a complementar y regular el funcionamiento de ese dispositivo. Pero la reforma efectuada no cambió sustancialmente el sistema de transmisión de los derechos reales sobre inmuebles, donde siguen exigiéndose dos requisitos: el título causal, es decir, la escritura pública, y el modo, que continúa siendo la tradición.

En este punto el legislador de 1968 se ha apartado de la Recomendación votada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que proponía incluir como artículo 4.052 una norma que se refería a la “inscripción perfeccionadora de la tradición” (27). Si lo que se perfeccionase fuera la tradición, habríamos agregado al *modo* un elemento que lo completase; sin embargo, reiteramos, no fue éste el criterio del legislador.

La confusión de algunos intérpretes, que pensaron que el artículo 2.505 consagraba una inscripción constitutiva, puede ser consecuencia—al menos en parte—de la ambigüedad de los términos del artículo 2.505, que habla del perfeccionamiento de la adquisición o transmisión. Sin embargo, la segunda parte del artículo es suficientemente clara en el sentido de que lo que se perfecciona es el título y no el modo. Lo que se inscribe y recibe publicidad es el título causal, y no el modo, que nunca llega al Registro.

Esa publicidad que se agrega al título tiene como única finalidad proteger el tráfico y a los terceros interesados. Reiteramos: no es un

(27) Ver *Actas...*, Recomendación núm. 8, tomo II, pág. 774: «Art. 4.052.—La tradición requerida para la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda y, en todos los demás casos, esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas. En los casos de transmisión hereditaria la inscripción tendrá efecto retroactivo al día del fallecimiento del causante.»

tercer requisito de la transmisión de los derechos reales sobre inmuebles, sino una condición de oponibilidad de estos derechos a los terceros que tengan un interés legítimo.

a) *Automotores y caballos pura sangre de carrera.*

El régimen de publicidad meramente declarativa, adoptado por nuestro sistema jurídico, ha sufrido un quebrantamiento con algunas leyes anteriores y posteriores a la Ley 17.711, donde vemos que para la transmisión del dominio de algunos bienes se sustituye el modo tradición, por el modo inscripción. Es lo que ha acontecido en materia de automotores, con el Decreto-Ley 6.582/58, y lo que ocurrió posteriormente con la Ley 20.378 para los caballos pura sangre de carrera (28). En ambos casos se mantiene la exigencia de los requisitos para la transmisión de la propiedad: título causal, y modo de adquisición, pero se reemplaza el modo-tradición por el modo-inscripción, tratándose en este caso de una inscripción constitutiva de derechos.

b) *Ventajas e inconvenientes de la inscripción constitutiva.*

Debemos confesar que, en un primer momento, nos pareció conveniente el régimen adoptado en materia de automotores y caballos pura sangre de carrera, y el reemplazo de la tradición, por la inscripción constitutiva. Pero el funcionamiento práctico de ambos registros —en especial el de automotores— nos ha convencido de que estos cambios deben llevarse a cabo con suma prudencia. Las normas jurídicas deben adoptarse no por la novedad que presenten, ni por el funcionamiento exitoso que tengan en otros ordenamientos jurídicos, sino atendiendo a la realidad social que habrán de regir.

Ha calado tan hondo en la mentalidad jurídica de nuestra población que la tradición es el modo constitutivo del derecho real, que hoy

(28) Art. 1.º del Decreto-Ley 6.582/58.—La transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o privado y sólo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de la propiedad del automotor.

Art. 2.º del Decreto-Ley 6.582/58.—La inscripción de buena fe de un automotor en el registro confiere al titular de la misma la propiedad del vehículo y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si el automotor no hubiese sido hurtado o robado.

Art. 1.º de la Ley 20.378.—La inscripción de animales equinos de sangre pura de carrera en los Registros Genealógicos reconocidos por el Ministerio de Agricultura y Ganadería acredita su origen, calidad como ejemplares de pedigrée y la propiedad a favor del titular. Se considerarán como tales Registros Genealógicos los actualmente existentes, los cuales deberán ajustar su organización y funcionamiento a las condiciones que establezca el Poder Ejecutivo Nacional, que los controlará a través del Ministerio de Agricultura y Ganadería, así como a los que, de acuerdo con dichas condiciones, se reconozcan en el futuro.

—a más de veinte años de vigencia— el Decreto-Ley de automotores sigue produciendo una gravísima confusión, un desajuste total, la quiebra del sistema que —para todas las restantes hipótesis— consagra la publicidad declarativa.

Estamos convencidos de que si hoy se encarase una reforma en materia de transmisión de dominio, se debería unificar el sistema, y sustituir la publicidad constitutiva en materia de automotores y caballos pura sangre de carrera por la publicidad declarativa, con los mismos efectos retroactivos que tiene la publicidad en el caso de los inmuebles. Es decir, que la inscripción —siempre y cuando se efectúe dentro de los plazos legalmente establecidos— produzca sus efectos desde el momento en que se celebró el contrato de transferencia, o sea cuando se realizó el acto.

Por otro lado, pensamos que sería conveniente que en materia de automotores se encargue el trámite inscriptorio a profesionales del Derecho —que podrían ser los escribanos— y no a meros tramitadores, que casi nunca realizan su tarea en término, lo que genera tantos problemas que luego deben ventilarse ante la justicia. El profesional del Derecho que autoriza el contrato traslativo de dominio, o certifica la autenticidad de las firmas, debería tener a su cargo la responsabilidad de su inscripción.

Esta solución presentaría dos ventajas; en primer lugar, el trámite inscriptorio estaría en manos de un profesional, cuyo conocimiento del Derecho le permitiría salvar muchas dificultades que a veces se presentan y que son el fruto del desconocimiento de la Ley, o de su incorrecta interpretación. En segundo lugar, si la inscripción no se efectuase en término, y ello irrogase daños a las partes, existiría una persona con solvencia económica que podría responder por las negligencias cometidas en su desempeño profesional.

Además, la intervención de un profesional permitiría hacer efectiva en la práctica la previsión legal de la “reserva de prioridad”, ventaja que se obtiene mediante el pedido de la certificación correspondiente a la situación dominical del bien que se desea transmitir.

En materia de inmuebles, la Ley 17.801 ha regulado la publicidad de los negocios en gestación, que se logra mediante la expedición de un certificado que garantiza a las partes el estado jurídico del bien, y la inmutabilidad de esa situación durante un lapso (29), lo que brinda a las partes gran seguridad sobre la extensión de los derechos que se desean transmitir. La verdad es que estos certificados tienen una larga tradición en nuestro país, pues muchas leyes provinciales de Registros inmobiliarios los habían previsto —ya desde principios de este siglo— y, pese a que estas normas provinciales podían ser tachadas de inconstitucionalidad, los escribanos —es decir, los profesosnoales del derecho encargados de autorizar los contratos—, conocedores de las ventajas que brindaban a sus clientes, acostumbraban a solicitarlos

(29) Ver nuestro *Certificados e informes del Registro de la Propiedad Inmueble (Ley 17.801)*, E. D. 40-723, en especial cap. V y VI, págs. 726 y 727.

siempre, ya que de esta forma se garantizaba al adquirente que se le transmitía lo que realmente se le había prometido.

De esta forma la Ley 17.801 se ha limitado a convalidar una costumbre que estaba hondamente arraigada en el comercio jurídico inmobiliario.

En cambio puede señalarse la paradoja de que en materia de automotores, donde está perfectamente legislado lo concerniente al certificado y a sus efectos, por dispositivos que desde el primer momento han tenido plena validez constitucional, sus previsiones no han funcionado. En la práctica es muy raro que se solicite previamente un certificado, y esto se debe —a nuestro entender— a que las partes son legas en derecho, y desconocen la existencia de estos instrumentos que podrían proteger sus intereses. Y lo mismo puede decirse de las personas que suelen encargarse de tramitar la inscripción. Si la inscripción del documento se confiase a un profesional del derecho —al mismo encargado de certificar la firma de las partes—, cuyos honorarios fuesen similares a los que hoy cobra el tramitador lego, los intereses de las partes y de los terceros estarían mejor protegidos, sin haber encarecido el trámite.

VI. CONCLUSIONES

En resumen, pensamos que sería más correcto unificar nuestro sistema de transmisión de los derechos reales, adoptando para todas las hipótesis un régimen de inscripción registral declarativa, que no sustituya la tradición como modo adquisitivo, sino que limite la función de la publicidad a los efectos de oponibilidad de los derechos frente a los terceros interesados.

Para terminar concretaremos nuestra posición en los siguientes puntos:

a) El artículo 2.505 se aplica a todos los derechos reales sobre inmuebles.

b) Toda modificación en la situación jurídica del inmueble debe proyectarse registralmente.

c) El artículo 2.505 tiene por fin la protección de los “terceros interesados”.

d) La publicidad posesoria protege la faz estática del derecho real, mientras que la faz dinámica está protegida por la publicidad registral.

e) La publicidad registral exigida por el artículo 2.505 es de tipo declarativo; en consecuencia, funciona como condición de oponi-

bilidad de los derechos a terceros, y no como condición de existencia del derecho real.

f) En materia inmobiliaria se mantiene el sistema de transmisión por el título causal (escritura pública) y modo de adquisición (tradición).

g) En lo que respecta a automotores y caballos pura sangre de carrera, la inscripción es constitutiva. Se ha reemplazado el modo-tradición por el modo-inscripción.

h) Sería conveniente unificar el sistema, estableciendo para todos los bienes el régimen de publicidad declarativa.

Régimen económico matrimonial en el Derecho italiano

(Tras la Reforma introducida por la ley de 19 de mayo de 1975)*

JUAN ALVAREZ-SALA WALTHER
Notario de Felanitx

El Pleno del Congreso de los Diputados, en su reunión del pasado día 18 de diciembre de 1980, aprobó el dictamen emitido por la Comisión de Justicia sobre el proyecto de ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

El jurista español afronta una nueva normativa, y las primeras orientaciones deberá buscarlas en la experiencia de la legislación extranjera, su doctrina y jurisprudencia. La Reforma del Derecho de Familia Italiano, ya con un lustro de vigencia, cobra especial interés comparativo, sobre todo en orden al régimen económico-matrimonial: nuestra Sociedad de Gananciales en su nueva configuración, en muchos aspectos se aproxima a la italiana «comunione legale dei beni». Un breve repaso de ese nuevo régimen económico-matrimonial italiano puede ser, por tanto, oportuno.

INDICE: La reforma de 1975 y el régimen anterior.—Necesidad de la reforma, sus principios inspiradores y su plasmación legal.—Derecho Transitorio.—Naturaleza jurídica de la «comunione legale dei beni».—El objeto de la comunidad legal: bienes comunes y privativos, y presunciones legales de comunidad.—Gestión de los bienes comunes.—Régimen de responsabilidad por deudas.—Extinción de la comunidad: causas de disolución, reintegración de las masas consorcial y privativas, división de la masa consorcial.—Regímenes paccionados: Las capitulaciones matrimoniales, la comunidad convencional, la separación convencional, el fondo patrimonial.

NOTA DE LA REDACCIÓN: En el ANUARIO (tomo XXIX, fascículo II, abril-junio 1976, págs. 369-423) se publica, firmado por G. T. M. «La nueva Ley italiana sobre Reforma del Derecho de Familia». Recoge el texto de dicha Ley, y en pág. 385, las disposiciones sobre el régimen económico matrimonial.

* A LUIS ROCA-SASTRE, impulsor de este trabajo. Agradecido por su amistad y magisterio.

La reforma de 1975 y el régimen anterior

La nueva legislación italiana, a partir de la reforma de que ha sido objeto el «Codice civile» (C. c.) por ley 151 de 19 de mayo de 1975, ha instaurado un régimen económico-matrimonial legal supletorio de comunidad de bienes («la comunione legale dei beni»).

Con anterioridad a su reforma del año 1975, el C. c. italiano de 1942 mantenía, como legal supletorio, un régimen económico-matrimonial de separación de bienes, en el cual el patrimonio de la esposa podía contener dos masas de bienes de distinta naturaleza: los bienes dotales y los bienes parafernales. La regla general, dentro del patrimonio privativo de la mujer, era al de la parafernalidad (antiguo art. 210), pero con respecto a sus bienes parafernales —en el régimen de separación— la mujer únicamente tenía el dominio, goce y administración, en principio —de acuerdo al antiguo art. 212 C. c.—, subordinándose su actuación dispositiva a la autoridad del marido, como jefe de la familia (antiguo art. 144 C. c.). Con relación a los bienes dotales de la mujer, el marido venía a asumir la posición de un usufructuario, si bien con la obligación de afectar los frutos de la dote al levantamiento de las cargas de la familia. La institución de la dote quedaba ampliamente regulada en los antiguos artículos 177 a 214 C. c.

La Ley Reformadora de 1975, que ha supuesto una modificación general y profunda en todo el ámbito del Derecho de Familia, instaura —como decíamos— en la esfera patrimonial del matrimonio el régimen legal supletorio de comunidad de bienes, a al vez que prevé la convención capitular de un régimen de separación, o el establecimiento en los capítulos de una comunidad convencional distinta de la legalmente tipificada, o incluso la constitución de un fondo patrimonial especialmente afecto al levantamiento de las cargas familiares, al tiempo que suprime la institución de la dote, definitivamente abolida, al declarar el artículo 166 bis C. c. la nulidad de toda estipulación que, siquiera indirectamente, implique la constitución de bienes en dote.

La Ley Reformadora de 1975 fue aprobada tras un largo y laborioso proceso parlamentario, de acuerdo al texto redactado por la Comisión del Senado unificando los proyectos de Falcucci y Branca; la aprobación por el Senado se obtuvo en la sesión de 26 de febrero de 1975, y la del Congreso de Diputados en la de 22 de abril del mismo año; la promulgación por el Presidente de la República se produjo el 19 de mayo, siendo publicada la ley en la «Gazzeta Ufficiale» el 23 de mayo, para entrar en vigor el 21 de septiembre del mismo año.

Tras la reforma, por lo que afecta a las materias que nos interesan, el C. c. viene a regular dentro del Libro I («Delle persone e della famiglia»), Título VI («Del matrimonio»), e n su capítulo IV, «los derechos y deberes que nacen del matrimonio» (arts. 143 y ss.);

el capítulo VI, dividido en seis secciones, trata del régimen patrimonial de la familia.

Necesidad de la reforma, sus principios inspiradores y su plasmación legal

La reforma del régimen económico-familiar venía exigida, en primer término, por una transformación sociológica del país, que de una sociedad básicamente agrícola había pasado a ser una sociedad preferentemente industrial, produciéndose a raíz de ello una «*contrazione della famiglia*» o reducción del grupo familiar: la antigua familia patriarcal queda sustituida por una familia reducida a la comunidad conyugal y los hijos convivientes («*nuclear family*», «*famiglia ridotta*»), imponiendo —en lo jurídico— el paso de un sistema monocrático a un sistema de dirección colegial de la familia.

La reforma venía también condicionada por el mandato constitucional. El artículo 29-2 de la Constitución italiana declara que el matrimonio se ordena sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges con las limitaciones establecidas por la Ley en garantía de la unidad familiar; el artículo 2 de la Constitución afirma que la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea como miembro de formaciones sociales en que se desenvuelve su personalidad; el artículo 3 sienta el principio de igualdad y paritaria dignidad social de toda persona.

Sobre la base del texto constitucional, se declaró por la «Corte Costituzionale» la ilegitimidad («*illegittimità*») —y consiguiente pérdida de eficacia— de los siguientes preceptos de la legislación civil: 1) el antiguo artículo 145-1 C. c., en la medida en que no subordinaba a la falta de recursos económicos propios de la mujer, la obligación del marido de procurarle sustento (pronunciamiento de 13 de julio de 1970); 2) el antiguo artículo 156-1 C. c., que imponía al marido, en régimen de separación sin culpa de ninguno de los cónyuges, el deber de proveer al sustento de la mujer, con independencia de la situación económica de uno y otro (pronunciamiento de 23 de mayo de 1966); 3) el antiguo artículo 164-1 C. c., que prohibía a los terceros probar la simulación urdida en capitulaciones matrimoniales (pronunciamiento de 16 de diciembre de 1970); 4) el antiguo artículo 781 C. c., que prohibía las donaciones entre cónyuges durante el matrimonio (pronunciamiento de 29 de julio de 1973); 5) la sentencia de la «Corte Costituzionale» de 26 de junio de 1974 declara incluso, con relación al antiguo artículo 215 C. c. —que preveía la opción capitular por un régimen de comunidad—, que es inconstitucional la ausencia, en dicho precepto, de una presunción legal del régimen de comunidad de bienes como régimen ordinario de la familia. La introducción del sistema legal supletorio de comunidad de bienes quedaba, de este modo, sugerida al legislador por la «Corte Costituzionale».

La Ley Reformadora de 19 de mayo de 1975 adecúa la legislación civil al principio constitucional de igualdad moral y jurídica de los cónyuges, tanto en orden al gobierno de la familia como a las relaciones jurídico-patrimoniales que surgen del matrimonio. Así, en la esfera de las relaciones personales entre los cónyuges se suprime la antigua autoridad o potestad marital y la consideración del marido como jefe de la familia, del antiguo artículo 144, ordenándose las relaciones conyugales bajo el principio de reciprocidad, a la vez que, en la esfera patrimonial, se equipara el trabajo doméstico de la mujer al trabajo profesional del marido —equiparación ésta última que es la que, en el plano legal, ha condicionado sociológicamente la supletoriedad del régimen de comunidad de bienes.

La plasmación legal de estos principios o directrices generales de la reforma se produce en diversidad de preceptos.

El actual artículo 143 C. c. dispone que con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen las mismas obligaciones; del matrimonio deriva la obligación recíproca de fidelidad, asistencia moral y material, de colaboración al interés de la familia y de cohabitación; ambos cónyuges quedan obligados a contribuir al sostenimiento de las cargas de la familia, cada uno en la medida de sus propios recursos («in relazione alle proprie sostanze») y de su propia capacidad de trabajo profesional o doméstico.

Los cónyuges —continúa el art. 144 C. c.— decidirán por mutuo acuerdo la dirección general de la familia y el lugar de la residencia de ésta, atendiendo a las circunstancias de cada uno y a las necesidades de la familia misma. Cada uno de los cónyuges podrá, separadamente, ejercitar o llevar a cabo las decisiones concordadas en la dirección de los asuntos de la familia.

En el caso de falta de acuerdo entre los cónyuges —prevé el art. 145 C. c.—, cada uno de ellos podrá pedir sin formalidad («senza formalità»), la intervención del juez, el cual, oídas las opiniones de ambos cónyuges, así como de los hijos convivientes mayores de dieciséis años, tratará de llegar a una solución de acuerdo; si ésta no fuera posible, y el desacuerdo entre los cónyuges afectase a algún asunto familiar esencial, el juez requerido expresa y conjuntamente por aquéllos, dictará la solución que considere más adecuada a las exigencias de la unidad y de la vida familiar.

Según Bellantoni y Pontorieri, con la expresión «sin formalidad» el legislador ha pretendido posibilitar a los cónyuges un contacto directo o inmediato con el juez, sin necesidad de tener que acudir al patrocinio de un defensor, sino, al contrario, pudiendo aquéllos comparecer por sí ante el juez y exponerle incluso oralmente los motivos de su desacuerdo.

El matrimonio impone a ambos cónyuges el deber de mantener, instruir y educar a la prole, concurriendo al cumplimiento de esta obligación en proporción a sus recursos respectivos («sostanze»)

y a su capacidad de trabajo profesional o doméstico (artículos 147 y 148 C. c.).

De esta suerte, el trabajo desarrollado en el seno de la familia por la mujer hogareña queda especialmente reconocido por el legislador, y equiparado al profesional del marido; y la remuneración indirecta de aquél se consigue mediante la presunción legal del régimen de comunidad de bienes.

En efecto, de acuerdo al actual artículo 159 C. c., el régimen patrimonial legal de la familia, a falta de otro especialmente estipulado en capitulaciones matrimoniales, será el de comunidad de bienes regulado en este Código.

El régimen de la comunidad legal de bienes se aplica, por tanto, «ope legis» a los esposos que, con anterioridad o al tiempo de contraer matrimonio, no hubiesen dispuesto válidamente otra cosa en capitulaciones matrimoniales. No obstante, deben hacerse ciertas salvedades, en lo que respecta a los problemas de Derecho Transitorio consiguientes a la introducción de este nuevo régimen legal de comunidad de bienes.

Derecho Transitorio

Los problemas de Derecho Transitorio, que se derivan de la instauración del régimen legal supletorio de comunidad de bienes, han sido abordados por el artículo 228 de la Ley Reformadora de 19 de mayo de 1975, adoptando, como criterio de solución, un principio —que pudiéramos llamar— de «retroactividad atenuada».

De la norma transitoria aludida se desprende que, si el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, transcurridos dos años desde la vigencia de ésta (esto es, a partir del 21 de septiembre de 1977), entrarán a formar parte de un régimen de comunidad legal los bienes adquiridos por el matrimonio con posterioridad a esta fecha, si entretanto los cónyuges no hubiesen manifestado su voluntad en contrario por acto solemne ante notario o ante el oficial del Registro Civil («ufficiale dello stato civile») del lugar de celebración del matrimonio.

Pero incluso con anterioridad al transcurso de dos años desde la entrada en vigor de la reforma, los bienes sucesivamente adquiridos por el matrimonio podrían entrar a formar parte de un régimen de comunidad legal, siempre que los cónyuges así lo convengan expresamente —y se entiende que...— con igual solemnidad, quedando en cualquier caso a salvo los derechos de terceros.

La misma norma transitoria del artículo 228 de la ley 151 de 19 de mayo de 1975 contiene, finalmente, una interesante disposición en orden a las costas tributarias o arancelarias que pudieran deducirse en función de los cambios de titularidad sobre los bienes, consiguientes a la mutación del régimen económico-matrimonial. Con arreglo al artículo 228 de la Ley, los actos de que se trata en los párrafos anteriores, aunque entrañen una transferencia even-

tual o ya producida de derechos, están exentos de impuestos y tasas; y los honorarios profesionales relativos a tales actos quedarán reducidos a la mitad.

La comunidad legal de bienes, que se constituya a raíz de lo dispuesto en esta norma transitoria, no será oponible a los terceros en tanto no se haya hecho constar por anotación al margen de la inscripción del matrimonio.

Naturaleza jurídica de la «comunione legale dei beni»

Antes de la Reforma de 1975, el C. c. de 1942, como alternativa frente al régimen legal supletorio de separación de bienes, permitía a los cónyuges pactar en capitulaciones un régimen de comunidad restringida a las adquisiciones y ganancias (antiguo artículo 215 C. c.). Esta comunidad de bienes entre los cónyuges se regiría, en primer lugar, por las rígidas e inderogables disposiciones legales contenidas en el Código; en segundo término, la comunidad se regiría por lo convenido en los capítulos, en cuanto no contraviene lo dispuesto en la ley; y finalmente, serían aplicables como supletorias las normas atinentes a la comunidad ordinaria (por remisión que hacía el antiguo art. 216 a los arts. 1.100 y ss. C. c.).

Sobre la base de esta remisión legal al régimen de la comunidad ordinaria, la generalidad de los autores se orientaba hacia la consideración de la comunidad de bienes entre cónyuges como una comunidad de tipo romano; no faltaban, sin embargo, autores discrepantes de la opinión mayoritaria, que habían calificado la comunidad entre cónyuges como atípica (así Busnelli) o como comunidad sin cuota (Fragali) o como comunidad germánica «en mano común» (Messineo).

Sin embargo, como señalan Paola y Macri, la discusión doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes entre cónyuges, con anterioridad a la reforma de 1975, carecía de gran utilidad práctica, en la medida en que, de acuerdo a la remisión contenida en el antiguo artículo 216, serían siempre supletoriamente aplicables las normas reguladoras de la comunidad ordinaria.

Pero tras la reforma introducida por la Ley de 1975, el régimen de comunidad asciende a la categoría de legal o supletorio, y no se contiene, sin embargo, en la nueva redacción de los preceptos del Código ninguna norma de reenvío similar a la que hiciera el antiguo artículo 216 —declarando la supletoriedad de las reglas de la comunidad ordinaria— o similar a la que, más anteriormente, hiciera el viejo Código de 1865 —que declaraba supletorios, en materia de comunidad convencional entre cónyuges, los preceptos relativos a la sociedad—.

Por tanto, en la actualidad, el tema de la naturaleza jurídica de la comunidad legal de bienes cobra una especial importancia, sobre todo para ofrecer soluciones de analogía que permitan al intérprete superar las posibles lagunas legales.

Como advierten Paola y Macri, el hecho de que tras la reforma de 1975, el legislador no haya reproducido una norma de remisión indicadora de la supletoriedad de las reglas de la comunidad ordinaria ni de la sociedad, denota inequívocamente su intención de no encuadrar la figura de la comunidad legal de bienes en ninguna de aquellas dos especies.

En efecto, como escribe recientemente Carlucci, la concepción de la «*comunione legale dei beni*» entendida como persona jurídica no parece que pueda sostenerse ante la ausencia de un expreso reconocimiento legal de su pretendida personalidad jurídica (artículo 12 C. c.), ante la falta de una aplicabilidad supletoria de las normas de la sociedad, e incluso ante la falta de una absoluta insensibilidad entre los patrimonios privativos de los cónyuges y el patrimonio consorcial (arts. 189 y 190 C. c.).

De otra parte, tampoco cabe catalogar la comunidad legal de bienes como comunidad ordinaria del tipo romano, pues —como dicen Paola y Macri— mientras la comunidad romana responde a una finalidad estática, meramente conservativa o de goce, la comunidad legal de bienes se ordena hacia la realización de los intereses de la familia en adecuación a sus necesidades variables, lo cual caracteriza aquella comunidad como esencialmente dinámica; en consecuencia —y a diferencia de la comunidad romana—, la comunidad legal de bienes se disuelve sólo en virtud de causas taxativamente fijadas por la ley, y la gestión del patrimonio común alcanzará los actos de inversión o empleo productivo de los bienes consorciales (arts. 191 y 180 C. c.).

Carlucci considera que, tras la reforma de 1975, la comunidad legal de bienes se configura a modo de una comunidad germánica en mano común, especialmente si atendemos a la indisponibilidad de las cuotas de cada cónyuge sobre el patrimonio común y al carácter legal de las causas de disolución de la comunidad (arts. 194 y 191 C. c.); y en tal sentido, Carlucci entiende que, tras el cambio legislativo, ha venido a prevalecer la construcción que formulara Messineo en su trabajo de 1920 sobre «*La natura giuridica della comunione legale dei beni*», conceptuándola como una comunidad germánica, «*a mani riunite*», «en mano común».

Sin embargo, Paola y Macri oponen frente a esta caracterización de la comunidad legal de bienes como comunidad germánica, tras la reforma de 1975, serias objeciones. En primer lugar, si bien no cabe hablar, en puridad, de alienabilidad de la cuota, sí puede, en cambio, producirse un vaciamiento económico de la cuota durante el mismo matrimonio, dada la comunicación de responsabilidad que, por vía subsidiaria, persiste entre el patrimonio consorcial y los privativos de cada cónyuge (arts. 189 y 190 C. c.). En segundo término, si la comunidad legal de bienes no fuese más que una simple comunidad, carente, por tanto, de personalidad jurídica, no resultaría explicable el hecho de que el artículo 180 hable de la legitimación de los cónyuges en orden a la representación en juicio de la comunidad.

En este punto, Paola y Macri toman en consideración las conclusiones de Galgano en su trabajo «*Associazioni non riconosciute*» de 1976, en el cual Galgano estima que debe superarse por la moderna doctrina científica la tradicional contraposición entre personas físicas y personas jurídicas, pues en la realidad del tráfico jurídico operan además, como verdaderos sujetos de derecho, antes no personificados, lo que lleva a contraponer los conceptos de personalidad y subjetividad jurídica. Esta reciente línea del pensamiento jurídico italiano ha obtenido también una reciente plasmación jurisprudencial, en la sentencia de casación de 16 de noviembre de 1976, en la cual se declara que además de las personas físicas y jurídicas, el ordenamiento jurídico también admite la existencia de otros sujetos de derecho, «siempre que un patrimonio, que provenga de patrimonios de varias personas, sea destinado a la consecución de un fin común, considerado merecedero de una particular tutela y como tal elevado a centro autónomo de referencia de situaciones jurídicas».

Sobre esta base, Paola y Macri concluyen que la comunidad legal de bienes, si bien no dotada de personalidad jurídica, queda configurada por el ordenamiento jurídico como un sujeto de derecho distinto de ambos cónyuges, en cuanto tiene un patrimonio propio y diferenciado, una autonomía negocial y una propia capacidad procesal.

El objeto de la comunidad legal: bienes comunes y privativos, y presunciones legales de comunidad

A) *Bienes comunes*: El artículo 177 C. c. declara que constituyen el objeto de la comunidad: a) los bienes adquiridos por los cónyuges, conjunta o separadamente, durante el matrimonio, que no tengan la consideración de bienes privativos; b) los frutos de los bienes propios de cada cónyuge, percibidos y no consumidos al tiempo de la disolución de la comunidad legal; c) las resultas provenientes de la actividad separada de cada uno de los cónyuges si, al tiempo de la disolución de la comunidad legal, no hubiesen sido consumidas; d) las empresas gestionadas por ambos cónyuges y constituidas después de la celebración del matrimonio. Cuando se trate de empresas pertenecientes a uno de los cónyuges con anterioridad al matrimonio pero gestionadas por ambos consortes se reputarán comunes únicamente las utilidades o ganancias («utili») y los aumentos de dicha empresa. Conforme al artículo 178 C. c., los bienes destinados al ejercicio de la empresa de uno de los cónyuges, constituida después de la celebración del matrimonio, así como los incrementos de la empresa constituida antes del matrimonio, tendrán la consideración de bienes comunes sólo si subsisten al tiempo de la disolución de la comunidad legal.

En comentario a los preceptos legales precedentes, cabe decir, en primer lugar, en relación al artículo 177-a, que aunque algunos autores, como Russo, interpreten comprendida únicamente en la

hipótesis del precepto «la actividad jurídica de transformación del dinero en bienes», o como entiende Finocchiaro, el incremento patrimonial consiguiente a un acto de inversión de la economía doméstica (tratando, con ello, de esclarecer el sentido de la expresión legal «*acquisti compiuti*», «adquisiciones verificadas», que emplea el precepto del Código), sin embargo, parece más segura la interpretación amplia de la norma, que postulan Schlessinger y Pino, entendiendo comprendidas en la hipótesis del precepto cualesquiera atribuciones patrimoniales verificadas a favor de uno o ambos cónyuges, independientemente del título de su adquisición, bien sea ésta originaria o derivativa, inter-vivos o *motis-causa*, onerosa o gratuita, con tal de que no se incluya en ninguno de los supuestos de privatividad del artículo 179.

Con relación a las letras b y c del artículo 177, ofrece especial interés la consideración, como comunes, sólo de los frutos y resultados de la actividad de los cónyuges que subsistan en el matrimonio al tiempo de disolverse la comunidad legal. Oppo distingue, así, con base en esta norma, entre una comunidad legal inmediata y una comunidad legal diferida o «de residuo», que es la que afecta a los frutos y resultados de la actividad de los cónyuges, comprendiendo sólo aquéllos que subsistan al disolverse la comunidad legal.

Parece, sin embargo, prudente y concordante con el espíritu de la reforma, la opinión mantenida por Bellantoni y Pontorieri, en el sentido de afirmar que los frutos y las resultas de la actividad de los cónyuges podrán engrosar el patrimonio común: 1) bien directamente, en la medida en que, no consumidos durante el matrimonio, subsistan residualmente al tiempo de la disolución de la comunidad legal; ó 2) bien indirectamente, cuando se hubieren empleado por los cónyuges en la adquisición de otros bienes no consumibles (de acuerdo al art. 177-a): estos bienes no consumibles adquiridos por los cónyuges mediante inversión de frutos de bienes privativos o de inversión de las resultas de su actividad tendrán, «*ab initio*», la consideración de bienes comunes y no privativos. Esta solución —aparte de encajar perfectamente dentro de la regla del artículo 177-a C. c.— parece concordante con la «*mens legislatoris*», que no incluye en la comunidad en liquidación derecho alguno de reintegro de frutos o resultas no subsistentes, porque presume que se han consumido para atender a las necesidades de la familia; luego, si no se hubieren consumido, sino cambiado por otros bienes no consumibles, éstos habrán de quedar igualmente vinculados a la comunidad familiar.

Creemos que sin perjuicio de lo anterior es como debe entenderse, por lo demás, el cometnario de Paola y Macri al artículo 177-b, en relación con el artículo 185, cuando, con base en tales preceptos, estos autores estiman que cada cónyuge tiene durante el desarrollo de la comunidad legal el goce y la administración de sus propios bienes, debiendo excluirse cualquier injerencia o poder de control por parte del otro cónyuge.

No obstante, Paola y Macri ponen de relieve que la exclusividad de goce y administración de los propios bienes correspondiente a cada cónyuge encuentra una limitación fundamental en la regla de los artículos 143 y 148 C. c., que imponen a ambos cónyuges el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas de la familia en proporción a sus respectivos recursos y capacidad de trabajo profesional o doméstico y en base a tales preceptos, según los autores citados, debe reconocerse a cada cónyuge un derecho de crédito sobre el otro, en la medida en que éste venga obligado a contribuir a las cargas de la familia, evitando que distraiga de esta finalidad los rendimientos de su patrimonio privativo o actividad profesional.

Por lo demás, la palabra «frutos», que emplea el artículo 177-b, debe entenderse comprensiva tanto de los frutos naturales como civiles, en los términos del artículo 820 C. c. (el Derecho italiano no distingue entre frutos naturales e industriales, quedando estos últimos englobados conceptualmente en los primeros).

En cuanto a las resultas de la actividad separada de cada cónyuge, de que habla el artículo 177-c, parece que se alude a los rendimientos de la actividad profesional o de trabajo de cada cónyuge, aunque también es admisible extender la norma a cualquier ventaja obtenida a raíz del esfuerzo singular de cada cónyuge asumiendo algún riesgo o peligro, y así entrarían en la comunidad de residuo las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en juegos de azar.

Finalmente, atendiendo al artículo 177-d y a su último párrafo, y al artículo 178 C. c., cabe sistematizar las siguientes posibilidades:

— empresa gestionada por ambos cónyuges: si con anterioridad al matrimonio pertenecía a uno de los cónyuges, sólo serán comunes las utilidades, ganancias o aumentos de la empresa producidos durante el matrimonio; si la empresa fue constituida durante el matrimonio, será común la empresa en sí;

— empresa gestionada por uno solo de los cónyuges: si la empresa le pertenecía con anterioridad al matrimonio, los aumentos de la empresa (y las ganancias) entrarán a formar parte de la «comunidad de residuo»; si la empresa se constituyó durante el matrimonio, también integrarán la «comunidad de residuo» los elementos patrimoniales aportados para su constitución.

B) *Bienes privativos*: Conforme al artículo 179 C. c., no constituyen objeto de la comunidad, sino que tendrán la consideración de bienes privativos de cada cónyuge: a) los bienes de los que fuese propietario ya con anterioridad al matrimonio, así como los derechos reales de goce, cuya titularidad le perteneciese con igual anterioridad; b) los bienes adquiridos con posterioridad a la celebración del matrimonio por efecto de donaciones o sucesiones, cuando en el acto de liberalidad o en el testamento no se hubiese especificado que se atribuyen a la comunidad; c) los bienes de uso estrictamente personal de cada cónyuge, junto con sus accesorios; d) los bienes que sirven al ejercicio de la profesión del cónyuge,

excepto aquellos destinados al desarrollo de la empresa perteneciente a la comunidad; e) los bienes obtenidos a título de resarcimiento de daño así como las pensiones correspondientes a la pérdida parcial o total de la capacidad laboral; f) los bienes adquiridos mediante el precio de transmisión de bienes privativos anteriormente enumerados, o por permuta con éstos, siempre que así se declare en el acto de su adquisición.

Con relación al precepto transcrito, vamos a centrar nuestro comentario únicamente —dada la especialidad que ofrecen en relación al Derecho español— sobre algunos puntos.

En primer lugar, los bienes de uso estrictamente personal o destinados a la profesión de uno de los cónyuges, tendrán siempre carácter privativo, incluso aunque su adquisición se hubiese hecho con cargo a la comunidad —de acuerdo a Bellantoni y Pontorieri—. También en esto coinciden Schlesinger, Paola y Macri.

De acuerdo a estos últimos autores, será característica de los bienes de uso personal del cónyuge su naturaleza mueble no registrable y su función de consumo u ornamental (vestuario, cosméticos, joyería...), siempre y cuando su valor intrínseco no sea desorbitado, sino que corresponda a las circunstancias propias de la condición social de los cónyuges: atendida la posición económica de la familia, una determinada joya de gran valor podría no ser un bien de uso personal privativo del cónyuge, sino una inversión perteneciente a la comunidad, al amparo del artículo 177-a C. c.

De acuerdo a los mismos autores, la privatividad del bien destinado a la profesión del cónyuge —independientemente de los fondos comunes o privativos que se contraprestaron para su adquisición— exige una relación objetiva de servicio entre el bien y la profesión para que se utiliza, no bastando una destinación subjetiva o para mero ornamento de la profesión. En tal sentido, tendrán la consideración de bienes destinados a la profesión del cónyuge, y en tal concepto, serán privativos suyos, los utensilios de trabajo, las bibliotecas, aparatos técnicos, máquinas de escribir, etcétera; pero, por el contrario, no tendrán esa consideración, sino que serán bienes comunes, los cuadros de autor o el mobiliario de anticuario, por ejemplo, colocados en el estudio del profesional.

El concepto de bien privativo se predica también respecto de las indemnizaciones compensatorias de daños sufridos singularmente por uno de los cónyuges, interpretando la doctrina que la regla de privatividad no se altera porque la indemnización sea «in natura» y no «in moneta», o porque el daño, en vez de ser personal (físico o moral), alcance al patrimonio del cónyuge.

En cuanto a las pensiones, algún autor opone frente al pronunciamiento legal sobre su privatividad, que por su concepto de rendimiento diferido de una actividad de trabajo anteriormente prestada, debieran integrar la «comunidad de residuo», a tenor de lo dispuesto en el artículo 177-c. Sin embargo, el legislador aquí se pronuncia terminantemente en favor de la privatividad, siempre

que la pensión sea compensatoria de una pérdida parcial o total (v. gr., jubilación) de la capacidad laboral, y lo mismo —interpretan los autores— sea satisfecha la pensión por la Seguridad Social que por Institutos privados.

Destaquemos, por último, con relación a la letra «f» del artículo 179, que el juego de la subrogación real («res in loco pretium, et pretium in loco rei»), con relación al patrimonio privativo de los cónyuges, no opera de una manera automática, sino que se condiciona a una disposición negocial, en la medida en que, como dice el precepto, el bien adquirido por permuta con otro bien privativo o mediante el precio obtenido por enajenación de otro bien privativo, sólo será, a su vez, también privativo, «cuando así se declare en el acto de adquisición». Faltando esta especial declaración negocial, parece que el bien adquirido entraría en la hipótesis del artículo 177-a, siendo consiguientemente común.

C) *Presunciones legales de comunidad*: Para resolver la eventual dificultad en orden a determinar el carácter común o privativo de los bienes del matrimonio, el C. c. dicta dos reglas generales: la primera, aplicable a los bienes inmuebles y los bienes muebles registrables —en el art. 179, último párrafo—, y la segunda, relativa a los demás bienes muebles —en el art. 195.

El artículo 195 establece que, a falta de prueba en contrario, se presume que todos los bienes muebles forman parte de la comunidad.

Se trata de una presunción, pues, «iuris tantum», que admite la prueba en contrario. Según Bellantoni y Pontorieri, en las relaciones entre cónyuges, debe admitirse el principio de libertad de prueba (incluso, según estos autores, a efectos fiscales). De esta suerte, la confesión por uno de los cónyuges acerca del carácter privativo del bien mueble no registrable de su consorte, producirá plenos efectos en las relaciones entre cónyuges o los herederos de éstos. Por el contrario, frente a los terceros —por analogía con el art. 197—, la prueba que desvirtúa la presunción de comunidad del artículo 195, con relación a los muebles no registrables, habrá de provenir de acto con fecha fehaciente.

Paola y Macri consideran que, en la esfera de las relaciones entre los cónyuges, la presunción de comunidad del artículo 195 puede quedar desvirtuada cuando el carácter privativo del bien se deduzca de su particular naturaleza o de su destinación instrumental. Frente a los terceros, tales autores afirman igualmente que la prueba del carácter privativo ha de resultar de documento fehaciente, en virtud del artículo 197.

Ahora bien, lo que importa destacar, ante todo, es que la presunción de comunidad del artículo 195 C. c., relativa a los bienes muebles no registrales, opera únicamente a efectos de liquidación de la comunidad legal, esto es, una vez ya se ha producido su disolución y se procede a la recíproca reintegración de la masa consorcial y los patrimonios privativos, afectando a los bienes muebles no

registrables que subsistan en el matrimonio. Se trata, pues, de una presunción de comunidad, pero de comunidad «de residuo», la que establece el artículo 195 respecto de los bienes muebles no registrables. Así se desprende de la ubicación sistemática del precepto, a continuación del artículo 194, que trata de la división de los bienes de la comunidad, y de la propia norma contenida en el primer apartado del propio artículo 195, reguladora de los derechos de reintegro en favor de los patrimonios privativos sobre la masa consorcial.

Por tanto, el artículo 195 lo que viene a establecer es que se presumen comunes los bienes muebles no registrables que subsistan en el matrimonio una vez disuelta la comunidad legal, sin que dicha presunción pueda quedar desvirtuada en perjuicio de tercero si no es en virtud de documento con fecha fehaciente (ex art. 197); no obstante aquella presunción, los cónyuges o sus herederos podrán obtener a favor de sus patrimonios privativos el reintegro de aquellos bienes muebles no registrables subsistentes en el matrimonio, cuya privatividad acrediten por cualquier medio, bien sea la confesión del otro cónyuge (o sus herederos), o la destinación instrumental o la propia naturaleza de aquel bien.

Por su parte, el artículo 179, último párrafo, dispone que la adquisición de bienes inmuebles o de bienes muebles referidos en el artículo 2.683 (esto es, los bienes muebles inscribibles en un Registro Público, como son los buques, las aeronaves y los automóviles), efectuada después de celebrado el matrimonio, queda excluida de la comunidad, en el sentido de las letras c, d, y f, del párrafo anterior del mismo artículo 179, cuando tal exclusión resulte del propio acto adquisitivo, siempre que del mismo fuera también parte el otro cónyuge.

Por tanto, como indican Bellantoni y Pontirieri, para evitar el efecto de la comunidad en los casos en que uno de los cónyuges proceda a la adquisición de un bien inmueble o de un bien mueble registrable es necesario, a fin de que el bien adquirido no forme parte de la comunidad, que el acto adquisitivo se verifique con la intervención de ambos cónyuges: el cónyuge excluido de la comunidad sobre el bien que se adquiere habrá de declarar, en el acto de adquisición, que se trata de un bien privativo de su consorte en los términos de las letras c, d, o, f, del artículo 179 (esto es, por uso personal, servicio profesional o por subrogación con otro privativo), o bien, haciendo esta declaración el cónyuge adquirente, bastará que el otro cónyuge, asistente al acto, la consienta expresamente.

Esta declaración acerca de la privatividad del bien hecha en el título adquisitivo por parte del cónyuge no adquirente no se precisará, «a sensu contrario», respecto de los bienes muebles no registrables, cualquiera que sea el concepto en que se adquieren, ni respecto de los inmuebles o muebles registrables que pertenezcan privativamente a uno de los cónyuges en alguno de los conceptos de las letras *a* (con anterioridad al matrimonio), *b* (por do-

nación o sucesión), o c (por indemnización de daños), del propio artículo 179.

Cuando, por el contrario, uno de los cónyuges pretenda adquirir privativamente para uso personal o profesional —aunque fuere con cargo a fondos de la comunidad— algún bien inmueble o mueble registrable (imaginemos la hipótesis más frecuente de un automóvil) o pretenda adquirir privativamente un inmueble o mueble registrable contraprestando fondos privativos suyos, habrá de corroborar el carácter privativo de tales adquisiciones el otro cónyuge.

La declaración del cónyuge no adquirente, según Soccorsi-Aliforni, participaría de la naturaleza propia de una «declaración de conocimiento desprovista de contenido negocial», y consiguientemente impugnable por falta, en su caso, de veridicidad.

Pero aunque la declaración del cónyuge no adquirente no tenga naturaleza negocial, lo que sí es evidente es que —como dicen Paola y Macri— el artículo 179, último párrafo, impone una limitación extraordinariamente drástica a la autonomía negocial del cónyuge que pretenda, separadamente, engrosar su patrimonio privativo, pues no podrá adquirir privativamente con cargo al mismo inmuebles o muebles registrables, si su adquisición no se ve completada por la intervención corroborante de su consorte. En este sentido, Scognamiglio considera la norma del artículo 179, último, como «paradigma de los límites impuestos a la autonomía negocial», y Santoro-Passarelli habla incluso, con referencia a ella, de un supuesto de «incapacidad jurídica relativa».

La «ratio» del precepto legal no es otra que el especial deseo del legislador de 1975 de fortalecer al máximo la comunidad familiar, protegiéndola frente a la actuación aislada de uno de los cónyuges, al exigir, antes bien, su participación conjunta en la adquisición de bienes de especial trascendencia económica, independientemente del carácter privativo o común de los fondos contraprestados. Igual orientación legislativa se adivina también detrás de las normas de gestión del patrimonio consorcial, contenidas en los artículos 180 y ss. C. c.

Según Schlesinger la participación del cónyuge no adquirente corroborando la adquisición privativa de su consorte, en la hipótesis del artículo 179, último párrafo, constituye un «acto debido y no una opción negocial, que no puede ser caprichosamente rechazado».

Ahora bien, los graves problemas comienzan desde el momento en que el cónyuge no adquirente no se avenga a intervenir en el acto adquisitivo corroborando el carácter privativo de la adquisición de su consorte: ¿de qué medios se puede valer, en tal caso, este último para completar su adquisición sin la asistencia del otro cónyuge? Negarle toda posibilidad de adquirir independientemente atentaría contra los principios de libertad y plena personalidad plasmados en la Constitución y que, consiguientemente, son también

base inspiradora de la reforma de 1975. Por ello, los autores se esfuerzan por dar, de alguna manera, viabilidad a la adquisición privativa de inmueble o mueble registrable por uno de los cónyuges sin la colaboración del otro, perfilándose, fundamentalmente, dos posiciones doctrinales, la de Finocchiaro y la de Giacobbe.

Finocchiaro estima que la intervención corroborante del cónyuge no adquirente podría suplirse por la intervención judicial, autorizando al juez la adquisición privativa después de apreciar los intereses de la familia, que abstractamente exigen dar cumplimiento al precepto «quique suum tribuere»: esta intervención judicial podría invocarse en virtud del artículo 181, que prevé la intervención judicial supletoria de la de uno de los cónyuges con relación a los actos de administración extraordinaria, que exigen la actuación conjunta de ambos cónyuges.

Sin embargo, cabe objetar frente a la solución de analogía propuesta por Finocchiaro, que si bien la autorización judicial del artículo 181, apreciado el interés de la familia, constituye un acto de jurisdicción voluntaria, en cambio, en el supuesto del artículo 179, último párrafo, el juez tendría que pronunciarse sobre la efectiva existencia de la situación jurídica declarada por el cónyuge adquirente y no corroborada por su consorte, lo cual constituiría esencialmente un acto de jurisdicción contenciosa y no voluntaria, en el que habría de llegarse a una sentencia y no a una mera autorización.

En este sentido, parece más exacta —aunque quizá menos operativa en la práctica— la posición de Giacobbe, compartida por Paola y Macri, afirmando que, en la hipótesis del artículo 179, último párrafo, frente a la negativa de su consorte a corroborar su adquisición, el cónyuge adquirente habrá de consignar este hecho en el título adquisitivo, para interponer posteriormente, con base al mismo, juicio contradictorio de reivindicación contra su consorte.

En cualquier caso, como pone de relieve Detti en su reciente trabajo «Il notaro e l'accertamento del potere di disporre dei coniugi nella normativa della nuova legge di famiglia» —en la «Rivista del Notariato» de 1975—, constituye ésta una problemática de especial trascendencia notarial, quedando particularmente obligado el notario a recibir y valorar las declaraciones de los cónyuges en los actos de adquisición de inmuebles o muebles registrables.

Gestión de los bienes comunes

La reforma de 1975 ha instaurado un particular régimen de administración del patrimonio común por parte de los cónyuges, en base a la participación de ambos, dando con ello desarrollo al principio constitucional de igualdad moral y jurídica entre los cónyuges, proclamado en el artículo 29, segundo párrafo, de la Constitución. En la disciplina de la reforma, la actuación administrativa de los cónyuges se concibe en un sentido amplio de gestión, que

engloba tanto los actos tradicionalmente denominados de mera administración o administración conservativa como los actos de disposición; desaparece, consiguientemente, la categoría de actos de disposición, y en la gestión amplia del patrimonio consorcial se va a diferenciar ya únicamente —en el nuevo sistema normativo— entre actos de administración ordinaria y actos de administración extraordinaria, admitiéndose, en cuanto a los primeros, su realización indistinta por los cónyuges, y exigiéndose, en cambio, en cuanto a los segundos, la actuación conjunta de ambos cónyuges. Por tanto, los actos de administración ordinaria sobre el patrimonio común admiten la actuación solidaria de los cónyuges; los actos de extraordinaria administración exigen su actuación mancomunada.

Tal ha sido el sistema adoptado definitivamente por la Ley (artículo 180 C. c.), quedando rechazada en esta materia la propuesta legislativa de Ruffini-Martini, en el sentido de atribuir al marido el poder de administración ordinaria de los bienes comunes, debiendo simplemente oír a la esposa.

La normativa relativa a la gestión del patrimonio común se contiene en los artículos 180 y ss. C. c.

El artículo 180 C. c. dispone que la administración de los bienes de la comunidad y su representación en juicio por los actos relativos a la misma, corresponde indistintamente a ambos cónyuges —pero añade el segundo párrafo del mismo precepto que...— el cumplimiento de los actos que excedan de la administración ordinaria, así como la celebración de contratos (se entiende que se trata de contratos relativos a los bienes comunes) por cuya virtud se atribuyan derechos privativos de goce (a favor de uno de los cónyuges), así como la representación en juicio de la comunidad en orden al ejercicio de las acciones que deriven de los actos anteriores, corresponderán conjuntamente a ambos cónyuges.

Destaquemos, pues, que la regla de legitimación solidaria de los cónyuges respecto a la administración ordinaria de los bienes comunes, y de legitimación mancomunada en relación a los actos de administración extraordinaria, se aplica tanto en la esfera negocial como paralelamente también en la esfera procesal.

Destaquemos, igualmente, que a los actos de administración extraordinaria quedan legalmente equiparados los contratos relativos a bienes comunes por cuya virtud alguno de los cónyuges se reserva algún derecho de goce privativo (v. gr., enajenación de la nuda propiedad de bien consorcial, reservándose el cónyuge enajenante el usufructo privativo).

Destaquemos, también —y especialmente—, en relación a este artículo 180 C. c., que no obstante dictar un régimen diferenciado respecto de los actos de administración ordinaria y los de administración extraordinaria —disponiendo, respecto de los primeros, la actuación indistinta, solidaria de ambos cónyuges, y respecto de los segundos, su actuación conjunta, mancomunada—, el legislador, sin embargo, ni en este precepto ni en ningún otro, establece

criterio alguno de distinción entre los actos de una y otra categoría.

Paola y Macri, en su esfuerzo por forjar un criterio diferenciador entre los actos de ordinaria y extraordinaria administración, son sin embargo conscientes de que una y otra categoría entrañan conceptos variables en función de multiplicidad de circunstancias extrínsecas al acto en sí, cuya apreciación quedará sujeta, según cada caso, a la prudente ponderación del Juez. Y así advierten que circunstancias extrínsecas, como la urgencia, pueden llevar a calificar el acto como de ordinaria administración, aunque entrañe una disposición sobre el objeto. La notario Simonetta Nelli nos advierte que las categorías de acto de administración ordinaria o extraordinaria constituyen nociones eminentemente empíricas, y de aquí que, en relación a ellas, sea especialmente trascendente el valor de la doctrina jurisprudencial y el quehacer de la función notarial.

El magistrado Paola y el notario de Roma Macri, recurren inicialmente, para perfilar la distinción en examen, al instituto de la analogía, y en este sentido, por analogía de la comunidad conyugal con la comunidad ordinaria, entienden que deben reputarse actos de administración ordinaria, a los efectos del artículo 180 C. c., en principio, los actos que en sede del condominio romano se han denominado tradicionalmente actos conservativos o de disfrute de la cosa común de acuerdo a su destino económico. No obstante, los mismos autores advierten, seguidamente, la debilidad de esta analogía, dadas las profundas diferencias entre la comunidad ordinaria de los artículos 1.100 y ss., y la comunidad legal entre cónyuges del artículo 159, pues si aquélla —como decíamos al comienzo— ofrece un carácter estático, cumpliendo una función conservativa o de goce, ésta, en cambio, se caracteriza como institución dinámica, necesitada de una constante renovación productiva; y en este sentido, a los efectos del artículo 180 C. c., bien podrían reputarse actos de ordinaria administración ciertas disposiciones ventajosas sobre el patrimonio consorcial.

Parece, pues, quizá más adecuado, para delimitar las categorías de actos de administración ordinaria o extraordinaria, buscar la solución analógica en el campo de la regulación de la sociedad —camino por el que optan Ricca («Gli atti di amministrazione nel regime patrimoniale della famiglia», 1973) y Busnelli («La comunione legale nel diritto di famiglia riformato», R. N. 1976); y en este sentido, tendrán la consideración de actos de ordinaria administración aquellos que se mantengan dentro del ejercicio y desenvolvimiento de la actividad que constituya el objeto social, esto es —trasluciendo esta idea al terreno propio de la comunidad conyugal—, no excederán de la ordinaria administración los actos realizados indistintamente por los cónyuges en el recto cumplimiento de las cargas familiares, que enumeran los artículos 186, 143, 147 y 148.

Sin embargo, la analogía con el fenómeno societario —como objetan Paola y Macri— no es tampoco del todo satisfactoria, de un

lado, porque la sociedad se encamina hacia el fin de lucro, y en cambio, la comunidad legal persigue otras metas —tales como el sostenimiento económico y el progreso espiritual de la familia—; y de otra parte, porque la norma de administración solidaria de la sociedad, que establece el artículo 2.257 del Código italiano, tiene carácter dispositivo, pudiendo los estatutos sociales establecer un régimen de administración mancomunada: en cambio, la norma del artículo 180 C. c., relativa a la administración de los bienes comunes de los cónyuges, es imperativa. Asimismo, la figura del veto del administrador solidario, posible en sociedad, no encontraría, sin embargo, correspondencia ninguna en el terreno de la comunidad conyugal, antes bien, en ésta el disentimiento de un cónyuge frente al acto de administración extraordinaria puede quedar suplido por la intervención judicial (art. 181 C. c.).

Son razones todas ellas que aconsejan prescindir del instituto de la analogía —tanto respecto de las normas de la comunidad ordinaria como de la sociedad—, a la hora de resolver los problemas que nos conciernen, para tratar de resolverlos a partir del espíritu y la coordinación de los propios preceptos que el Código dedica a la reglamentación de la comunidad legal.

Desde esta perspectiva, Paola y Macri advierten que el valor de la distinción entre actos de administración ordinaria o extraordinaria, a los efectos del artículo 180 C. c., difiere según que atendamos a la validez u oponibilidad externa del acto frente a los terceros, o por el contrario, a su eficacia dentro de la esfera de las relaciones internas entre los cónyuges (como resulta claramente de los arts. 184-3 y 192-2). En efecto, en la esfera de las relaciones internas entre los cónyuges, la realización de un acto de extraordinaria administración por uno de ellos sin el consentimiento del otro genera a favor de este último un derecho de reintegro sobre el patrimonio privativo del cónyuge agente, que cesa o desaparece si éste, a su vez, acredita el efecto ventajoso de su actuación en relación a los intereses familiares (ex art. 192-2 C. c.): en este sentido, en la esfera interna de las relaciones entre los cónyuges, parece que es el resultado ventajoso u oneroso del acto respecto de la situación económica de la familia, lo que condiciona su calificación, respectivamente, como de ordinaria o extraordinaria administración. Por tanto (si seguimos la opinión de Paola y Macri), la catalogación del acto de administración dentro de una u otra categoría no depende del acto en sí, sino de su resultado en relación a una particular y concreta situación económica familiar.

Por el contrario, en la esfera externa de validez y oponibilidad del acto frente a los terceros, la distinción no puede quedar pendiente de una valoración «a posteriori» de la incidencia del acto sobre la economía familiar (que el tercero no tiene por qué conocer con exactitud), sino que la seguridad del tráfico exige una distinción apriorística. Pero es claro que ésta no puede hacerse a través de un sistema de lista, sino en base a criterios abstractos y generales,

pero lo suficientemente flexibles que permitan su adecuación al caso concreto, pues constituyen las categorías en examen —recordemos la advertencia de Nelli— nociones eminentemente empíricas.

Hechas estas advertencias y salvedades, transcribimos literalmente las palabras de Paola y Macri:

«Son de administración ordinaria todos los actos relativos a la esfera normal de desenvolvimiento de la economía doméstica, en los cuales se hallan comprendidos los actos de conservación y de mantenimiento del patrimonio común, y por tanto, los actos que se refieren a las necesidades cotidianas y ordinarias de la familia y que no comportan decisiones de fondo tales que incidan sobre la dirección unitaria de la familia, determinada de común acuerdo por ambos cónyuges. Por el contrario, son de administración extraordinaria todos los actos que suponen decisiones de fondo que, como tales, pueden condicionar la vida familiar, como es paradigmáticamente el caso de la elección del domicilio familiar (art. 144 C. c.), y consiguientemente el arrendamiento del apartamento destinado a servir de domicilio familiar, prescindiendo no sólo de la duración del contrato, sino también del dinero común o particular con que es pagada la renta (art. 180-2).»

Los mismos autores consideran que, asimismo, como regla general, los actos de adquisición de inmuebles o bienes muebles registrables constituyen actos que exceden de la ordinaria administración, sobre todo, si hay aplazamiento en el pago del precio.

En el caso de realización de un acto de extraordinaria administración, el disentimiento de uno de los cónyuges, cuando aquél fuere conveniente a los intereses familiares, puede quedar suplido por la intervención judicial.

En efecto, conforme al artículo 181 C. c., si uno de los cónyuges niega el consentimiento para la celebración de un acto de extraordinaria administración, el otro cónyuge puede dirigirse al Juez pidiéndole la autorización del acto siempre que la celebración del mismo fuere necesaria para los intereses de la familia o de la empresa a que alude la letra d) del artículo 177.

Como expresan Bellantoni y Pontorieri, no es indispensable, para poder apelar la autorización judicial, que el acto disentido por uno de los cónyuges fuere «necesario para los intereses familiares»: a la hipótesis de estricta necesidad debe asimilarse la de utilidad evidente.

La autorización «a quo» la otorga el Tribunal ordinario, en acto de jurisdicción voluntaria, con audiencia del Ministerio Fiscal.

La empresa a que alude el artículo 181, remitiéndose al artículo 177-d, es la empresa que, constituida después del matrimonio y gestionada por ambos cónyuges, forma parte de la comunidad.

Los artículos 180 y 181 C. c. se refieren a los supuestos normales del matrimonio, en que ambos cónyuges están presentes y tienen plena capacidad. En cambio, los artículos 182 y 183 se refieren a la gestión del patrimonio común en los supuestos excepcionales en

que uno de los cónyuges, por particulares circunstancias, no pueda colaborar en dicha gestión.

Conforme al artículo 182, en caso de ausentamiento («lontananza») u otro impedimento afectante a uno de los cónyuges, el otro cónyuge, a falta de poder que dimanase de documento fehaciente, podrá realizar, previa autorización del juez y con las cautelas que éste eventualmente establezca, los actos necesarios, respecto de los cuales el artículo 180 exige el consentimiento de ambos cónyuges.

De acuerdo a Bellantoni y Pontorieri, a la hipótesis de necesidad se debe asimilar también en este caso la de utilidad evidente del acto respecto a los intereses de la familia.

Conforme al artículo 183 C. c., si uno de los cónyuges es menor, o no puede administrar o bien administra mal, el otro cónyuge puede reclamar del juez que excluya al primero de la administración; el cónyuge excluido de la administración podrá pedir al juez ser reintegrado en ella, una vez hayan cesado las causas determinantes de su exclusión. La exclusión opera de derecho con relación al cónyuge interdicto y persiste hasta que termine el estado de interdicción.

De acuerdo a Bellantoni y Pontorieri, la exclusión de la administración del patrimonio común afecta automáticamente al cónyuge interdicto, que la recupera con igual automaticidad una vez termina el estado de interdicción: la interdicción se entiende aquí en el sentido estricto de interdicción civil pronunciada en sentencia penal. Durante la tramitación del juicio penal, antes de recaer sentencia, el cónyuge del acusado podrá pedir judicialmente la exclusión del mismo de la administración consorcial, en base al artículo 183, primer párrafo.

En relación al primer párrafo de dicho artículo 183 es de destacar, con los autores antes citados, que la minoría de edad del cónyuge (en Italia, la mayoría se alcanza también a los dieciocho años, según el nuevo artículo 2 C. c., y la edad núbil se alcanza, lo más pronto, a los dieciséis años —art. 84 C. c.—) no lo excluye automáticamente de la administración del patrimonio consorcial, sino que dicha exclusión habrá de ser reclamada judicialmente por su consorte; y alcanzada por el primero la mayoría de edad, no quedará automáticamente restituido en dicha administración, sino que habrá de instar judicialmente su recuperación.

La incapacidad de administración a que alude el mismo artículo 183-1 podrá ser tanto la natural incapacidad como la incapacidad judicialmente declarada.

Excluido uno de los cónyuges de la administración del patrimonio consorcial, podrá el otro, con plena legitimación individual y sin necesidad de ulterior intervención judicial, realizar tanto los actos de ordinaria como de extraordinaria administración sobre los bienes comunes.

Por último, el artículo 184 regula las consecuencias que se derivan cuando algún acto de administración respecto del cual la ley exige el consentimiento de ambos cónyuges, se realiza por uno solo de ellos, sin que la no intervención del otro quede tampoco suplida judicialmente.

Conforme al artículo 184, los actos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando fuere necesario, y no convalidados por éste, son anulables, siempre que se refieran a bienes inmuebles o bienes muebles registrables (buques, aeronaves o automóviles). La acción de anulación deberá interponerse por el cónyuge cuyo consentimiento se hubiese omitido en el plazo de un año, a contar desde que tuviese anterior conocimiento del acto o desde su inscripción, o en todo caso (si no tuviese anterior conocimiento del acto no inscrito) desde la disolución de la comunidad legal.

Esta regla de anulabilidad, que establece el artículo 184 —con relación sólo a los inmuebles y los muebles registrables—, se aparta del régimen general de nulidad absoluta que, en materia de comunidad ordinaria, afecta a la disposición de la cosa común sin intervención de uno de los condóminos, según establece el Código.

Según Bellantoni y Pontorieri, la anulación o la convalidación, en su caso, del acto previsto en el artículo 184-1 y 2, producirán sus efectos con independencia del estado psicológico de buena o mala fe en que pudiera encontrarse el tercero.

Si transcurre el año sin que el acto anulable se haya impugnado, adquirirá definitiva eficacia, pero —y esto es fundamental— las obligaciones o responsabilidades que se deriven de dicho acto vincularán, en primer término, sólo el patrimonio privativo del cónyuge que lo hubiese realizado, y, únicamente de manera subsidiaria y hasta el límite de la cuota del cónyuge agente, podrán aquellas obligaciones o responsabilidades dimanantes del acto hacerse efectivas por los terceros sobre el patrimonio de la comunidad (art. 189).

Si las obligaciones o responsabilidades consiguientes al acto, por vía subsidiaria —de acuerdo al art. 189—, se hubiesen hecho efectivas por los terceros, dentro del límite de la cuota del cónyuge actuante, sobre el patrimonio de la comunidad, ésta tendrá contra el cónyuge actuante el correspondiente derecho de reintegro, salvo que el cónyuge actuante demuestre que el acto fue ventajoso para los intereses familiares (art. 192-2).

Cuando el acto de administración extraordinaria realizado por uno sólo de los cónyuges, sin el necesario consentimiento del otro y sin autorización judicial, afecte a bienes muebles no registrables, se estará a lo dispuesto en el artículo 184-3, a cuyo tenor (en la hipótesis indicada) el cónyuge agente quedará obligado a instancia de su consorte a reconstituir la comunidad en el estado en que se encontraba antes de la realización del acto, y no siendo ello posible, habrá de restituir el valor.

Esta disciplina diferencial respecto de los bienes muebles no registrables, que se contiene en el último párrafo del artículo 184, claramente protectora del tercero, se fundamenta en el principio napoleónico «*possession vaut titre*», que asegura el tráfico mobiliario, y que también se ha recogido en el Derecho civil italiano.

Tres consideraciones finales debemos hacer todavía en relación a las normas contenidas en los artículos 180 a 184 C. c., relativas a la gestión del patrimonio de la comunidad: de un lado, debe destacarse su carácter imperativo, no pudiendo derogarse en los capítulos, a menos que se establezca un régimen de separación de bienes; en segundo término, los poderes de administración de cada cónyuge son irrenunciables; son, por último, también estrictamente personales, y por tal razón, indelegables, salvo lo dispuesto en el artículo 182, segundo párrafo, a cuyo tenor, en el caso de gestión común de la empresa entre ambos cónyuges, uno de ellos podrá ser apoderado por el otro para la realización de todos los actos relativos a la actividad de la empresa (el cese de la empresa seguirá, por tanto, siendo una decisión conjunta de ambos cónyuges).

Régimen de responsabilidad por deudas

Establece el artículo 186 C. c. que los bienes de la comunidad responden: a) de todas las cargas y gravámenes que pesaren sobre los mismos al tiempo de su adquisición; b) de los gastos para su conservación c); de las costas y gastos de mantenimiento de la familia, instrucción y educación de los hijos, y de las obligaciones contraídas por los cónyuges, incluso separadamente, en el interés de la familia; d) de las obligaciones contraídas conjuntamente por los cónyuges.

Cabe comentar, brevemente, en relación a este precepto —siguiendo a Paola y Macri— que, por lo que respecta a la letra a), serán de cargo de la comunidad únicamente los débitos inherentes al bien adquirido, tales como los impuestos, contribuciones y rentas fundiarias, cargas reales y obligaciones «*propter rem*», pero no serán, sin embargo, de cargo de la comunidad las obligaciones que, como contraprestación, asumiera el cónyuge para la adquisición del bien con carácter consorcial: esa obligación de contraprestar podrá ser exclusivamente privativa, atendiendo el artículo 179, segundo párrafo, en relación con el artículo 177, letra a).

La letra b) del artículo 186, puesto en relación con el artículo 189-1 (precepto anteriormente examinado), debe interpretarse restringiendo su hipótesis a los actos de administración ordinaria cumplidos indistintamente por los cónyuges para proveer a las necesidades ordinarias de la familia.

La letra d) del artículo 186 debe interpretarse restrictivamente al caso de obligación contraída conjuntamente por ambos cónyuges después de celebrado el matrimonio. Antes de su celebración, las obligaciones contraídas conjuntamente por los prometidos, incluso a la vista del futuro matrimonio, serán a cargo de sus pa-

trimonios privativos respectivos, sin perjuicio de que puedan ser codeudores solidarios (ex art. 187, en relación con el art. 1.294 C. c.).

En orden a los débitos que serán de cargo de los patrimonios privativos de cada cónyuge, conforme al artículo 187, los bienes de la comunidad, salvo lo dispuesto en el artículo 189, no responden de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges antes del matrimonio. Y de acuerdo al artículo 188, los bienes de la comunidad, salvo lo dispuesto en el artículo 189, no responden de las obligaciones que graven las donaciones o sucesiones adquiridas por uno de los cónyuges durante el matrimonio y no atribuidas a la comunidad.

Pero, además de las obligaciones asumidas por el cónyuge antes de su matrimonio y de las obligaciones que le afecten a consecuencia de donaciones o sucesiones que le fueran atribuidas privativamente, también estarán a cargo del patrimonio privativo del cónyuge las siguientes deudas, aunque el Código no lo disponga expresamente, por correspondencia con el artículo 179: serán así también privativas:

- las deudas contraídas en el ejercicio individual de la empresa de uno de los cónyuges,
- las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges para la adquisición de bienes de uso estrictamente personal,
- las obligaciones asumidas por el cónyuge para la adquisición de bienes que sirvan al ejercicio de su profesión,
- las obligaciones que afecten al cónyuge a título de responsabilidad extracontractual,
- las obligaciones dimanantes de los actos de administración extraordinaria realizados por uno de los cónyuges sin el necesario consentimiento del otro, ni la intervención judicial supletoria, siempre que no se hayan impugnado en el plazo de un año (ex artículos 189 y 184).

Ahora bien, quizá lo más peculiar del régimen de responsabilidad por deudas en el sistema de la comunidad legal de bienes sea que no existe una absoluta insensibilidad entre las masas consorcial y privativas, sino que, por el contrario, se prevé legalmente en los artículos 189 y 190 C. c. una responsabilidad subsidiaria de la masa consorcial frente a las deudas privativas —hecha previa excusión del patrimonio del cónyuge deudor— y una responsabilidad subsidiaria de las masas privativas frente a las deudas consorciales.

En efecto, conforme al artículo 189-1 y 2, los bienes de la comunidad, hasta el valor correspondiente a la cuota del cónyuge obligado, responden, cuando los acreedores no pueden satisfacerse con cargo al patrimonio privativo de éste, de las obligaciones contraídas después del matrimonio por el cónyuge, en razón de actos que exceden de la administración ordinaria realizados con el necesario consentimiento de su consorte. Los acreedores particulares del cónyuge, incluso cuando el crédito se hubiese constituido con an-

terioridad al matrimonio, podrán satisfacerse por vía subsidiaria con base a los bienes comunes, hasta el valor correspondiente a la cuota del cónyuge deudor; pero en el caso de insuficiencia del patrimonio común para atender a las deudas comunes y privativas, los acreedores de la comunidad serán preferidos a los acreedores particulares del cónyuge.

Por lo que respecta al primer párrafo de este artículo 189, nos remitimos a lo dicho anteriormente, cuando contrastábamos dicho precepto con los dos primeros apartados del artículo 184.

Por lo que respecta al párrafo segundo del artículo 189, debe postularse una interpretación que extiende la norma hasta comprender todas las deudas privativas de un cónyuge y no sólo las que lo fueren por haberse contraído antes del matrimonio (según Paola y Macri).

Por otra parte, los acreedores particulares del cónyuge insolvente podrán obtener la satisfacción de su crédito ejecutando bienes comunes singulares, sin que en ningún caso sea admisible una expropiación de la cuota del cónyuge, tanto con referencia a la masa consorcial como a la titularidad de bienes comunes singulares: no sería admisible, pues, la ejecución por los acreedores del cónyuge insolvente de una mitad indivisa sobre un bien de la comunidad (según Magalu, en su trabajo «L'espropriazione forzata dei beni della comunione legale coniugale» de 1977).

Conforme al artículo 190, los acreedores de la comunidad, cuando los bienes comunes no basten para la satisfacción de sus créditos, podrán dirigirse en vía subsidiaria contra los bienes privativos de cada uno de los cónyuges, en la medida de la mitad del crédito.

El problema fundamental que suscita el artículo 190 es su confrontación con el artículo 1.294 C. c., que sienta la presunción de solidaridad entre codeudores, cuando la ley o el título de constitución de la obligación no dispongan otra cosa.

Cuando los cónyuges, ante la insuficiencia del patrimonio común, deban subsidiariamente responder del cumplimiento de las deudas comunes, ¿debe entenderse que, en esa subsidiariedad, son codeudores solidarios o mancomunados?

Paola y Macri se inclinan a favor de la mancomunidad, entendiendo que la presunción de solidaridad del artículo 1.294 queda rebatida, en este caso, por una disposición legal en contrario, cual es la norma del artículo 190, al preceptuar que los acreedores de la comunidad podrán subsidiariamente dirigirse contra los bienes privativos de cada cónyuge, «en la medida de la mitad de su crédito».

Schlesinger se inclina, sin embargo, en favor de la solución de solidaridad, entendiendo que la limitación de la responsabilidad privativa del cónyuge hasta la mitad del importe del crédito consorcial debe únicamente jugar en vía regresiva, en las relaciones

internas entre los cónyuges, pudiendo el «solvens» exigir de su consorte el reembolso de la mitad de lo pagado.

Según Finocchiaro, la «ratio» del artículo 190 es evitar fraudes en daños de los acreedores de la comunidad.

Extinción de la Comunidad: causas de disolución, reintegración de las masas consorciales y privativas, división de la masa consorcial

A) *Causas de disolución:* Las causas de disolución de la comunidad legal de bienes quedan enumeradas en el artículo 191 C. c. Con arreglo al mismo, la comunidad quedará disuelta:

- por la declaración de ausencia o de muerte presunta de cualquiera de los cónyuges,
- por la anulación del matrimonio,
- por la disolución o cesación de efectos civiles del mismo,
- por la separación personal de los cónyuges,
- por la separación judicial de bienes,
- por la mutación convencional del régimen patrimonial del matrimonio;
- por la quiebra de cualquiera de los cónyuges.

Desarrollando la causa de disolución de la comunidad legal que supone la separación judicial de bienes, el artículo 193 C. c. dispone que la separación judicial de bienes puede ser pronunciada en el caso de interdicción o inhabilitación de uno de los cónyuges o de mala administración de la comunidad. Puede igualmente ser pronunciada cuando el desorden de los asuntos de uno de los cónyuges o la conducta del mismo respecto a la administración de los bienes ponga en peligro los intereses del otro cónyuge o de la comunidad o de la familia, o bien cuando uno de los cónyuges no contribuya a las necesidades de la familia en la medida proporcional a sus recursos o capacidad laboral.

La separación —continúa el art. 193— podrá ser pedida por uno de los cónyuges o su representante legal.

Los efectos de la sentencia declarativa de la separación de bienes se retrotraerán al día de interposición de la demanda.

La sentencia deberá ser anotada al margen de la inscripción del matrimonio así como en la matriz de las capitulaciones matrimoniales.

La separación judicial de bienes se regirá por las disposiciones reguladoras de la separación convencional de bienes.

B) *Reintegración de las masas consorcial y privativas:* Una vez disuelta la comunidad, y después de dar satisfacción a las deudas que gravasen el patrimonio común —conforme a los arts. 186 y ss., antes examinados—, antes de proceder a la división del haber consorcial entre los cónyuges, la Ley regula la previa recomposición del patrimonio común y de los privativos de los cónyuges, a través de recíprocos derechos de reintegro entre éstos y la comunidad. Regu-

la esta materia el artículo 192, bajo el título «reembolsos y restituciones».

Conforme al artículo 192, cada uno de los cónyuges estará obligado a reembolsar a la comunidad las sumas que hubiese detruido del patrimonio común para fines diversos del cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 186 (esto es, para fines diversos del cumplimiento de las cargas familiares).

Cada cónyuge deberá igualmente reembolsar a la comunidad el valor de los bienes de que se trata en el artículo 189 (esto es, deberá rembolsar a la comunidad cuanto ésta hubiese pagado al tercero como responsable subsidiaria hasta el límite máximo de la cuota del cónyuge, en razón de los actos de extraordinaria administración no anulados que el mismo hubiese realizado sin el consentimiento necesario de su consorte ni la autorización judicial supletoria). No obstante —continúa el mismo art. 192—, el cónyuge a que se refiere el artículo 189 no tendrá obligación de reembolsar a la comunidad cuando el acto de extraordinaria administración que hubiese realizado por sí resultare ser ventajoso para la comunidad o haber satisfecho una necesidad de la familia, siendo a cargo del cónyuge agente la prueba de dicha utilidad.

A su vez —en cuanto al derecho de reembolso de los cónyuges frente a la comunidad, según el mismo art. 192, párrafo tercero— cada uno de los cónyuges podrá reclamar la restitución de las sumas detruidas de su privativo patrimonio y empleadas en gastos o inversiones de la comunidad.

Esta norma del artículo 192-3 debe ponerse en relación con lo dispuesto en los artículos 177-a, y 179-2 (antes examinados), de suerte que la obligación privativa frente a los terceros del cónyuge que aisladamente adquiere un bien para la comunidad, se neutraliza en la esfera interna de las relaciones entre cónyuges a través del derecho de reintegro o reembolso contra la masa consorcial que le concede el artículo 192-3.

Ahora bien, quizá lo más destacado en orden a la reintegración de los patrimonios común y privativos sea la posibilidad de una reintegración anticipada —esto es, reclamable aún antes de la disolución de la comunidad legal—, según prevé el párrafo cuarto del artículo 192, a cuyo tenor, los reembolsos y restituciones —de que se trata en los anteriores párrafos del mismo precepto— se efectuarán al tiempo de la disolución de la comunidad legal; sin embargo —añade el art. 192-4—, el juez podrá autorizar que tales reembolsos y restituciones tengan lugar en un momento anterior a la disolución de la comunidad, si así lo exige o lo consiente el interés de la familia.

Finalmente, el último párrafo del artículo 192 se refiere al caso particularmente en que uno de los cónyuges privativamente hubiese concedido un crédito a la comunidad: en este caso, conforme al artículo 192-5, si uno de los cónyuges resultare acreedor podrá detracer del patrimonio común bienes por el valor corres-

pondiente al importe de su crédito, salvo que el otro cónyuge no prestara su conformidad, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el párrafo cuarto del propio artículo 192 (antes examinado). El cónyuge acreedor deberá detraer, en su caso, de la comunidad, para pago de su crédito, inicialmente dinero; si no lo hubiese, detraerá bienes muebles, cuya privatividad no se acredite.

Pues bien, cuando esa privatividad resulte de haber pertenecido un bien mueble al cónyuge con anterioridad a la comunidad legal o por haberlo adquirido por donación o sucesión, el cónyuge titular podrá separar dicho bien de la masa común. En este sentido dispone el artículo 195, primer inciso, que en la división los cónyuges o sus herederos podrán retirar («prelevare») los bienes muebles que pertenecieran a los mismos cónyuges con anterioridad a la comunidad o por adquisición a título de sucesión o donación. Y añade el artículo 196 que si tales bienes muebles no se encontrasen en el matrimonio, el cónyuge o sus herederos que tuviesen derecho a retirar para sí tales bienes («diritto di prelevamento»), podrán repetir su valor contra la comunidad, incluso probando aquel valor por notoriedad, a no ser que la falta de tales bienes en el matrimonio se debiese a causa de consumición o de perecimiento no imputable al otro cónyuge.

Frente a los terceros, el derecho de separación o «prelevamento» a que se refieren los artículos 195 y 196 no podrá ejercitarse en su perjuicio, a no ser que la privatividad del bien mueble, cuyo apartamiento de la comunidad se pretende, se acredite en forma fehaciente.

En efecto, conforme al artículo 197—que se produce bajo el epígrafe «limiti al prelevamento nei riguardi del terzi»— la separación autorizada en los artículos precedentes no podrá realizarse en perjuicio de tercero si la propiedad individual del bien no resulta de acto con fecha fehaciente. Pero aun en tal caso (en que por perjudicar a tercero y no resultar acreditada una privatividad fehaciente, no sea posible la separación), en la esfera de las relaciones internas entre los cónyuges—como añade el mismo artículo 197—queda a salvo el derecho del cónyuge o sus herederos para repetir contra los bienes comunes adjudicados, en la división, a su consorte, así como incluso contra los bienes propios de este último.

C) *División de la masa consorcial*: una vez disuelta la comunidad legal y hecha la debida reintegración de bienes y derechos entre la masa consorcial y los patrimonios privativos de los cónyuges se procede a la división de la comunidad.

Conforme al artículo 194, primer párrafo, la división de los bienes de la comunidad legal se efectúa repartiendo en partes iguales el activo y el pasivo.

Destaquemos que no cabe lícitamente estipular en capitulaciones matrimoniales pacto alguno por el cual se disponga otro sistema de división del patrimonio común entre los cónyuges

distinto del de distribución por mitad (ex art. 210 CC). Destaquemos, asimismo (como ya antes quedó dicho), el carácter inalienable e irrenunciable de la cuota durante la comunidad.

Especial comentario merece el hecho de que la división afecte tanto al activo como al pasivo de la comunidad, en vez de afectar la división al patrimonio común líquido; suscita ello la cuestión de si el artículo 194-1 viene o no a derogar la regla general que exige el consentimiento del acreedor para la novación pasiva de la obligación. Parece más prudente pensar que la división del pasivo comunitario por mitad entre los cónyuges —que establece el artículo 194-1— operará, no frente a los acreedores, sino en la esfera interna de las relaciones entre los cónyuges, por vía regresiva.

Frente a la regla general de división por mitad entre ambos cónyuges del patrimonio común, el propio artículo 194, en segundo párrafo, prevé una excepción muy cualificada, al establecer que el juez, en atención a las necesidades de la prole y la guarda de la misma, podrá constituir a favor de uno de los cónyuges el usufructo sobre los bienes que integren la mitad correspondiente a su consorte en la división del patrimonio común.

El proyecto originario de la ley reformadora preveía que el juez pudiese alterar el régimen de división por mitad, imponiendo cuotas diversas de participación, en función de las aportaciones que cada cónyuge hubiese hecho a la comunidad y de las circunstancias familiares existentes al tiempo de la división.

Sin embargo, la Ley de 19 de mayo de 1975, en su formulación definitiva, ha preferido mantener la invariabilidad de las cuotas paritarias de ambos cónyuges, permitiendo al juez, en su caso, únicamente la imposición del usufructo sobre los bienes comprendidos en ella a favor del otro cónyuge, en consideración a las necesidades y circunstancias familiares, sobre todo de custodia de la prole, con total olvido de cuales fueran las aportaciones originarias de cada cónyuge a la comunidad o su influencia en el enriquecimiento del patrimonio común.

Queda por decir, finalmente, que la división de la comunidad legal se regirá, supletoriamente, por los principios generales de la división hereditaria (arts. 727 y ss. CC), de suerte que, en lo posible, se habrá de procurar que las respectivas porciones de los cónyuges sobre el patrimonio resultante de la división incluyan igual cantidad de muebles, inmuebles y créditos, de similar naturaleza, evitando en lo posible las compensaciones en metálico.

Regímenes paccionados: las capitulaciones matrimoniales; la comunidad convencional; la separación convencional; el fondo patrimonial

A) *Las capitulaciones matrimoniales*: En relación a las capitulaciones matrimoniales en el nuevo Derecho italiano (tras la reforma introducida por la ley 151 de 19 de mayo de 1975), vamos

a centrar nuestra atención únicamente sobre las siguientes cuestiones: de una parte, los límites a la autonomía privada en orden a la espitulación capitular del régimen económico-matrimonial; de otra parte, el tiempo y forma de otorgamiento de las capitulaciones; por último, su modificación.

Con relación a los límites a la autonomía privada en materia de capitulaciones matrimoniales, establece el artículo 160 C. c. que los esposos (en su contrato capitular) no podrán derogar los derechos y deberes que la ley prevé por efecto del matrimonio.

De acuerdo a la opinión de Bellantoni y Pontorieri, tales derechos y deberes inderogables de los cónyuges serán los referidos en los artículos 143 y ss., relativos a la fidelidad conyugal, a la recíproca asistencia moral y material, a la colaboración en la dirección de la vida familiar, a la contribución de sostener las cargas de la familia en proporción a los respectivos recursos y capacidad laboral de los cónyuges, al deber de alimentar, educar e instruir a la prole y ejercitar de común acuerdo la patria potestad sobre los hijos.

Otro límite a la autonomía privada, en materia de capitulaciones, se establece en el artículo 161 C. c., a cuyo tenor, los esposos no podrán pactar de manera genérica que sus relaciones patrimoniales se rijan, en todo o en parte, por leyes a las cuales no están sujetos o por los usos; antes bien, deberán expresar de manera clara el contenido de los pactos reguladores de sus relaciones respectivas.

También constituye un límite a la autonomía privada el artículo 166-bis del C. c., que establece que será nula toda convención por cuya virtud tienda a constituirse bienes en dote. La prohibición se extiende, pues, a los pactos capitulares que produzcan efectos similares a la dote.

Las capitulaciones tampoco podrán, cuando estatuyan un régimen de comunidad, vulnerar las normas de los artículos 210 y 211 relativas a la comunidad convencional, que más tarde examinaremos.

En cuanto al tiempo y forma de otorgamiento de las capitulaciones, la Ley Reformadora permite su otorgamiento lo mismo antes que después de celebrado el matrimonio: las capitulaciones matrimoniales pueden ser tanto nupciales como prenupciales. En cuanto a la forma, se exige «ad solemnitatem», esto es, bajo pena de nulidad, el documento público notarial, si bien, excepcionalmente, cuando los cónyuges pretendan establecer un régimen de separación de bienes, bastará simplemente que así lo declaren ante el juez en el momento de celebrarse el matrimonio. Para que las capitulaciones matrimoniales puedan producir efecto frente a terceros deberán anotarse al margen de la inscripción del matrimonio, con expresión de su fecha de otorgamiento, contenido general y notario autorizante. La Disposición Transitoria de la Ley de 15 de mayo de 1975 obliga al notario a comunicar al Re-

gistro Civil las capitulaciones matrimoniales que autorice para que se anoten al margen del matrimonio. (La doctrina legal referida se contiene en el art. 162, y es aplicable tanto al otorgamiento como a su modificación, cuya oportunidad y forma regula el artículo 163, esencialmente coincidente en el art. 162).

En cuanto a la modificación de las capitulaciones matrimoniales, debe destacarse, no obstante, especialmente, la norma que dicta el artículo 162, párrafo tercero, segundo inciso, a cuyo tenor, «después de la celebración del matrimonio pueden ser modificadas las capitulaciones matrimoniales solamente previa autorización del juez».

Esta norma plantea tres problemas interpretativos, como advierten Paola y Macri: en primer lugar, si el requisito de la autorización judicial se debe exigir sólo respecto de la modificación constante matrimonio de capitulaciones anteriores, o si, por el contrario, también respecto de las capitulaciones primeras que otorguen los cónyuges durante el matrimonio por las que modifiquen su régimen matrimonial legal supletorio: Paola y Macri se inclinan por la solución de exigir la autorización judicial respecto de cualesquiera capitulaciones que se otorguen constante matrimonio modificando el régimen económico matrimonial legal o pactado, u otros aspectos de capitulaciones anteriores.

En segundo lugar, se suscita la duda acerca de la validez de las capitulaciones otorgadas constante matrimonio que carezcan de autorización judicial: algunos autores, como Mazzoca, se inclinan en favor de la solución de anulabilidad, admitiendo una autorización judicial tardía convalidante; sin embargo, Paola y Macri entienden que el artículo 162 es determinante al exigir el carácter previo de la autorización judicial, y estiman que las capitulaciones nupciales otorgadas sin dicha autorización son radicalmente nulas —por ser actos «contra legem», cuya nulidad general declara el art. 1.418 C. c.

Por último, la autorización judicial habrá que entender —según Paola y Macri— que no es discrecional, y que para concederla o no al juez habrá de ponderar el interés de la familia (conveniencia económica del nuevo régimen), el interés de los terceros (rechazando las convenciones claramente fraudulentas) y el orden público (denegando la autorización cuando los capítulos contravengan normas imperativas).

En cualquier caso, queda a salvo la norma del artículo 164, a cuyo tenor, los terceros son libres para probar la simulación de las convenciones matrimoniales.

B) *La comunidad convencional*: Las capitulaciones matrimoniales pueden establecer un régimen de comunidad distinto del legalmente tipificado, si bien en esa comunidad convencional los cónyuges no podrán modificar ciertas normas relativas a la comunidad legal de bienes, de contenido inderogable, siempre que haya «bienes comunes» del matrimonio.

En efecto, como se desprende de los artículos 210 y 211 C. c., en relación con otros preceptos del articulado del Código, en la comunidad convencional no podrán considerarse comunes, sino que habrán de ser necesariamente privativos, los bienes que sirvan objetivamente al ejercicio de la profesión exclusiva de uno de los cónyuges, y las indemnizaciones obtenidas por daños de que fuera exclusiva víctima uno de los cónyuges, así como las pensiones compensatorias de la pérdida total o parcial de la capacidad de trabajo de uno de los cónyuges.

En la comunidad convencional se mantendrá inderogablemente el mismo régimen de administración del patrimonio consorcial existente en la comunidad legal de bienes, y no podrán tampoco establecerse cuotas de participación de los cónyuges sobre el patrimonio común que no sean absolutamente iguales.

Y a fin de evitar posible fraude a los terceros, urdido por los cónyuges mediante una posible ampliación de la comunidad convencional a lo que fueran sus bienes privativos, la ley dispone que los bienes de la comunidad convencional responden de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges antes del matrimonio hasta el valor de los bienes privativos que fueran aportados por el mismo a la comunidad.

C) *Separación convencional de bienes*: Las capitulaciones matrimoniales podrán establecer un régimen de separación de bienes, y en defecto de que los cónyuges hubiesen desarrollado más detalladamente dicho régimen de separación, o para el caso de que los contrayentes se hubiesen limitado a expresar ante el juez, al tiempo de celebrarse el matrimonio, que se casan bajo un régimen de separación de bienes, regirán los preceptos del Código reguladores de la separación convencional (arts. 215 a 219).

Estos preceptos parten del reconocimiento del pleno dominio, goce y administración de cada cónyuge sobre los bienes de que sea titular exclusivo. Únicamente ofrece especial interés la norma del artículo 219, al disponer que el cónyuge podrá probar por cualquier medio, frente al otro cónyuge, la propiedad exclusiva de un bien; los bienes respecto de los que no se acredite la propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, pertenecerán por iguales mitades indivisas a ambos.

Según la generalidad de los autores, el artículo 219 debe entenderse en el sentido de que, frente a los terceros, la titularidad exclusiva de un bien por parte de uno de los cónyuges habrá de probarse en virtud de documento fehaciente, y a falta de dicha prueba, se presumirá que cada cónyuge sólo es titular sobre dicho bien de una mitad indivisa; entre los cónyuges, cualquier medio de prueba, aunque no sea fehaciente (v. gr., la confesión del otro cónyuge en documento privado), será admisible.

D) *El fondo patrimonial*: La reforma de 1975 ha dado también regulación, en los artículos 167 a 171 C. c., a la figura llamada «el fondo patrimonial», que podemos definir con Antonio Macri como

«el complejo de bienes que, destinado al levantamiento de las cargas y necesidades familiares, y siendo de la propiedad de ambos cónyuges, salvo que se haya dispuesto otra cosa en el acto de su constitución, tiene por objeto determinados bienes inmuebles o muebles registrables o títulos de crédito».

Se trata de un patrimonio separado, que no se confunde con el privativo de los cónyuges ni, en su caso, con la masa consorcial (si hubiese un régimen de comunidad), que participa de la naturaleza propia de un patrimonio de afectación o de destino, siendo su finalidad atender a la satisfacción de las necesidades familiares.

En nuestra exposición, nos limitamos únicamente a dar testimonio de la doctrina legal, contenida en los artículos 167 a 171 C. c., bajo el epígrafe «Del fondo patrimonial», que regulan los siguientes aspectos:

a) Constitución del fondo patrimonial.

Cada uno de los cónyuges, o bien ambos conjuntamente, en documento público, o bien incluso un tercero, por testamento, pueden constituir un fondo patrimonial destinando determinados bienes inmuebles o muebles inscritos en Registros Públicos (buques, aeronaves o automóviles), o títulos de crédito, a hacer frente a las necesidades de la familia.

La constitución del fondo patrimonial por acto entre vivos efectuada por el tercero se perfecciona con la aceptación de los cónyuges. Dicha aceptación podrá hacerse con anterioridad, pero necesariamente en documento público.

La constitución del fondo patrimonial puede tener lugar durante el matrimonio o antes del mismo, a la vista del futuro matrimonio («si nuptias sequuntur...»).

Los títulos de crédito deben extenderse a título nominativo, con expresión del vínculo que entraña su afectación al fondo patrimonial.

b) Empleo y administración del fondo.

La propiedad de los bienes que constituyen el fondo patrimonial corresponde a ambos cónyuges, salvo que se haya establecido otra cosa en el acto de constitución del fondo.

Los frutos de los bienes que constituyen el fondo patrimonial deberán emplearse para satisfacer las necesidades de la familia.

La administración de los bienes que constituyen el fondo patrimonial se regirá por las normas que regulan la administración de los bienes de la comunidad legal de los cónyuges (arts. 180 y ss.).

c) Enajenación de los bienes del fondo.

Si no se hubiese dispuesto otra cosa en el acto de constitución, no se podrán enajenar, hipotecar, pignorar o vincular bienes del fondo patrimonial si no es con el consentimiento de ambos cónyuges y, si hay hijos menores, con la autorización del juez, oído el fiscal, en los casos de necesidad o utilidad evidente.

d) Ejecución sobre los bienes y sobre los frutos del fondo.

La ejecución sobre los bienes del fondo o sus frutos no podrá tener lugar por deudas contraídas sabiendo el acreedor que su asunción se hacía por causas ajenas a las necesidades de la familia.

e) Extinción del fondo:

La destinación o afectación del fondo patrimonial cesa por la anulación, disolución o extinción de los efectos civiles del matrimonio. Si hay hijos menores, el fondo, sin embargo, perdurará hasta la mayoría de edad del último hijo. En tal caso, el juez dictará, a instancia de parte interesada, normas para la administración del fondo.

Consideradas las circunstancias económicas de los padres y de los hijos, así como cualquier otra circunstancia que estime relevante, el juez puede atribuir a los hijos, en disfrute o en propiedad, una cuota de los bienes del fondo.

Si no hay hijos, se aplican las disposiciones sobre la disolución de la comunidad legal de bienes entre cónyuges (contenidas en los arts. 191 y ss. C. c.).

Información Legislativa (*)

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General

1. PERSONAS JURIDICAS. ASOCIACIONES DEPORTIVAS.

Regulación de los Clubs y Federaciones deportivas. Real Decreto 177/1981, de 16 de enero («B. O. E.», del 14 febrero).

Se desarrollan los principios generales establecidos en el Capítulo II de la Ley General de la Cultura Física y del Deporte, de 31 marzo 1980.

El presente Decreto se refiere con detalle a los requisitos necesarios para la constitución de un Club, así como para la creación de una Federación y al funcionamiento del Registro de Asociaciones y Federaciones Deportivas.

Separadamente se aborda el funcionamiento de Clubs y Federaciones y su régimen económico-financiero. Finalmente se regulan las declaraciones de instituciones privadas de carácter cultural o de utilidad pública, aplicable a las entidades de referencia.

La personalidad jurídica, tanto de los Clubs como de las Federaciones, resulta expresamente reconocida en la Ley General más arriba citada (artículos 11 y 14). Sin embargo, mientras los primeros son considerados asociaciones, las Federaciones se mantienen en una posición imprecisa, pues no se afirma con claridad su naturaleza asociativa y privada como se hace con los Clubs.

2. Derecho de Obligaciones

2. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS.

Ley reguladora de estos arrendamientos, de las aparcerías y del régimen jurisdiccional correspondiente a los mismos. Ley 83/1980, de 31 diciembre («B. O. E.», de 30 enero 1981).

(*) Se refiere al período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 1981.

A) Exposición.

1. Ambito de aplicación:

a) Territorial. La Ley será de aplicación en todo el territorio nacional, sin perjuicio de la aplicación preferente de los derechos civiles forales o especiales, en todos los territorios donde existan normas peculiares al respecto, y de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de las normas de su Derecho civil relativas a las materias reguladas en esta Ley.

Las disposiciones relativas a las aparcerías sólo se aplicarán en defecto de pacto expreso, normas forales o de derecho especial y de costumbre (Disp. Adic. pp. 1 y 2).

b) Temporal. 1. Regla general: Quedan sujetos a esta Ley los contratos de arrendamiento o aparcería sobre fincas rústicas, cualesquiera que sea la fecha de su celebración.

2. Reglas especiales:

a) Contratos existentes a la entrada en vigor de la Ley. Se registrarán en cuanto a su duración por lo establecido en la legislación anterior. Las consecuencias señaladas en la Ley para los casos en que el arrendatario no sea profesional de la agricultura o pierda esta condición, no serán aplicables a estos contratos mientras no finalice el plazo estipulado o la prórroga en curso, sin que puedan prorrogarse en ninguna forma. Cuando el arrendatario sea cultivador personal tendrá derecho a las prórrogas establecidas en la presente Ley, hasta el límite de veintiún años, desde la iniciación del contrato (Disp. Trans. primera, pp. 1 y 2).

b) Arrendamientos anteriores a la Ley de 15 marzo 1935. Cuando se haya perdido memoria del tiempo por el que se concertaron y el cultivador sea personal, se prorrogarán por dos períodos de tres años, en el que el arrendatario podrá hacer uso del derecho de acceso a la propiedad establecido en esta Ley (Disp. Trans. primera, p. 3).

c) Eficacia derogatoria: Quedan derogadas las Leyes de 15 marzo 1935, 18 junio 1940, 23 julio 1942, 18 marzo 1944, 18 diciembre 1946, 17 julio 1953 y 15 julio 1954, sus Reglamentos y cuantas se opongan a la presente Ley (Disposición Final).

II. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS.

A) Delimitación del concepto.

1. En general: Se considerarán arrendamientos rústicos a los efectos de esta Ley y quedarán sujetos a sus preceptos todos los contratos mediante los cuales se cedan temporalmente una o más fincas para su aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal, a cambio de precio o renta (art. 1).

2. Extensión de su ámbito: No pierden su naturaleza estos contratos aunque concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.º Recibir de las partes una denominación distinta.
 - 2.º Incluir edificaciones, instrumentos u otros elementos destinados a la explotación.
 - 3.º Consistir el precio en una cantidad alzada para todo el tiempo del arrendamiento o en la mejora o transformación del fundo (art. 2).
3. Exclusiones: Negativamente se fija el ámbito del régimen especial señalando una serie de figuras contractuales que no se someten a la Ley.

A) Por su naturaleza diversa:

a') Cesiones del uso del suelo para plantar y aprovechar viñas, naranjos, olivares u otras especies arbóreas no forestales, por tiempo superior a doce años y a cambio de un canon o participación. Se regirán por el Derecho común, en particular por el art. 1656 del Código civil.

La continuación del aprovechamiento con el consentimiento tácito del cedente una vez concluido el plazo contractual determina el establecimiento de un arrendamiento por seis años (art. 4).

b') Contratos de recolección de cosechas o realización de faenas agrícolas a cambio, incluso, de una participación en los productos o de algún aprovechamiento singular (art. 5).

c') Cesiones del aprovechamiento de tierras a cambio de servicios prestados fuera de ellas.

d') Arrendamientos que sean sólo de temporada, inferior al año agrícola.

B) Por los sujetos contratantes:

a') Arrendamientos entre parientes en línea directa o colaterales hasta el 2.º grado, salvo que se otorguen por escrito con sumisión expresa a esta Ley.

b') Arrendamientos entre copartícipes o sus cónyuges sobre fincas de la herencia indivisa, con la misma salvedad.

C) Por su objeto:

a') Arrendamientos de tierras labradas y preparadas para la siembra a que específicamente se refiera el contrato.

b') Los de fincas adquiridas por causa de utilidad pública o interés social.

c') Arrendamientos de aprovechamientos secundarios, distintos y compatibles con los principales.

d') Los de aprovechamientos encaminados a semillar o mejorar barbechos.

e') Arrendamientos de la caza.

f') Los de explotaciones ganaderas de tipo industrial, locales o terrenos dedicados exclusivamente a la estabulación del ganado (art. 6).

g') Los que se refieran a bienes comunales, de propios de las Corporaciones locales y montes vecinales en mano común.

D) Por el destino de las fincas arrendadas:

a) Arrendamientos de fincas clasificadas como suelo urbano o urbanizable programado.

b) Fincas accesorias de edificios o explotaciones ajenas al destino rústico cuyo rendimiento sea notoriamente superior al propiamente rústico.

c) Fincas que tengan, por cualquier circunstancia ajena al destino agrario un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo (art. 7).

B) Naturaleza de la ley especial: Su carácter imperativo se concreta en tres reglas:

1. Condena del fraude: Son nulos los actos realizados en fraude de esta ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir (art. 8).

2. Cláusulas nulas: Son nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas que modifiquen en perjuicio del arrendatario las normas de la presente Ley, salvo los casos en que ésta expresamente lo autorice.

No pueden imponerse al arrendatario condiciones, prestaciones o gastos que no le correspondan conforme a la Ley (art. 9).

3. Renuncia de derechos: Los derechos del arrendatario sólo son renunciables desde que puedan ser ejercitados. La renuncia debe constar en documento público.

Los derechos del arrendador son renunciables con arreglo a las normas ordinarias.

C) Elementos del contrato de arrendamiento.

1. Elementos subjetivos. Requisitos exigibles.

a) Arrendador. Capacidad y legitimación:

— Para dar fincas en arrendamientos sujetos a esta Ley se exige la misma capacidad que para enajenarlas.

— Los padres y tutores, respecto a las fincas de los menores, podrán arrendarlas por «término» no superior al que falte a dichos menores para alcanzar la mayoría de edad (art. 12).

— Los arrendamientos otorgados por cuantos tengan algún derecho de goce sobre la finca se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador, a no ser que hubiere concurrido el propietario a su otorgamiento (art. 13).

b) Arrendatario. Reglas generales:

— Sólo pueden ser arrendatarios o subarrendatarios de fincas rústicas los profesionales de la agricultura.

— Los extranjeros no podrán ser arrendatarios salvo reciprocidad (art. 14).

— No podrán ser arrendatarios las personas físicas que por sí o por persona física o jurídica interpuesta sean ya titulares de una o varias explotaciones agrarias cuyas dimensiones y características fijen los órganos administrativos competentes. En general tales dimensiones no podrán ex-

ceder de 500 Ha. de secano, 50 Ha. de regadío y 1.000 Ha. cuando la finca sea para aprovechamiento ganadero extensivo. No se computarán las superficies incultas, calificadas de eriales, matorrales o monte bajo (art. 18). La Ley regula detalladamente la aplicación de esta limitación según las condiciones del arrendatario y de la finca.

c) Arrendatario. Precisión de sus condiciones personales:

— Personas naturales en la plenitud de sus derechos civiles, emancipadas o habilitadas de edad que se dediquen o vayan a dedicarse preferentemente a actividades agrarias y se ocupen de manera efectiva y directa de la explotación.

— Cooperativas Agrarias, Sociedades Agrarias de Transformación u otras asociaciones de agricultores, Organizaciones profesionales de agricultores, Cámaras Agrarias y Sindicatos Agrarios.

— El Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA) u Organizaciones similares, sólo para subarrendar. Excepcionalmente el IRYDA podrá retener fincas como arrendatario.

— Entidades públicas, Sociedades estatales y Organismos autónomos facultados por sus normas reguladoras.

Sociedades cuyas acciones o participaciones sean nominativas y tengan por exclusivo objeto la explotación agrícola, ganadera o forestal y, eventualmente, la comercialización e industrialización de sus productos (art. 15).

b') Cultivador personal. Tendrá esta consideración quien lleve la explotación por sí o con ayuda de familiares que con él convivan, sin utilizar asalariados más que circunstancialmente, por exigencias estacionales de la explotación agraria, o si concurre justa causa. A los efectos legales se considera profesional de la agricultura (art. 16).

d) Incumplimiento de los requisitos exigidos al arrendatario. Consecuencias:

1) Incumplimiento originario. Si el contrato se celebra con quien no es profesional de la agricultura o es titular de explotaciones que superan los límites establecidos, el arrendador podrá resolverlo. La falta de resolución en el plazo de treinta días, cuando haya precedido requerimiento del IRYDA, atribuye a este Organismo la facultad de arrendar la finca, abonando la renta usual en la comarca (art. 17).

2) Incumplimiento sobrevenido. Igualmente atribuye el arrendador la facultad de resolver el contrato. El contrato queda convalidado si, antes de la resolución, el arrendatario recupera las condiciones exigidas por la Ley (art. 19).

2. Elementos objetivos. Reglas especiales.

a) Pluralidad de aprovechamientos: Los distintos aprovechamientos compatibles y principales de una finca pueden ser susceptibles de arrendamientos simultáneos.

Salvo pacto expreso el arrendamiento no comprende los aprovechamientos que no sean agrícolas o ganaderos, como la caza o los forestales (art. 3).

b) **Determinación del tipo de cultivo:** Corresponde al arrendatario, sin perjuicio de su obligación de devolver la finca en el estado en que la recibió. Sólo son admisibles los pactos en contrario que persigan evitar que la tierra sea esquilmada o sean consecuencia de disposiciones generales (art. 10).

C) **Renta:**

1) **Fijación de la renta.** La renta se fijará en dinero y será la que estipulen las partes. Si se fijase en especie, cualquiera de las partes podrá exigir su conversión en dinero (art. 31).

2) **Pago de la renta:** La renta se pagará por años, en la fecha pactada o con arreglo a la costumbre del lugar y en el lugar y forma pactados o en la morada o casa del arrendatario. Se prohíbe el pago anticipado de rentas por más de un año (arts. 32 a 34).

3) **Cantidades legalmente repercutibles sobre el arrendatario:** Podrán ser exigidas por el arrendador desde que las haya satisfecho, prescribiendo su derecho a repercutir por el transcurso de un año. Su impago equivale al impago de la renta (art. 35).

4) **Actualización de la renta:** Podrá acordarse por las partes en cada anualidad, con referencia a los índices anuales de precios percibidos por el agricultor que establece el Ministerio de Agricultura, salvo que se haya fijado una cantidad alzada para todo el tiempo de arrendamiento.

En defecto de acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar del Juez que añada al contrato la cláusula de actualización (arts. 38 y 39).

5) **Revisión de la renta:** Podrá pedirse por las partes una vez transcurrido el primer año de vigencia del contrato, cuando la renta sea superior o inferior a la usual en el lugar para fincas análogas. Cabrá revisión extraordinaria cuando, por haberse alterado las circunstancias que influyeron en la fijación de la renta, se produzca una lesión superior al 15 por 100 de la renta justa (arts. 40 a 43).

6) **Reducción o exoneración de la renta:** Procederá cuando por caso fortuito o fuerza mayor, tratándose de riesgos ordinariamente no asegurables, se perdiese, antes de terminar la recolección, más de la mitad de los productos de la finca.

Los menoscabos o deterioros de la finca que disminuyan su productividad, aunque sean causados por obras permitidas o impuestas legalmente al arrendador, confieren derecho al arrendatario a solicitar la reducción, salvo que sean debidos a su culpa o negligencia. El arrendatario deberá notificar fehacientemente el siniestro al arrendador en el plazo de treinta días desde que se produzca y actuar con diligencia en la reclamación de cualquier indemnización a que pudiera haber derecho (arts. 44 a 46).

3. **Elementos formales y temporales.**

a) **Forma del contrato.**

1) **Regla general:** Los contratos de arrendamiento podrán convenirse con libertad de forma.

2) Limitación: Las partes podrán incorporar al contrato los pactos y condiciones particulares que no sean contrarios a lo dispuesto en esta Ley.

3) Establecimiento de contratos-tipo: La Administración competente establecerá, con las variaciones que para cada comarca se determinen, contratos-tipo, a cuyo otorgamiento podrán compelerse recíprocamente las partes (arts. 20 y 21).

4) Otorgamiento de escritura pública: El convenio contenido en el contrato-tipo se elevará a escritura pública a instancia de cualquiera de las partes, siendo de cuenta de la que lo solicite todos los gastos que se deriven de ello (art. 23).

5) Registro: Por Real Decreto se organizará un Registro Especial de Arrendamientos Rústicos (art. 24).

6) Inventario: Antes de que el arrendatario entre en posesión de la finca, o dentro de los dos meses siguientes, las partes podrán compelerse a formalizar inventario (art. 21).

7) Prueba de las condiciones del contrato: Recae la carga de la prueba sobre quien invoque la existencia de estipulaciones que se aparten de las normas dispositivas o de las cláusulas del correspondiente contrato-tipo. Se presumirá que el arrendamiento es a renta fija, por la duración mínima legal y por el precio acostumbrado en la comarca (art. 22).

b) Duración del arrendamiento.

1) Mínima: Seis años.

2) Prórroga: Terminado el plazo contractual el arrendatario tendrá derecho a una prórroga por seis años y prórrogas sucesivas de tres años, hasta un máximo de quince años de prórroga legales.

3) Excepciones a la prórroga:

a) El arrendatario podrá rescindir el contrato al término de cada año agrícola, dando al arrendador un preaviso de seis meses.

b) El arrendador podrá oponerse a las prórrogas, comprometiéndose a cultivar directamente la finca durante seis años. La oposición deberá notificarse fehacientemente al arrendatario con una antelación mínima de un año (arts. 25 y 26).

4) Contratos de larga duración: El plazo será, al menos, de dieciocho años, prorrogándose por tres años sucesivamente si el arrendador no recaba la finca. Este contrato deberá constar por escrito y reconocer al arrendatario la facultad de hacer libremente mejoras útiles (art. 28).

D) Efectos del contrato de arrendamiento. La regulación de la Ley es, en este punto, fragmentaria, limitándose a los aspectos que se indican a continuación.

1. Gastos y mejoras.

a) Reglas generales:

— Arrendador y arrendatario están obligados a permitir las obras o mejoras que deba o pueda hacer la otra parte.

— Las obras o mejoras deberán hacerse en la época y circunstancias que menos perturben, salvo que no puedan diferirse.

— Al arrendador incumbe, ordinariamente, realizar las obras, mejoras o inversiones que deban recaer sobre la finca.

— Incumben al arrendatario las demás inversiones o mejoras impuestas al empresario agrario.

— Se presume que las mejoras en la tierra han sido hechas por el arrendatario (arts. 47 a 51).

b) Gastos necesarios:

1) Obligación del arrendador: Debe realizar las obras y reparaciones necesarias con el fin de conservar la finca en estado de servir para el aprovechamiento o explotación a que se destina, sin derecho a elevar por ello la renta (art. 52).

2) Efectos del incumplimiento: El arrendatario podrá optar por compelele judicialmente, resolver el contrato, obtener una reducción de la renta o realizar por sí las obras, con derecho a reintegrarse de su coste, previo informe del IRYDA (art. 54).

3) Excepción: Cuando los daños hayan sido causados por fuerza mayor, no sean indemnizados y la repercusión tenga un coste superior a una anualidad de renta (art. 53).

4) Reparaciones urgentes: Podrá realizarlas el arrendatario, con derecho a reintegrarse de su coste si son aprobadas por el IRYDA (art. 55).

5) Daños dolosos o negligentes causados por el arrendatario: Las obras de reparación serán de su cargo, sin perjuicio de la posible resolución del contrato a instancia del arrendador (art. 56).

c) Mejoras (arts. 57 a 69).

1) Conceptos:

— Mejoras útiles son las obras incorporadas a la finca que aumenten, de modo duradero, su producción, rentabilidad o valor agrario.

— Mejoras sociales son las que faciliten la prestación del trabajo en condiciones de mayor comodidad o dignidad o tengan por objeto la promoción de los trabajadores.

2) Realización por el arrendador: Podrá hacerlas previa autorización del IRYDA, oído el arrendatario, siempre que no menoscaben el rendimiento o uso agrícola de la finca.

3) Efectos: Sin perjuicio del derecho del arrendatario a la reducción de la renta mientras duren las obras, su realización faculta al arrendador para elevar la renta. La nueva renta de la finca mejorada se entiende aceptada por el arrendatario si no comunica otra cosa en el plazo de tres meses desde su notificación por el arrendador. En este plazo el arrendatario podrá optar por continuar, cesar o restringir el arrendamiento.

4) Realización por el arrendatario: Exige la previa aprobación del plan de mejoras por el arrendador o por el IRYDA, en caso de oposición.

5) Efectos:

a) Limitación de pactos. Las partes no podrán pactar en el contrato que el arrendador recupere la finca con sus mejoras sin indemnización ni modificar los derechos del arrendatario en esta materia.

b) Compensación al arrendatario. Al terminar el arrendamiento, el arrendatario podrá optar entre retirar las mejoras realizadas por él o exigir al arrendador el abono del mayor valor experimentado por causa de las mejoras o del coste actual que supondría realizar éstas.

c) Carácter privilegiado del crédito. El arrendatario tendrá los privilegios y garantías del acreedor refraccionario.

d) Compensación del arrendador. El arrendatario resarcirá al arrendador la elevación de la contribución u otros gastos que ocasione la realización de las mejoras por aquél.

e) Mejoras suntuarias. El arrendatario podrá llevarse los adornos con que hubiera embellecido la finca, si ésta no sufriera deterioro.

6) Especialidad de las mejoras que suponen transformación de la finca: Si no las realiza el arrendador, podrá acometerlas el arrendatario previa autorización del IRYDA, suspendiéndose durante nueve años la facultad del arrendador para recuperar la finca (art. 61).

2. Sustitución en la posición de las partes contratantes (arts. 70 a 74).

a) Prohibición de subarriendos y cesiones: Son nulos los subarriendos o cesiones, totales o parciales, de los derechos del arrendatario y serán, además, causa de desahucio.

b) Excepciones: Se autorizan los subarriendos en circunstancias extraordinarias, los de temporada de viviendas integradas en la finca, los pactados con parientes del arrendatario y las cesiones a organismos públicos y entidades consideradas como profesionales de la agricultura. En estos casos es requisito previo la notificación fehaciente de la cesión o subarriendo al arrendador.

c) Subrogación:

— El arrendatario podrá subrogar en el contrato a su cónyuge o descendiente que sean profesionales de la agricultura y, en su caso, cultivador personal.

— El adquirente de la finca queda subrogado en la posición del arrendador.

d) Sucesión (arts. 79 a 81).

a) Disposición por el arrendatario: El arrendatario podrá conceder por escrito al descendiente subarrendatario el derecho de sucederle en el arrendamiento (art. 71 letra d).

b') Orden de preferencia: A falta de disposición, la sucesión en el arrendamiento se ajustará al siguiente orden:

1.º Legitimario o cooperador de hecho en el cultivo que designe el arrendatario en su testamento.

2.º Cónyuge supérstite no separado legalmente o de hecho.

3.º Heredero o legatario que fuese subarrendatario o cooperador de hecho.

4.º Restantes herederos.

c') Exigencia general: El sucesor habrá de ser profesional de la agricultura.

d') Solución de casos de concurrencia: Sucederá en el arrendamiento quien elijan por mayoría los que tengan derecho a continuar en el arrendamiento.

e') Exclusión de valoración: La relación arrendaticia no podrá ser objeto de valoración en la sucesión del arrendatario, sin perjuicio de computar los créditos y deudas pendientes.

3. Acceso del arrendatario a la propiedad de la finca.

a) Limitación general: Ejercitado el derecho de acceso, el arrendatario no podrá enajenar, arrendar o ceder en aparcería la finca hasta que transcurran seis años, salvo en favor del IRYDA. Si hipoteca la finca, la acción del acreedor no podrá tener efectividad mientras no transcurra dicho plazo.

b) Tanteo, retracto o adquisición preferente (arts. 86 a 97): Podrán ejercitarse por el arrendatario en toda enajenación «inter vivos» de fincas rústicas arrendadas, su nuda propiedad, una porción determinada o una participación indivisa de las mismas.

a') Requisitos formales comunes: El arrendador notificará fehacientemente al arrendatario su propósito de enajenar, indicando las condiciones de la operación.

El arrendatario podrá ejercitar su derecho en el plazo de sesenta días hábiles. En defecto de notificación podrá ejercitar el retracto durante sesenta días hábiles desde que haya tenido conocimiento de la transmisión.

b') Particularidades del derecho de adquisición preferente: Podrá ejercitarse en caso de donación, aportación a Sociedad, permuta, adjudicación en pago u otros contratos distintos de la compraventa.

El valor de la finca se determinará, en su caso, en vía civil, con arreglo a las normas de valoración contenidas en la legislación de expropiación forzosa.

c') Exclusión de estos derechos: No procederán en las transmisiones gratuitas cuando el adquirente sea descendiente, ascendiente o cónyuge del arrendador, en las permutas hechas para agregar fincas rústicas, siendo inferiores a 10 hectáreas de secano o una hectárea de regadío las que se permuten y cuando el arrendatario sea propietario de más de 20 hectáreas de regadío o 200 hectáreas de secano.

d') Carácter preferente: Los derechos referidos serán preferentes a cualquier otro de adquisición, salvo el retracto de colindantes cuando no excedan de una hectárea las fincas retraída y colindante.

e') Requisito de las escrituras públicas de enajenación: La transmisión no podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad sin hacerse constar en

la escritura la declaración del transmitente sobre si la finca se encuentra o no arrendada y sobre si hizo uso, en los seis años anteriores, del derecho arrendaticio de acceso a la propiedad. El fedatario no autorizará la escritura de transmisión de una finca arrendada sin que se le acredite fehacientemente la práctica de su notificación al arrendatario. En todo caso la escritura de enajenación se notificará fehacientemente al arrendatario, lo cual deberá justificarse para lograr inscribir los títulos de adquisición en el Registro de la Propiedad.

c) Adquisición forzosa (arts. 98 y 99).

a') Arrendamientos anteriores al Código Civil. El arrendatario actual podrá acceder a la propiedad de la finca pagando al arrendador el precio determinado en vía civil con arreglo a las normas de valoración de la legislación de expropiación forzosa.

b') Censos enfitéuticos. Se aplicará las normas de su redención.

c') Arrendamientos anteriores a 1 de agosto de 1942. El arrendatario tendrá derecho a adquirir la propiedad de la finca cuando la renta no exceda de la cantidad de 40 Qm. de trigo y la finca venga siendo cultivada personalmente por él mismo.

Finalizada la prórroga legal en curso a la entrada en vigor de esta ley, el arrendador podrá recuperar la finca para cultivarla personalmente durante seis años.

Si el arrendador no ejercita su derecho, el arrendatario podrá adquirir la propiedad en el plazo de un año, pagando el justo precio de la finca, determinado en vía civil y obligándose a cultivarla personalmente durante seis años como mínimo.

La falta de ejercicio de estos derechos produce la sumisión del arrendamiento, por el tiempo de las prórrogas legales, al régimen normal de esta Ley.

E) Terminación del arrendamiento.

Además de la extinción de la relación arrendaticia que pueda producirse con arreglo a los preceptos de la Ley ya examinados, deben señalarse los siguientes supuestos:

1. Resolución del contrato a instancia del arrendador. La ley distingue dos tipos de causas para ello.

a) Causas generales: Fundadas, salvo la última, en la infracción por el arrendatario de sus obligaciones contractuales.

— Falta de pago de la renta.

— Incumplimiento grave de obligaciones de mejora o transformación de la finca.

— Falta de explotación o realizar ésta inadecuadamente.

— Subarrendar, ceder o subrogar.

— Causar graves daños, dolosos o negligentes, a la finca.

— Iniciación de trabajos de repoblación forestal o intensificación del aprovechamiento del arbolado.

b) Causas de interés social:

— Perder el arrendatario su condición de profesional de la agricultura.

— Superar el arrendatario los límites superficiales establecidos para las fincas de su titularidad.

— Infracción de normas vigentes sobre mejoras o cultivos.

— Las determinadas por las leyes especiales (arts. 75 a 77).

2. Resolución a instancia del propietario no arrendador. Se producirá cuando se resuelva el derecho del arrendador sobre la finca arrendada (artículo 78).

3. Pérdida de la finca (art. 82).

4. Desahucio. Podrá ser instado por el arrendador fundándose en las siguientes causas:

a) Expiración del período contractual si el arrendatario ha renunciado a la prórroga.

b) Expiración de las prórrogas legales salvo que exista tácita reconducción.

c) Expiración del período de tácita reconducción (art. 83).

d) Sobrevenir alguna de las circunstancias excluyentes de la aplicación de esta Ley por el destino de las fincas arrendadas (art. 7). En este caso deberán ser abonadas al arrendatario las indemnizaciones fijadas por la Ley.

5. Expropiación del derecho del arrendatario. Se detallan los conceptos que debe comprender la indemnización o precio por la expropiación. Incluso el arrendatario tiene derecho a participar en la plusvalía resultante del cambio de la clasificación urbanística de los terrenos (art. 100).

III. APARCERIAS.

A) Delimitación del concepto.

1. En general: Por el contrato de aparcería el titular de una finca rústica cede temporalmente para su explotación agraria el uso y disfrute de aquélla o de alguno de sus aprovechamientos, aportando al mismo tiempo un 25 por 100, como mínimo, del valor total del ganado, maquinaria y capital circulante, y conviniendo con el cesionario en repartirse los productos por partes alícuotas, en proporción a sus respectivas aportaciones (art. 102).

2. Extensión de su ámbito: No pierden su naturaleza estos contratos, aunque reciban de las partes distinta denominación o incluyan, además de las tierras, edificios, construcciones o instalaciones.

3. Exclusión: Cuando simplemente se ceda la tierra a cambio de una participación en los productos que se obtengan, el contrato se considerará como de arrendamiento parciario. Este contrato se regirá por las normas

relativas al arrendamiento, salvo las especialidades previstas en la Ley sobre el régimen de las mejoras, seguro, resolución del contrato y conversión en arrendamiento ordinario (art. 101).

B) Naturaleza de la Ley especial: Resulta de dos preceptos:

1. Las disposiciones de este título se aplicarán en defecto de pacto expreso, normas forales o de derecho especial y de costumbre. Las normas sobre arrendamientos rústicos serán supletorias, siempre que no resulten contrarias a la naturaleza de la aparcería.

2. Los beneficios que concede la Ley al aparcerero serán irrenunciables, salvo que la renuncia se haga una vez que puedan ser ejercitados y en documento público.

C) Elementos del contrato de aparcería.

1. Aportaciones de las partes: Su valor o los criterios para fijarlo han de señalarse en el contrato. Si sólo consta la participación en los productos, se presumirá que el valor de las aportaciones coincide con ella.

2. Aportación de trabajo personal: Cuando el aparcerero aporte sólo su trabajo personal o menos del 10 por 100 del valor total del ganado, maquinaria y capital circulante, deberá serle garantizado el salario mínimo correspondiente y cumplirse la legislación laboral y de seguridad social.

3. Forma del contrato: Deberá ser la escrita.

4. Duración:

a) Regla general: El plazo mínimo será el necesario para completar una rotación o ciclo de cultivo, prorrogándose por otra rotación, sucesivamente, mientras falte el preaviso al aparcerero con un año de antelación.

b) Aportación por el cedente de tierra preparada y labrada: Cuando se destine a un cultivo estacional e inferior a un año, la duración del contrato será la del cultivo.

D) Efectos del contrato de aparcería.

1. Separación del contrato de trabajo: Se presumirá, salvo pacto en contrario, que la aparcería no comprende relación laboral entre cedente y cesionario (art. 102 p. 2).

2. Determinación del cultivo: En defecto de pacto se seguirá el sistema y método de cultivo usual en la localidad o comarca.

3. Liquidación de los frutos: Se practicarán con sujeción a lo pactado, a la costumbre o, en su defecto, anualmente o al terminar la recolección, presumiéndose realizadas las anteriores.

4. Condición de los frutos: Se consideran comunes de las partes y no pueden ser adjudicados a sus acreedores sin estar hecha su liquidación.

5. Anticipos: Los créditos por anticipos del cedente al aparcerero se incluyen, a efectos de prelación, en el art. 1.922 núm. 6 del Código Civil.

Se prohíben los anticipos del aparcerero al cedente a cuenta de la cosecha futura.

6. Distribución de cargas: Serán de cargo del cedente los gravámenes que recaigan sobre la propiedad de la finca; los que graven los productos serán de cuenta de cedente y aparcerero.

Ambos contratantes contribuirán a los seguros concertados por cualquiera de ellos.

7. Revisión de la proporción de distribución de los productos: Podrá solicitarse en los casos de infracción legal, dolo o mala fe y de lesión superior al 15 por 100 de lo correspondiente a cada parte según sus respectivas aportaciones (art. 115).

8. Sustitución del aparcerero: En caso de muerte o invalidez del aparcerero asumirán la aparcería los familiares que viniesen cooperando en la explotación (art. 117 p. 2).

Será nula la cesión del uso o disfrute de la finca, de sus aprovechamientos principales o del contrato de aparcería (art. 104).

E) Terminación de la aparcería.

1. Causas de extinción: a) terminación del plazo; b) incumplimiento grave de las obligaciones del aparcerero; c) falta de entrega al cedente de los productos que le correspondan; d) deslealtad o fraude del aparcerero en la distribución de los frutos o de los gastos necesarios; e) otras causas que resulten del contrato o de los usos y costumbres locales, y f) las demás que provocan la extinción del arrendamiento.

2. Conversión en arrendamiento.

a) Casos en que procede: A opción del aparcerero, cuando concluya el plazo de duración de la aparcería (arts. 109 y 110), concurra alguna de las causas de terminación previstas en el contrato o por los usos y costumbres locales (art. 117), o se transmita la finca cedida (art. 118). A opción del cedente en caso de muerte o invalidez del aparcerero (art. 117 p. 2).

b) Requisitos: El aparcerero deberá reunir las condiciones exigidas por la Ley al arrendatario. La fijación del terreno arrendado y de la renta, a falta de acuerdo, se hará por el IRYDA o, en último término, por el Juez. La duración mínima del arrendamiento será de seis años.

El régimen especial de los procesos en esta materia, contenido en el título III de la Ley, se reseña en la parte IV de la presente Información Legislativa.

B) Observaciones.

1. La reseña precedente evidencia la gran cantidad de innovaciones que introduce la Ley respecto al régimen anteriormente vigente. Sin pretender hacer una relación de tales novedades y menos de su alcance, pueden destacarse algunos aspectos notables de la nueva Ley.

Llama la atención el contenido de la disposición adicional primera, relativa a la aplicación territorial de la nueva normativa, pues evidentemente contrasta con su carácter imperativo y con la aplicación general de la Ley derogada de 1935.

Los propios términos de la disposición obligan a tener en cuenta el ámbito permitido a los Derechos forales por el artículo 149 p. 1 núm. 8 de la Constitución y su posible elaboración futura por las Comunidades Autónomas. El problema básico surge al considerar la aplicación general en todo el territorio nacional de la legislación derogada (Cfr. art. 1 Reglamento de 29 abril 1959), que pareció acarrear la imposibilidad de que perdurasen normas forales sobre los arrendamientos rústicos. Ante esta situación resulta difícil admitir que puedan encontrarse «territorios del Estado donde existan normas peculiares al respecto», a los que se refiere la disposición adicional.

Tratándose de aparcerías la nueva Ley dispone expresamente la preferente aplicación de las normas forales y de la costumbre (art. 106), pero, al deber tenerse en cuenta la irrenunciabilidad de los beneficios concedidos al aparcerero (art. 105), el régimen resultante no difiere sustancialmente del anterior (Cfr. art. 44 del Reglamento de 1959).

2. La exigencia de que los arrendatarios sean profesionales de la agricultura constituye un sustancial cambio en el régimen legal. Con ello los arrendamientos rústicos se singularizan no sólo por su objeto, sino también por un criterio subjetivo, lo cual parece tender a configurar el Derecho agrario como un derecho estatutario.

3. A lo largo de todo el texto legal se pone de manifiesto la constante intervención administrativa sobre los arrendamientos rústicos. Esta intervención se producirá, en ocasiones, con la entrada de algún organismo administrativo en la posición de arrendatario. Mayor interés ofrece la remisión de buen número de las controversias que puedan surgir entre arrendador y arrendatario al previo informe o a la autorización del IRYDA. Por supuesto que esto no supone una sustitución de la actuación judicial, pero sí da lugar a que la Administración desempeñe una auténtica función arbitral, dirimiendo conflictos entre particulares (arts. 17, 50, 54, 55, 58, 59, 60 y 61).

También reviste singular interés el control administrativo sobre los elementos del contrato, que resulta del establecimiento de contratos tipo (artículo 20), de la determinación del índice anual de precios (art. 38) o de la organización del Registro Especial de Arrendamientos Rústicos (artículo 24). Queda así puesta de manifiesto la cada vez mayor participación administrativa en el desarrollo y aplicación del Derecho agrario.

En conexión con este tema debe advertirse que ha desaparecido, en el nuevo régimen, la posición de beneficio en que se colocaban los entes públicos arrendadores según la anterior legislación (art. 15 del Reglamento de 1959). Actualmente, pues, les será aplicable el régimen ordinario.

4. En anterior «Información» fue reseñado el Real Decreto-Ley 14/1980, de 10 octubre (ADC, XXXIV, fasc. 1), que prorrogó los arrendamientos rústicos que señalaba hasta la entrada en vigor de la nueva Ley. Actualmente el régimen de estos contratos será el resultante de las disposiciones transitorias del nuevo texto legal.

II. DERECHO REGISTRAL

3. Entidades Religiosas

Se regula su Registro administrativo, de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de la libertad religiosa, de 5 julio 1980. Real Decreto 9 enero 1981 («B.O.E.» del 31).

A) Exposición.

1. Derecho transitorio: Las inscripciones practicadas en los Registros establecidos por el Decreto de 12 marzo 1959 y la Ley de 28 junio 1967 se trasladarán de oficio al Registro de Entidades Religiosas.

Las Entidades religiosas con personalidad jurídica no inscritas en ningún Registro del Estado podrán solicitar su inscripción en cualquier momento.

2. Organización del Registro: Radicará en el Ministerio de Justicia, con carácter de Registro General y Público.

3. Objeto de las inscripciones del Registro: Se inscribirán las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas; las Ordenes, Congregaciones e Institutos religiosos; las Entidades asociativas religiosas y sus respectivas Federaciones.

4. Requisitos de las inscripciones: Se practicarán a petición de la Entidad, con aportación de testimonio literal del documento de creación o del documento notarial de fundación o establecimiento en España.

5. Cancelación de los asientos: Sólo podrá llevarse a cabo a petición de los representantes de la Entidad religiosa o en cumplimiento de sentencia judicial firme.

6. Resolución de los expedientes: Corresponde al ministro de Justicia, que agotará la vía administrativa, pudiendo los interesados ejercitar las acciones previstas en la Ley Orgánica.

B) Observaciones.

El artículo 4 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa difiere la tutela de este derecho fundamental (art. 16 de la Constitución) al amparo judicial, ante los Tribunales ordinarios, y al amparo constitucional, ante el Tribunal de este orden. Concretamente, en relación con el Registro de Entidades religiosas y las resoluciones administrativas correspondientes, la tutela jurisdiccional ordinaria se ajustará a lo dispuesto en la sección 2.ª de la Ley de 26 de diciembre de 1978, sobre garantía contencioso-administrativa.

4. Honorarios de notarios y registradores de la propiedad

Se dictan reglas para la aplicación de los Aranceles en relación con las Viviendas de Protección Oficial.

Resoluciones-Circulares de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 24 de febrero 1981 («B.O.E.» del 3 de marzo).

El Real Decreto-Ley 15/1979, de 21 septiembre, y la Ley 41/1980, de 5 julio, establecieron un régimen especial reducido para los honorarios de Notarios y Registradores de la Propiedad correspondientes a operaciones referentes a Viviendas de Protección Oficial. Los múltiples problemas originados en su aplicación son resueltos de forma general en las dos Circulares de referencia. Coincidiendo casi en su totalidad el contenido de ambas Circulares, se indican a continuación las reglas comunes y al final las especiales, dirigidas sólo a los Registradores de la Propiedad.

A) Exposición.

1. Reglas comunes a Notarios y Registradores de la Propiedad.

a) Determinación de la base: Debe realizarse por medios objetivos llegando a coincidir, salvo casos muy excepcionales, con el precio máximo de venta.

Cuando se trate del concepto declaración de obra nueva, se ha de deducir del valor total del edificio el correspondiente al solar.

b) Significado de la Ley 41/1980: Es una disposición complementaria e interpretativa del Real Decreto-Ley 15/1979.

c) Régimen de las Viviendas calificadas definitivamente con anterioridad a 1 octubre 1979: No les son aplicables las reducciones previstas en el Real Decreto-Ley 15/1979.

d) Aplicación de las reducciones a Viviendas sociales: Es preciso que sea posterior a 1 octubre 1979 la diligencia acreditativa del final de la obra.

e) Viviendas protegidas a las que son aplicables las reducciones: A toda clase de Viviendas de Protección Oficial.

f) Régimen de los préstamos hipotecarios: La reducción sólo será aplicable cuando la inscripción de la hipoteca sea requisito imprescindible para la primera transmisión de las viviendas.

g) Régimen de las Viviendas protegidas de más de 90 metros cuadrados: Son aplicables en su primera transmisión las reducciones establecidas, pero no los topes de cuantía de los honorarios.

2. Reglas específicas para Registradores de la Propiedad.

a) Inscripciones posteriores a 1 de octubre de 1979 causadas por escrituras anteriores a tal fecha: No gozan de reducción.

b) Expedición de certificaciones registrales: No se encuentra amparada por la reducción.

B) Observaciones.

Llama la atención que se califique a la Ley 41/1980 de disposición «complementaria e interpretativa» y de «interpretación auténtica» del Real Decreto-Ley 15/1979. Parece evidente que los términos han sido mal utilizados porque:

1.º La Ley deroga expresamente al Real Decreto-Ley anterior; viene a sustituirlo, no a complementarlo, y

2.º Además de estar dictada por un órgano estatal distinto (Cortes Generales, no el Gobierno), su finalidad no es precisar el sentido de la norma anterior, sino excluir su aplicación.

A pesar de todo, la afirmación de la Circular encierra un criterio acertado: dada la identidad de finalidad de ambas disposiciones, las cuestiones que suscite la aplicación de una de ellas pueden resolverse teniendo en cuenta la regulación más detallada que contenga la otra (en definitiva, aplicación del art. 4 p. 1 del Código Civil). La situación planteada por la sucesión de las dos disposiciones a que nos referimos es característica de los casos en que los Decretos-Leyes son objeto de tramitación parlamentaria como proyectos de ley. Problemas similares surgen del Real Decreto-Ley 12/1979, de 3 agosto y la posterior Ley 28/1980, de 10 de junio, sobre reconocimiento de tiempos de servicios prestados por funcionarios públicos.

IV. DERECHO PROCESAL

5. Ejecución de sentencias.

Se completa la Ley de Enjuiciamiento Civil estableciéndose la obligación de abonar intereses de demora. Ley 77/1980, de 26 diciembre («B.O.E.» del 10 de enero 1981).

A) Exposición.

Incluye en la Ley de Enjuiciamiento Civil un nuevo artículo, 921 bis, cuyo contenido se expone a continuación.

1. Ambito de aplicación: Será aplicable a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida, salvo las especialidades previstas para la Hacienda Pública por la Ley General Presupuestaria.

2. Régimen jurídico: Cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengará, desde que aquélla fuere dictada hasta que sea totalmente ejecutada, en favor del acreedor, el interés básico o de descuento fijado por el Banco de España, incrementando en dos puntos, salvo que interpuesto recurso fuera revocada totalmente. En los casos de revocación parcial el Tribunal resolverá con arreglo a su prudente arbitrio.

B) Observaciones.

1. No caben dudas sobre la procedencia, incluso necesidad, de la nueva disposición. Sin embargo, puede surgir alguna reserva sobre su forma y contenido. En cuanto al primer punto, parece reprochable la introducción de un artículo bis, sobre todo porque habría sido perfectamente posible adicionar su contenido al artículo 921. Por otra parte, el nuevo precepto resulta tímido en la fijación del tipo para el interés de demora, pues el incremento de dos puntos sobre el básico del Banco de España no alcanza el interés normal del dinero en el mercado. Debe recordarse que desde la Orden de 23 julio 1976 el interés básico del Banco de España se encuentra fijado en el 8 por 100 anual.

2. El ámbito de aplicación del precepto excede al de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, con la salvedad expresa del régimen propio de la Hacienda Pública. A este respecto el art. 45 de la Ley General Presupuestaria, de 4 enero 1977, estableció tres limitaciones:

- a) Transcurso de un plazo de tres meses sin devengo de intereses.
- b) Necesidad de que el acreedor reclame por escrito el cumplimiento.
- c) Abono del interés básico del Banco de España, sin incremento alguno.

6. Separación conyugal.

Regulación de los procesos para su declaración. Ley 78/1980, de 26 diciembre («B.O.E.» del 10 enero 1981).

A) Exposición.

1. *Ámbito de aplicación:*

a) Material. Se regula la sustanciación de los procesos de separación conyugal, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio.

b) Temporal. La ley será de aplicación a los procesos iniciados a partir de la vigencia del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, derogando el Real Decreto-Ley 22/1979, de 29 diciembre.

c) Vigencia. Esta Ley entró en vigor el día siguiente a su publicación en el «B.O.E.».

2. *Régimen jurídico de los procesos de separación conyugal:*

a) Medidas provisionales. Se adoptarán, en pieza separada, por el mismo Juzgado al que corresponda conocer de la causa principal (art. 4), manteniéndose en vigor hasta que se haya proveído a la ejecución de la sentencia, en resolución definitiva, y, en su caso, a la reclamación de alimentos (art. 3).

b) Regla general: Los procesos de separación conyugal se sustanciarán por los Jueces de Primera Instancia, con arreglo a las normas establecidas en la LEC para los incidentes (art. 1).

c) Reglas especiales.

— No tendrá intervención en estos procesos el Ministerio Fiscal, a menos que existan menores, ausentes o incapacitados.

— El período común para la proposición y práctica de prueba será de treinta días.

— Si el demandado reconviniese se dará traslado de su escrito al actor para que conteste dentro del plazo de seis días.

— No será de aplicación lo dispuesto en el artículo 660 apartados 1, 2, 3 y 5 de la LEC.

B) Observaciones:

La Ley introduce algunas precisiones en el régimen establecido por el Real Decreto-Ley 22/1979 de 29 de diciembre, dictado como consecuencia del

Acuerdo de 3 enero 1979 (ratificado por Instrumento de 4 diciembre) sobre asuntos jurídicos celebrado entre la Santa Sede y el Estado español (véase su art. VI relativo al matrimonio).

Dos aspectos del texto legal requieren ser mencionados:

a) La referencia a la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos, que debe entenderse necesaria cuando estén interesados o resulten afectados por ellos, menores, ausentes o incapacitados.

b) De las tachas de los testigos enumeradas por el art. 660 de la LEC, sólo se mantiene en estos procesos la de «haber sido el testigo condenado por falso testimonio» (núm. 4), excluyéndose las de parentesco, dependencia, interés y amistad. Este proceder se funda, sin duda, en el designio de permitir al Juez conocer la mayor cantidad posible de datos sobre las relaciones conyugales, pero exige igualmente realizar una cuidadosa ponderación de los varios testimonios, atendiendo a las circunstancias de cada testigo.

7. Arrendamientos rústicos y aparcerías.

El régimen de los procesos en esta materia se contiene en el título III de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 83/1980, de 31 diciembre («B.O.E.» del 30 enero 1981).

Habiéndose reseñado en la parte I de esta «Información» el régimen sustantivo de la Ley de Arrendamientos Rústicos, se detalla a continuación el contenido de su título III, cuya rúbrica es: «Jurisdicción en materia de arrendamientos rústicos y aparcerías».

A) Exposición.

1. Reglas generales.

a) Garantía jurisdiccional: El conocimiento y resolución de los litigios que puedan suscitarse al amparo de esta Ley corresponderá a los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria.

El planteamiento de la cuestión en vía civil es un derecho que asiste a los interesados a pesar de las atribuciones asignadas a organismos administrativos por la Ley (art. 121).

b) Normas supletorias: Regirán en este concepto la Ley de Enjuiciamiento Civil y las orgánicas de los Tribunales (art. 137).

2. Las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos.

a) Funciones: Intervendrán de oficio o a instancia de parte para intentar la avenencia en las cuestiones relacionadas con la aplicación de esta Ley.

b) Composición: Las Juntas Arbitrales serán de ámbito comarcal, estando integradas por un Presidente, designado por la Administración de Agricultura entre sus funcionarios, y seis vocales, elegidos paritariamente entre arrendadores y arrendatarios dentro de las Cámaras Agrarias.

c) Competencia: Será competente la Junta de la comarca en que se encuentre la finca a que se refiera la cuestión.

d) Supuestos de intervención necesaria de la Junta:

— El intento de avenencia previo será preceptivo para incoar procedimientos relativos a la fijación de la renta, denegación de prórroga, realización de obras por el arrendador, abono de mejoras, adquisición forzosa de la propiedad, conversión de la aparcería en arrendamiento y liquidación de frutos en aparcerías.

— La decisión previa de la Junta, con carácter ejecutivo, será necesaria para entablar contienda judicial sobre: determinación del importe de la renta, fijación de nueva renta o de nueva participación del arrendatario por razón de mejoras, valoración de aportaciones y participaciones de los aparceros y preferencia de los derechos de adquisición preferente de los arrendatarios.

e) Excepción: En casos de urgencia o de establecerse plazos perentorios el Juez podrá acordar que se cumplimente la intervención de la Junta o el informe del IRYDA, en su caso, antes de dar trámite a la demanda.

3. Requisitos generales de los procesos en esta materia.

a) Competencia del órgano jurisdiccional. Criterios.

1) Territorial: Será competente, en todo caso, el Juzgado que corresponda al lugar en que se halle la finca o su parte principal (art. 123).

2) Funcional: Los Jueces de Distrito conocerán del juicio de desahucio por falta de pago de la renta y, en general, de los fundados en esta Ley cuando su cuantía no sobrepase las 50.000 pesetas.

— Los Jueces de Primera Instancia conocerán de los juicios de retracto, de los que tengan por objeto lograr anotación preventiva en garantía de créditos del arrendatario y, en general, de aquellos cuya cuantía exceda de 50.000 pesetas (art. 127).

b) Representación y defensa de las partes: Deberán valerse de Abogado y Procurador si no intervienen por sí, en los casos autorizados por la Ley.

c) Cuantía litigiosa: En general será para los arrendamientos la renta anual y para las aparcerías el valor de la aportación del litigante, salvo que se trate de una reclamación concreta.

4. Reglas generales relativas a procesos fundados en esta Ley.

a) Acumulación de acciones: Podrá realizarse cuando el demandado sea el mismo o arrendatarios o aparceros de la misma finca.

b) Incidentes, excepciones y reposición: Serán resueltos necesariamente en la sentencia que recaiga sobre la cuestión principal.

c) Procedimiento: Se aplicarán las normas del juicio de cognición, salvo las especialidades que la Ley establece.

d) Diligencias para mejor proveer: Pueden adoptarse libremente por el Juez, que dictará sentencia dentro de cinco días.

e) Congruencia: Sometida la revisión de la renta al Juez, éste podrá

aumentarla, reducirla o establecer cláusula de actualización, aunque no sea solicitado por las partes.

f) Recursos.

1) Sentencias de los Jueces de Distrito: Serán apelables ante las Audiencias Provinciales, conforme a la Ley de 20 junio 1968.

2) Resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia: Serán apelables ante la Audiencia Territorial en el plazo de diez días.

3) Resoluciones de las Audiencias Territoriales: Podrá entablarse recurso de casación ante la Sala 1.^a del Tribunal Supremo cuando la cuantía no sea inferior a 200.000 ptas.

El recurso de casación se preparará ante la Audiencia en el plazo de diez días y se interpondrá ante el Tribunal Supremo en el de quince días, concedidos por la Sala.

Los motivos del recurso podrán ser solamente:

— Incompetencia de jurisdicción.

— Quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, cuando hubiere producido indefensión.

— Infracción de Ley.

— Manifiesto error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas, siempre que este último resulte acreditado por la prueba documental o pericial obrante en autos.

g) Costas: En primera instancia se aplicará el criterio del vencimiento. En vía de recurso se atenderá a la temeridad que se aprecie o no en el recurrente. Cuando la resolución judicial confirme los criterios del IRYDA o de la Junta Arbitral se impondrá de oficio las costas al vencido.

h) Beneficios: Estos procesos serán de tramitación preferente y, en ocasiones, podrá sustanciarse el litigio para que la resolución judicial surta efecto para el futuro.

5. Procesos especiales.

a) Desahucio: Sólo podrá fundarse en la falta de pago de la renta o cantidades asimiladas. El arrendatario podrá enervar la acción o rehabilitar el contrato evitando el lanzamiento, si paga al actor o pone a su disposición las cantidades que la Ley señala. Este beneficio no podrá utilizarse tres veces o dos consecutivas por el arrendatario (art. 128).

b) Retracto: Será aplicable el procedimiento regulado en la LEC.

c) Embargo de bienes, intervención de cosechas y aseguramiento de bienes, pecuarios o agrícolas, litigiosos: Se ajustarán a la LEC.

d) Procesos sobre la cuantía de la renta: El arrendatario deberá consignar ante el Juzgado la renta pactada, de la cual podrá disponer el arrendador, así como los plazos que venzan durante la tramitación del pleito (art. 136).

B) Observaciones.

1. De las numerosas novedades introducidas por la nueva ley en el régimen procesal de los arrendamientos rústicos tal vez la más llamativa

sea la creación de las llamadas Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos.

Parece evidente que la finalidad de estas Juntas es servir de filtro y limitar el planteamiento de conflictos ante los órganos judiciales. Su labor se realizará intentando conciliar las posiciones de los interesados, en unos casos, o decidiendo previamente la cuestión litigiosa, en otros. Sin embargo, no resulta claramente de la Ley la eficacia de las actuaciones de la Junta. Cuando se trate de un acto de avenencia en el que se haya llegado a un acuerdo por las partes, es preciso entender aplicable un criterio análogo al recogido en el artículo 476 párrafo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, lo convenido tendrá el valor y eficacia de convenio en documento público y solemne. Las decisiones previas de la Junta, según la Ley, tendrán carácter ejecutivo, pero a esta declaración no puede asignársele más efectos que incluir tales decisiones entre los títulos que llevan aparejada ejecución del artículo 1.429 de la Ley Procesal.

En la base de los problemas que pueden plantearse está la dudosa naturaleza de la Junta. A pesar de su composición paritaria ha de tenerse en cuenta que sus miembros proceden de las Cámaras Agrarias, ejemplo característico de Administraciones Corporativas y que su presidente debe ser un funcionario de la Administración competente. Por ello el criterio más seguro debe consistir en considerarlas como órganos administrativos, a pesar de que las controversias que puedan suscitarse en vía jurisdiccional corresponda resolverlas a los Tribunales civiles. Por otra parte esta remisión a la vía civil no puede suponer una exclusión total de la jurisdicción contencioso-administrativa que conocerá de las cuestiones jurídico-administrativas en virtud de la llamada «doctrina de los actos separables», plenamente aplicable en esta materia.

2. De las cuestiones estrictamente procesales destaca la atención prestada por la Ley a las costas, estableciéndose una sucesión de criterios para casos particulares. En realidad, la proclamación general del principio objetivo, del vencimiento, permitía haber eliminado el excesivo casuismo. Sobre todo la regla especial para los casos de intervención previa del IRYDA o de la Junta Arbitral será difícilmente aplicable al margen de aquel principio general.

3. Para el examen de las restantes especialidades procesales resulta fructífera su comparación con el capítulo IX del Reglamento de 1959, que demuestra la continuada evolución de las reglas recogidas en la legislación anterior.

V. OTRAS DISPOSICIONES

8. Régimen fiscal de las fusiones de empresas

Se regula el trato fiscal beneficiado que es aplicable a las fusiones que mejoren la estructura productiva y organizativa de las empresas, en bene-

ficio de la economía nacional. Ley 76/1980, de 26 diciembre («B.O.E.» 10 enero 1981).

La Ley detalla una serie de bonificaciones tributarias para las fusiones de empresas, tanto se refieran a sociedades como a Entidades distintas o empresarios individuales. El régimen especial afecta a los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales, Sociedades, Renta de las Personas Físicas y Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos.

Merece destacarse la regla de que «la inscripción de la escritura de fusión podrá practicarse previa justificación de que ha sido solicitada la liquidación de los impuestos correspondientes» (art. 6 p. 4). Se excluye así la aplicación, en estos casos, del artículo 42 de la Ley reguladora del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de 21 junio 1980.

También reviste interés la precisión del concepto «escisión de empresas», contrario a la fusión, que se realiza en el título III de la Ley, carente de antecedentes en nuestro Derecho. Sin perjuicio de que esta regulación tenga un ámbito material de aplicación limitado, sólo el tratamiento fiscal de las operaciones, la delimitación conceptual de la «escisión» y sus variedades (total, parcial, por absorción o por nuevas Sociedades) son perfectamente generalizables.

9. Entes preautonómicos

Se determina su régimen presupuestario y patrimonial de modo general y uniforme, en armonía con la normativa aplicable a todo el sector público. Real Decreto-Ley 16/1980, de 12 diciembre («B.O.E.» de 20 enero 1981).

De su contenido procede, en este momento, destacar los siguientes aspectos:

1. Régimen tributario: El tratamiento fiscal de los Entes Preautonómicos será el mismo que la Ley tiene establecido o establezca para el Estado (art. 1, b).

2. Responsabilidad patrimonial: La responsabilidad de los Entes Preautonómicos procederá y se exigirá en los mismos términos y casos que establece la legislación reguladora del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, la de Expropiación Forzosa y la General Presupuestaria (artículo 12).

3. Régimen de los bienes: Las cesiones de bienes y derechos estatales que sean precisos para el funcionamiento de los servicios transferidos a los Entes Preautonómicos se someterán al régimen establecido en la Ley del Patrimonio del Estado (arts. 74 a 79, «cesiones gratuitas») (art. 13).

4. Contratos de arrendamiento de locales: Los Entes Preautonómicos se entenderán subrogados en los contratos de arrendamiento de los locales que se transfieran por el Estado, sin alteración en las condiciones de los mismos (disp. final 4.ª).

10. Contribución territorial urbana.

Regula la práctica de autoliquidación en el régimen catastral de exacción del tributo. Real Decreto 30 diciembre 1980 («B.O.E.» del 27 enero 1981).

La liquidación a cuenta e ingreso de su importe han de ser simultáneos a la declaración de alta por variaciones de orden físico (construcción, reedificación, reforma, transformación de terrenos) y en todo caso realizados en el plazo de treinta días naturales.

11. Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Se aprueba el texto refundido que lo regula. Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 diciembre. («B.O.E.» de 3 febrero 1981).

Esta disposición se dicta en cumplimiento del mandato de la Ley 32/1980, de 21 junio, reguladora del Impuesto, y viene a sustituir al anterior Texto Refundido, aprobado en 6 abril 1967.

Se mantiene la vigencia transitoria de los Reglamentos de los antiguos Impuestos de Derechos Reales y del Timbre del Estado, de 15 enero 1959 y 22 junio 1956, respectivamente, en cuanto no se opongan a la nueva regulación.

El nuevo Texto contiene una autorización expresa al Gobierno para que introduzca el régimen de autoliquidación en estos Impuestos, así como para que, esta vez el Ministro de Hacienda, acuerde el empleo obligatorio de efectos timbrados para su exacción.

Reviste especial interés la disposición transitoria tercera p. 3, que contiene las reglas de tributación de las operaciones societarias aplicables hasta que entre en vigor el Impuesto sobre el Valor Añadido, lo que supone la consiguiente falta de vigencia, por ahora, de los arts. 25 y 26 del nuevo Texto Refundido.

12. Impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Se modifica el artículo 145 de su Reglamento, fijándose nuevos plazos para la presentación de las declaraciones. Real Decreto 168/1981, de 5 febrero («B.O.E.» de 12 febrero).

El plazo general de presentación de declaraciones será el comprendido entre el 1 de marzo y el 10 de junio. Para los contribuyentes con derecho a devolución el plazo señalado es del día 10 al 30 de junio.

13. Impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Regula las obligaciones formales de los contribuyentes. Orden 16 febrero 1981 («B.O.E.» del 28 de febrero y 4 de marzo).

Se precisan los límites de renta que determinan la obligación de formular

declaración respecto al ejercicio, así como los requisitos para utilizar la declaración simplificada. Igualmente concreta los plazos de presentación de declaraciones, distinguiendo los supuestos que pueden producirse.

Para el ejercicio 1981 se aprueban los modelos de declaraciones para pagos fraccionados.

14. Gobernadores Civiles.

Se regula su Estatuto. Real Decreto 3117/1980, de 22 diciembre («B.O.E.» del 2 marzo 1981).

Se regula la situación del Gobernador Civil, «como representante permanente del Gobierno de la Nación en la provincia y eje de todos los servicios civiles periféricos en el territorio de su jurisdicción, ostentando las facultades y competencias que en este Estatuto se le confieren para el cumplimiento de los fines que la Constitución y las leyes atribuyen a la Administración Civil del Estado» (Exposición de Motivos).

Queda derogado el Estatuto de Gobernadores Civiles aprobado por Decreto de 10 octubre 1958 (disp. derogat.).

15. Impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Regula el fraccionamiento de pago del Impuesto correspondiente al ejercicio 1980 y sucesivos. Real Decreto 289/1981, de 27 febrero («B.O.E.» del 2 marzo).

Se concede la posibilidad de fraccionar el pago en dos plazos: uno, al presentar la declaración correspondiente al ejercicio, del 60 por 100 del impuesto; el otro, del 40 por 100 restante, antes del día 10 de noviembre de cada año.

Este régimen de fraccionamiento se autorizó por el Real Decreto 494/1980, de 7 marzo, para las cuotas del año 1979, aunque con fechas de pago distintas.

16. Impuesto sobre la Renta y Patrimonio de las Personas Físicas.

Real Decreto-ley 5/1981, de 13 marzo («B.O.E.» del 31).

Deja en suspenso la publicación de las bases y cuotas declaradas e ingresadas por estos Impuestos, como medida provisional, hasta que se tramite el proyecto de Ley, referente a este tema, presentado por el Gobierno a las Cortes.

En consecuencia se suspende la aplicación de los artículos 48 de la Ley 50/1977, de 14 noviembre, sobre medidas urgentes para la Reforma Fiscal y 40 de la Ley 44/1978, de 8 septiembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

NOTAS CRITICAS

VARIOS AUTORES: «Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español».
Ius Canonicum. Vol. XIX, núm. 37, enero-junio 1979, 441 págs.

La revista «Ius Canonicum», que edita la Universidad de Navarra, publica un número especialmente dedicado al análisis de los recientes acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español, en el que colaboran diversos autores. Se trata, pues, de un número especial por su unidad temática, que constituye un utilísimo instrumento de estudio de todo nuestro nuevo Derecho concordatario, y que reclama, en consecuencia, la recensión o el comentario crítico propio de un libro. Ello justifica que estas líneas se inserten en el espacio bibliográfico de nuestro ANUARIO y no en el capítulo de recensión de artículos de revistas.

Y es un libro que casi pudiéramos calificar de «manual» del nuevo Derecho concordatario español, pues las diversas ponencias que contiene—correspondientes a diversos autores—se ordenan sistemáticamente en torno al estudio de cada uno de los recientes acuerdos celebrados entre la Santa Sede y el Estado español el mismo día 3 de enero de 1979, y que entraron en vigor en España el día 4 de diciembre de 1979.

Una primera ponencia sirve a modo de introducción general de las demás: la suscribe don Juan Fornés, profesor adjunto de Derecho canónico de la Universidad de Navarra, y se titula «La revisión concordataria en España mediante los Acuerdos de 1976 y 1979». Supone, ante todo, un esfuerzo de síntesis, al trazar los principios comunes informadores de los diversos Acuerdos. Fornés sostiene la tesis fundamental de que los cinco Acuerdos, no obstante ser instrumentos jurídicos formalmente separados, independientes entre sí y relativos a temáticas distintas, se conexionan internamente por múltiples remisiones y referencias expresas, emergen de unos presupuestos comunes y constituyen, en definitiva, una unidad orgánica, un mismo cuerpo normativo, o lo que es igual, un nuevo Concordato. Serían principios informadores comunes a los diversos acuerdos, según Fornés, el de libertad religiosa, el de igualdad y no discriminación por razones religiosas, el de aconfesionalidad estatal y el de mutua colaboración Iglesia-Estado. Analiza Fornés, particularmente, el alcance de cada uno de estos principios, y en relación al de libertad religiosa plantea la interesante pregunta de si se trata o no de una variante del principio de libertad ideológica, pues una respuesta positiva o negativa podría inclinar en favor o en contra, respectivamente, del amparo de actitudes irreligiosas o ateístas. Examina Fornés, también, el contenido genérico de los acuerdos, atendiendo a un doble aspecto: la posición jurídica de la Iglesia tras la revisión concordataria y el valor que cabe reconocer al Derecho canónico. En cuanto a lo primero concluye que el Estado español, mediante la firma de los acuerdos, implícitamente reconoce la personalidad jurídica internacional de la Ciudad del Vaticano, a la vez que expresamente se compromete a respetar la inde-

pendencia y autonomía organizativa de la Iglesia. En cuanto a la eficacia en el ordenamiento estatal de las normas canónicas, en principio—según señala— la normativa canónica no tiene valor en el Derecho del Estado, a no ser que se produzca el mecanismo de remisión o el Derecho canónico actúe como presupuesto, y es claro—advierte—que, en contraste con el régimen anterior, ahora existen muchas menos remisiones al Derecho canónico. Desde el punto de vista crítico, cabe percibir en los acuerdos—observa Fornés—deficiencias técnicas, sobre todo de sistemática, y formulaciones ambiguas, sobre todo en el tema matrimonial; pero junto a estas imperfecciones, destacan tres méritos principales: ante todo, que se haya optado por la vía de la bilateralidad y no de la unilateralidad estatal para resolver las cuestiones entre Iglesia y Estado; en segundo lugar, que los Acuerdos se hayan revestido de una solemnidad que constituye su principal garantía, y, por último, que, pese a la pluralidad de acuerdos, se haya mantenido una «unidad en la fragmentariedad», existiendo unos principios informadores comunes que justifican la calificación del conjunto—dice Fornés—como «nuevo sistema concordatario español».

Cuatro ponencias examinan particularmente el texto del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos. La primera de ellas, titulada «La libertad de la Iglesia ante el Estado español», se debe a don Antonio María Rouco Varela, Obispo Auxiliar de Santiago de Compostela. Pretende este autor, a través de un ensayo altamente abstracto, definir el sentido básico de la libertad institucional de la Iglesia, que, hallándose interiormente liberada del Pecado por la Gracia de Jesucristo en el Espíritu Santo, debe proyectar esa libertad interior o teologal (libertad «ad intra»), necesariamente, a la Sociedad, sin que esa libertad exterior («ad extra») de la Iglesia se haya de subordinar a otro objetivo que no sea el de transmitir al mundo su Salvación interior. Esta libertad «ad extra» de la Iglesia, que se proyecta sobre la Sociedad y no el Estado (conceptos ambos, los de Sociedad y Estado, que no cabe confundir—advierte el autor—), impone a la Iglesia un fundamental deber de colaboración con el Estado, pero el Estado, a su vez, debe garantizar la libertad exterior de la Iglesia en tres principales vertientes, que distingue Mons. Rouco Varela: la libertad de misión o evangelización, la libertad de autoconstitución y régimen, y la libertad de expresión ética en el mundo. La ponencia examina detenidamente cómo cada una de estas libertades encuentra reflejo y amparo en las normas acordadas, si bien—objeta Mons. Rouco Varela— no queda suficientemente esclarecido en ellas (acaso porque sean excesivas las remisiones a la legislación estatal) el carácter público o privado del estatuto jurídico de la Iglesia frente al Estado, cuestión que, a juicio del autor de la ponencia, debiera solucionarse favorablemente a la tesis de la publicidad.

Sigue a la ponencia anterior el trabajo sobre «La personalidad civil de los entes eclesiásticos, según los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español de 3 de enero de 1979», que suscribe don Pedro Lombardía, catedrático de Derecho canónico y director del Instituto Martín de Azpilcueta, de la Universidad de Navarra, distinguiendo tres hipótesis. La primera es la que se refiere a los entes de la organización oficial de la Iglesia, esto es, a las estructuras jerárquicas de la Iglesia-institución, reconociendo el art. I, 3,

del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, expresamente, la personalidad jurídica de la Conferencia Episcopal Española (reconocimiento de personalidad civil «ope legis», de inmediata y automática aplicación, en cuanto se produzca la entrada en vigor del Acuerdo, en el ordenamiento interno español); a su vez, el art. I, 2, del Acuerdo se ocupa de la personalidad civil de los demás entes de la organización oficial de la Iglesia. En la exégesis de este precepto Lombardía llega a tres conclusiones fundamentales: 1.ª, que la alusión a las diócesis y parroquias es ciertamente demostrativa, y cabe extender el texto a todas las entidades que, en ejercicio de su libertad de organización instituya la Jerarquía eclesiástica para el desenvolvimiento de las actividades oficiales de la Iglesia-institución; en este sentido, no es muy feliz la fórmula del Acuerdo «...y ctras circunscripciones territoriales», pues es obvio—señala Lombardía—que se está haciendo referencia a entidades oficiales de la Iglesia con competencias sectoriales, independientemente de que estas competencias se delimiten con criterios territoriales o personales; 2.ª, que el Acuerdo exige para que tales entidades gocen de personalidad civil, que la tengan canónica y que ésta sea notificada a los órganos competentes del Estado, pero lo que no se exige es la inscripción en ningún registro del Estado; y 3.ª, habrá que estar a las normas canónicas para resolver los problemas de capacidad de obrar o facultades de disposición sobre sus bienes que, con relación a cada entidad, pudieran suscitarse, e incluso a tales normas canónicas habrá que acudir para resolver las dudas sobre la condición misma de la persona jurídica canónica, presupuesto de su personalidad civil; lo que sí podrá limitar el Estado español, como ya lo hiciera con relación al antiguo art. IV del Concordato el Decreto de 12 de marzo de 1959, son los medios de prueba de la personalidad civil de los entes de la organización oficial de la Iglesia Católica, exigiendo el recibo administrativo de la notificación eclesiástica.

La segunda hipótesis se refiere a los Institutos de vida consagrada («órdenes y congregaciones religiosas y otros institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas», como expresa el art. I, 4, del Acuerdo). En el supuesto de que gozasen de personalidad jurídica en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo, el primer párrafo del núm. 1 del artículo que comentamos, les reconoce los derechos adquiridos, si bien la disposición transitoria del Acuerdo les impone el deber de inscribirse en el correspondiente Registro del Estado, pero—como apunta Lombardía—la omisión de la inscripción no acarrea pérdida de la personalidad jurídica, sino que únicamente—como establece la misma disposición transitoria—, transcurridos tres años desde la entrada en vigor del presente acuerdo, sólo podrá probarse su personalidad civil mediante la certificación registral. En cuanto a los Institutos de vida consagrada que no gocen de personalidad jurídica en el momento de entrar en vigor el Acuerdo, sólo la adquirirán mediante su inscripción en el correspondiente registro del Estado, según el art. I, 4, recomendando Lombardía (por analogía con el art. 3, de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964) que tal inscripción trasluzca, de alguna manera, el régimen estatutario del ente.

La tercera y última hipótesis comprende las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas: el Acuerdo distingue aquí los mismos supues-

tos y establece las mismas soluciones que en el caso de los Institutos de vida consagrada.

Una de las ponencias de mayor interés es la que corresponde a don Rafael Navarro Valls, profesor agregado de Derecho canónico de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, titulada «los efectos civiles del matrimonio canónico en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español». La ponencia aborda el tema fundamental del alcance que tiene el reconocimiento estatal del matrimonio canónico, en orden a si se trata del reconocimiento de una mera forma de celebración de matrimonio productora de efectos civiles, pero siendo la normativa estatal la reguladora de la institución matrimonial surgida de la forma religiosa, o si por el contrario, de lo que se trata es de un reconocimiento estatal de matrimonio canónico en su integridad, esto es, si lo que produce efectos en el orden civil es el matrimonio canónico configurado con el alcance y los requisitos de constitución que marca la propia legislación canónica.

Apunta Navarro Valls que, cuando el art. 32 de nuestra Constitución habla de las «formas de matrimonio», parece que la palabra «formas» debe entenderse en el sentido de «sistemas», pues ello se deduce, comparativamente, de la reserva que el artículo 149,8 de la Constitución hace en favor del Estado para legislar sobre «las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio» (al señalar las materias sustraídas a las Comunidades Autónomas), reserva que equivale a la aplicación general directa en las Comunidades Autónomas del Tít. IV del Libro I del Código, y ello como cuestión de orden público que no afecta al simple requisito de la forma de celebración, sino al entero sistema matrimonial. Y añade el mismo autor, en orden a la exégesis de esa expresión «formas de matrimonio» del art. 32 de la Constitución, que es especialmente significativa —en favor de la línea argumental propuesta— la corrección, sin duda, no sólo de estilo, efectuada por la Comisión Mixta Congreso-Senado en el texto del art. 32 cuando puso «formas de matrimonio» allí donde las cinco redacciones anteriores pusieron «formas del matrimonio», lo que revela que no se trataba de regular varias formas posibles del único matrimonio (el civil), sino de abrir la puerta a la eventualidad de aceptar varios sistemas jurídicos de matrimonio. En este mismo orden de ideas, señala también Navarro Valls, a propósito de la elusión de la nulidad en el art. 32,2 de la Constitución, que «tal silencio parece apuntar a la intención del legislador constitucional de no colisionar con una posible reserva jurisdiccional eclesiástica sobre las causas de nulidad».

Sentados estos criterios hermenéuticos, a la luz del texto constitucional, favorables a la admisión estatal del matrimonio canónico en su integridad, el ponente encuentra confirmación de esta idea en la redacción del art. VI,1 del Acuerdo, «fiel trasunto»—escribe—del art. 23 del Concordato anterior, pues en él se reconocen los efectos civiles del matrimonio celebrado «según las normas del Derecho Canónico»: esta identidad terminológica—constata Navarro Valls revela que también el nuevo Acuerdo se esta refiriendo al matrimonio canónico en su integridad y no simplemente en su forma, y así habla a veces directamente de matrimonio canónico (art. VI,1-2) y reconoce la competencia jurisdiccional eclesiástica sobre nulidad y matrimonio rato no consumado.

Admitida la tesis favorable a la recepción estatal del matrimonio canónico en su integridad—y después de revisar la ponencia el estado de la cuestión en el Derecho Concordatario Comparado—, según nuestro autor, el título jurídico mantenedor de las relaciones ordenamiento civil-ordenamiento canónico encontraría su base individual o subjetiva en el derecho civil a la libertad religiosa; y la fuente de producción de los efectos civiles sería la propia celebración del matrimonio: esto último demuestra lo inútil del formalismo que suponía la necesaria presencia del funcionario civil en la ceremonia nupcial, eliminada por el Acuerdo al exigir ya sólo la certificación eclesiástica para la inscripción. Asimismo, al ser la propia celebración del matrimonio canónico la fuente de producción de sus efectos civiles, su inscripción en el Registro del Estado tendrá únicamente valor declarativo, nunca constitutivo, sin que—advierte Navarro Valls—sean argumentos suficientes, contrarios a esta tesis, el hecho de que el Acuerdo de 1979 utilice una terminología más imperativa («será **necesaria** la inscripción»), en contraste con la fórmula más suave («**bastará**»), que empleara el art. 76 del Código civil en su redacción de 1958, ni tampoco el cambio de ubicación sistemática del tratamiento de la inscripción: relegada en el anterior Concordato al Protocolo final y aludida, en cambio, en el Actual Acuerdo, dentro del articulado, como queriendo resaltar más definitivamente su importancia. Se trata de simples indicios semánticos—dice Navarro Valls—que no alteran el sentido puramente declarativo de la inscripción.

Dada esta naturaleza declarativa de la inscripción, sólo condicionante del reconocimiento (no de la existencia) de los efectos civiles, es evidente—según Navarro Valls—que el matrimonio canónico no inscrito no debe reputarse como inexistente ante el Derecho español, como si de una simple «res facti» se tratara, sino que, una vez celebrado el matrimonio según las normas del Derecho canónico, nos encontraremos ante un negocio jurídicamente relevante y parcialmente eficaz. Esa parcial eficacia, a juicio de nuestro autor, se traduce en dos efectos fundamentales: primero, el derecho de las partes a todas aquellas actuaciones necesarias por parte de los órganos competentes eclesiásticos para que el negocio matrimonial obtenga la plenitud de sus efectos civiles; y en segundo lugar, el derecho de los contrayentes a obtener la efectiva transcripción del matrimonio en el Registro Civil, derecho que es, al propio tiempo, actuación obligada, pues la instancia de la inscripción—a cargo de los mismos contrayentes o, en su caso, de la autoridad eclesiástica—opera «ope legis» y no se condiciona a la voluntariedad de las partes.

En cuanto a la protección de los terceros frente al matrimonio canónico no inscrito, en contraste con el art. 76 del Código civil, el Protocolo final del Acuerdo alude expresamente sólo a los terceros de buena fe, y parece que no se modaliza la regla protectora según se trate de inscripción tardía (posterior al quinto día siguiente a la celebración) o supletoria (anterior al quinto día), pero en cualquier caso—estima Navarro Valls—esa protección sólo se dará cuando el derecho en conflicto no afecte al vínculo matrimonial ni al «status» por él creado.

La ponencia dedica, finalmente, una breve meditación a la cláusula contenida en el art. VI,3 del Acuerdo, que tiene un valor inmediato—parece—únicamente pastoral, pero que cobraría especial significación ante la even-

tualidad de un futuro divorcio civil, cuya aplicabilidad a las uniones canónicas pretende preservar, pues —razona Navarro Valls—, si el matrimonio es el hecho constitutivo del que derivan los efectos civiles, una fractura entre el hecho y sus efectos sería un absurdo jurídico, ya que existiendo el hecho constitutivo, existen necesariamente sus efectos.

La cuarta y última ponencia relativa al Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos la escribe don Carmelo de Diego-Lora, Profesor Ordinario de Derecho Procesal y Vicedecano de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra. Lleva por título «La eficacia en el orden civil de las resoluciones eclesiásticas en materia matrimonial». Se centra, por tanto, en el análisis del artículo VI,2 del Acuerdo y su Disposición Transitoria 2.ª, luego de exponer el estado de la cuestión en el Derecho Concordatario Comparado y en el marco de nuestra Constitución, que —a su entender— no excluye la potestad jurisdiccional de la Iglesia, que es así garantizada por el art. I.1 del Acuerdo, de modo general y sin contradecir la norma más restrictiva del art. VI,2, pues lo que ésta limita no es la soberanía o independencia de la jurisdicción eclesial, sino el auxilio estatal ofreciéndole su brazo secular ejecutivo.

Con relación a la Disposición Transitoria 2.ª del Acuerdo, De Diego-Lora comenta, entre otros aspectos, que la eficacia civil de las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos en las causas matrimoniales pendientes ante ellos al tiempo de la entrada en vigor del Acuerdo deberá alcanzar, no sólo a las sentencias —como el Acuerdo dice—, sino, en general, a las resoluciones jurisdiccionales dictadas por la autoridad eclesiástica, como son, además de las sentencias, los Decretos administrativos, que de ordinario ponen término a las causas matrimoniales de separación temporal y siempre a las de matrimonio rato no consumado, e incluso, en algunos casos excepcionales, a las de nulidad. Y también será aplicable tal disposición transitoria —opina nuestro autor— a los futuros casos de «ulterior propositio» o juicio de revisión de causas matrimoniales extinguidas o iniciadas antes de la vigencia del Acuerdo.

Atendiendo al art. VI,2 del Acuerdo, la ejecutoriedad civil de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales eclesiásticos que declaren la nulidad del matrimonio canónico, o que contengan la dispensa pontificia del matrimonio rato y no consumado, exige —primero— que los contrayentes voluntariamente elijan someter la causa a la jurisdicción canónica, y —segundo— que cualquiera de ellos, una vez resuelta la causa, solicite la ejecución en el orden civil de la resolución canónica firme. Según interpreta De Diego-Lora, la legitimación indistinta de cualquiera de los cónyuges debiera, en puridad, mantenerse en ambas fases, tanto para pedir la ejecución como para, antes, someter la causa a la jurisdicción eclesiástica; e incluso estima que esta legitimación para interponer tanto la acción declarativa como la ejecutiva debiera reconocérsele también —en los supuestos canónicamente previstos— al Promotor de Justicia.

Censura De Diego-Lora que el art. VI,2 no aluda también a las causas de separación o de aplicación del Privilegio Paulino, omisión injustificable, de existir en nuestro sistema matrimonial —como pretende la doctrina canonista actual y el mismo De Diego-Lora— una acogida plena del matrimonio canónico.

El art. VI,2 del Acuerdo exige, finalmente (y aquí la diferencia frente al

sistema concordatario anterior de «penetrabilidad o comunicabilidad jurisdiccional», en que bastaba la mera notificación a la autoridad civil), para que las resoluciones eclesíásticas sobre nulidad matrimonial o dispensa de matrimonio rato no consumado tengan eficacia en el orden civil, «que se declaren ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente». Según López Alarcón (citado por nuestro ponente), la función del Tribunal civil en este punto se limitará a aplicar las disposiciones del Derecho español sobre «*exequatur*» de sentencias extranjeras, procedimiento que excluye la revisión de fondo de tales sentencias. De Diego-Lora disiente, sin embargo, de esta interpretación, pues —como dice— las resoluciones eclesíásticas no son sentencias dictadas en país extranjero por Tribunales extranjeros; a su juicio, el «Derecho del Estado», a que el art. VI,2 alude, no será otro que el que dimana esencialmente del propio Acuerdo sobre Asuntos jurídicos, una vez —conforme al art. 96 de la Constitución— publicado oficialmente en España, pase a formar parte del ordenamiento interno, y de acuerdo con el art. 3,1 del Código civil, que manda interpretar las normas «según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto»; y así, según De Diego-Lora, no es que el Acuerdo establezca un sistema similar al de «*exequatur*», sino que la función del Tribunal civil habrá de consistir en un juicio de verificación de la resolución jurisdiccional eclesíástica, comprobando si es ejecutiva por responder a los supuestos acogidos legislativamente en el Acuerdo.

El Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales es objeto de una primera ponencia, que suscribe don Javier Hervada, Catedrático de Derecho Canónico y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, y se titula «La libertad de enseñanza: principio básico en una sociedad democrática». Se trata de una ponencia breve, pero plantea varias cuestiones de gran envergadura, como la función del Estado en relación al desarrollo de la cultura, la coherencia de un Estado laico con una forma democrática de gobierno —que fuera respetuosa de las minorías—, la dialéctica entre un Estado-gendarme o un Estado-absorbente (entre el individualismo o el colectivismo) en el campo de la enseñanza. «Para una sociedad libre —dice Hervada— es necesario que la cultura y su transmisión estén en posesión de la sociedad y no del estado... No hay peor encadenamiento —agrega— que el dirigismo cultural». El Estado —piensa— es receptor y no agente de la cultura, y debe así auxiliar y no sustituir la libertad de enseñanza, y protegerla de una manera efectiva, no meramente declarativa o formal, aportando las ayudas necesarias, en este campo, a una iniciativa privada socialmente responsable.

«La enseñanza en el Acuerdo de 3 de enero de 1979» es el tema de la ponencia que aporta don José María González del Valle, Catedrático de Derecho Canónico de la Universidad de Oviedo. Advierte este autor que, así como el artículo XXVI del Concordato de 1953 —de acuerdo con el principio de confesionalidad doctrinal del Estado español, que proclamaba el artículo II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional— garantizaba la inspiración cristiana de la enseñanza en España a todos los niveles, por el contrario, en la actualidad, ante el nuevo contexto constitucional (artículos 27 y 15 de la Constitución, particularmente), el artículo 1 del Acuerdo

se limita a invocar el derecho fundamental de los padres sobre la educación moral y religiosa de sus hijos, y a establecer el *compromiso por parte del Estado* de que en los centros docentes públicos la educación será respetuosa con los valores de la ética cristiana.

Después de analizar particularmente el actual régimen acordado sobre seminarios diocesanos, centros docentes no universitarios y universidades establecidos por la Iglesia en España, o que se establezcan en un futuro, concluye González del Valle que el régimen concordado sobre docencia en centros eclesiásticos se basa en un único principio: sometimiento a la legislación común sobre enseñanza no estatal; pero el desarrollo de este principio se verá muy influido, en su plasmación práctica, por el contexto político en el que pueda configurarse en lo sucesivo esa legislación sobre enseñanza no estatal, a la que los centros eclesiásticos de docencia habrán de adaptarse.

Don José Manuel Estepa Llaurens, Obispo Delegado General de la Comisión Episcopal de Enseñanza y Catequesis, escribe un trabajo titulado «La enseñanza de la Religión en los centros educativos del Estado español: marco jurídico y reflexión pastoral». Nos recuerda este autor, al iniciar su estudio, que el régimen docente español, en el período histórico precedente, afectado por la confesionalidad suprema del Estado, respondía a una inspiración cristiana, y en él la enseñanza de la religión católica era materia ordinaria y obligatoria en todos los centros docentes, estatales o no, de cualquier orden o grado. Pero la Iglesia española, al finalizar el Concilio Vaticano II, alentó en este terreno un movimiento de renovación de la educación de la fe, que cristalizó inicialmente en el artículo 7,3 de la Ley de Libertad Religiosa de 1967, a cuyo tenor, «los alumnos de los centros docentes no estarán obligados a recibir enseñanza de una religión que no profesen». Con posterioridad a esta Ley, los esfuerzos de la Iglesia en España por establecer un nuevo marco legal y pastoral ajustado a las nuevas realidades sociológicas del país han sido constantes, y en este sentido monseñor Estepa refiere y comenta, en su trabajo, algunas intervenciones fundamentales del Episcopado español entre 1969 y 1979, hasta llegar a la firma del Acuerdo, que ha sido —expresa monseñor Estepa— fuertemente tributario de aquellas actuaciones previas, y cuyo contenido resume bajo una sistemática clarificadora. Apunta también monseñor Estepa algunas cuestiones en el Acuerdo que no quedan resueltas, como la admisibilidad de una participación de los alumnos de Bachillerato, aunque sean menores de edad, en la decisión que compete a los padres de recibir o no enseñanza religiosa, el sistema concreto de inscripción o exención de la clase religiosa y la valoración académica de la misma, o como la difícil conciliación de las reglas generales del Acuerdo con el respeto a la peculiaridad y carácter confesional de los centros docentes de la Iglesia.

Don Carlos Soria, profesor Ordinario de Derecho de la Información y Decano de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad de Navarra, aporta un trabajo titulado «Los acuerdos Iglesia-Estado en materia de información». Centra su análisis en torno al texto fundamental en esta materia que constituye el artículo XIV del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, que ha venido a sustituir al antiguo artículo 29 del

Concordato de 1953. El derecho a la información de la Iglesia Católica en España —en pie de igualdad en este campo iusinformativo con el Estado y las demás personas físicas y jurídicas, como resulta de la misma ubicación sistemática de aquel precepto, según Soria— se traduce (a su juicio) en tres derechos fundamentales: el derecho a la libre creación de empresas informativas por parte de la Iglesia Católica, el derecho a la libre publicación de las disposiciones del Gobierno eclesiástico (actividad beneficiada por la exención tributaria que prevé el artículo III, a. del Acuerdo sobre Asuntos Económicos), y el derecho de acceso de la Iglesia Católica a los medios informativos. La ponencia examina con mayor profundidad este último aspecto, el llamado «derecho de acceso», y tras un repaso del Derecho Comparado, señala Soria que el derecho de acceso de la Iglesia Católica en España deberá extenderse a los siguientes medios: primero, a todos los medios informativos del Estado o de los entes públicos, con independencia de que funcionen en régimen de monopolio legal o de monopolio de hecho, y segundo, a todos los medios informativos no oficiales en régimen de monopolio legal o de hecho.

El Acuerdo sobre Asuntos Económicos es objeto de dos ponencias: una, debida a don José María Piñero, Presidente de la Asociación Española de Canonistas; la segunda, debida a don Ernesto Lejeune Valcárcel, profesor numerario de la Universidad de Bilbao.

La primera se titula «La dotación de la Iglesia por el Estado en los nuevos acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español». Tras un breve estudio histórico, Piñero se centra en el análisis del actual artículo II del Acuerdo, que establece el compromiso por parte del Estado de colaborar con la Iglesia católica en la consecución de su adecuado sostenimiento económico, con respeto absoluto del principio de libertad religiosa. Comenta Piñero que se trata de un compromiso contractual, jurídicamente vinculante, pero *a colaborar*: el Estado no asume el sostenimiento económico de la Iglesia. Esa colaboración acordada, como se infiere del precepto citado y del Protocolo Adicional del Acuerdo, atravesará —sistematiza Piñero— diversos períodos: en una primera fase se mantendrá la dotación con cargo a los presupuestos generales del Estado (años 1980-81-82); en una segunda etapa coexistirán dotación presupuestaria —minorada según la cuantía del otro concepto añadido— y un rendimiento porcentual sobre la imposición, sobre la base de la voluntaria asignación del contribuyente (años 1983-84-85); el tercer período sólo conocerá un porcentaje sobre el rendimiento de la imposición (años 1986 y siguientes, «sine die»); cabe prever todavía una etapa última, en que la Iglesia se valga de sus propios recursos. La ponencia estudia separadamente cada una de estas etapas.

Lejeune Valcárcel estudia los «Aspectos fiscales de los nuevos acuerdos de la Iglesia Católica con el Estado español». Examina, pues, esa forma negativa de financiación estatal de la Iglesia consistente su no sujeción o exención en orden a determinadas obligaciones tributarias (supuestos que prevén los artículos III, IV y V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos). Los comentarios de Lejeune son múltiples, pero nosotros tan sólo reseñaremos algunos. En orden a la exención total de los Impuestos de Sucesiones y Donaciones y Transmisiones Patrimoniales de los bienes y

derechos adquiridos con destinación al culto, se pregunta Lejeune si esa exención comprenderá sólo aquellos bienes que, por su naturaleza, tengan claramente esa destinación al culto (como los cálices u ornamentos sagrados), o también aquellos que admiten objetivamente otros usos alternativos además de su destinación al culto (por ejemplo, un órgano), y en este caso —si la exención también se extiende a éstos—, cuál será el mecanismo técnico de no aplicación del impuesto, o más exactamente, de su devolución, toda vez que el impuesto habrá sido abonado ya por el fabricante y su importe, en el comercio al por menor, se habrá incorporado al precio.

Otro tema interesante que plantea Lejeune, con relación a la exención de la Contribución territorial urbana de los edificios destinados primordialmente a casas o conventos de las Ordenes, Congregaciones Religiosas e Institutos de vida consagrada, es la trascendencia de ese adverbio «primordialmente» (que el Acuerdo expresamente utiliza), cuando los edificios, además de servir para la residencia habitual de las referidas Comunidades o Institutos de vida consagrada, son utilizados para la actividad docente.

La última ponencia del libro la escribe don Antonio Mostaza Rodríguez, Catedrático de Derecho Canónico de la Universidad de Valencia, y se titula «Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos de 3 de enero de 1979». Se trata de una ponencia de una erudición extraordinaria, y que ofrece un análisis histórico muy detallado de esta problemática, y que precisamente por la proliferación de detalles resulta, a la vez que rigurosa, amena.

Con referencia al actual régimen del Acuerdo, Mostaza analiza múltiples aspectos, y entre ellos el fundamental reconocimiento estatal del Vicariato Castrense como Diócesis personal y no territorial. En cuanto a los súbditos de la jurisdicción eclesiástica castrense, Mostaza censura que no aluda expresamente el Acuerdo a la Benemérita, dado su fuero militar, que habrá que considerar también, lógicamente, sujeta.

En cuanto al servicio militar de clérigos y religiosos, la anterior exención —congruente con el canon 121 del Código Canónico— que establecieron el Concordato de 1953 y el Convenio de 5 de agosto de 1950, con respeto, sin embargo, en tiempo de paz de los derechos adquiridos, no se mantiene en el Acuerdo, si bien con ciertas atenuaciones, como la obligada asignación de misiones militares no incompatibles con el estado religioso o la asimilación de prestaciones sociales sustitutorias, o incluso la posposición de la vigencia de algunos aspectos del Acuerdo al transcurso de un plazo de tres años desde su entrada en vigor. Son todos ellos puntos que la ponencia examina con gran profundidad.

JUAN ALVAREZ-SALA WALTHER,
Notario de Felanitx

MELICH-ORSINI, José: «La resolución del contrato por incumplimiento», Editorial Temis, Bogotá-Caracas, 1979, 431 páginas.

No abundan en el campo jurídico las buenas monografías que acierten a delimitar y tratar con profundidad y tino un determinado tema, y la tónica en nuestros días, no obstante el cuantitativo aumento experimentado en la publicación de libros de Derecho, es la de que muy raramente aparece un estudio que pueda considerarse modélico en relación al punto sometido a tratamiento. Por ello cuando se tiene a la vista un libro como el que vamos a reseñar, pleno de aciertos, equilibrio y madurez jurídicos, invade el ánimo el gozo intelectual que procura toda obra de razón bien construida y se aplaca un tanto el juicio crítico, inquieto en numerosas ocasiones ante tanta producción jurídica de compromiso y sin la altura precisa.

Conozco al profesor Mélich-Orsini desde hace muchos años y soy testigo privilegiado de sus extraordinarias dotes jurídicas y de su admirable y recia personalidad, pues durante bastante tiempo fuimos compañeros de docencia e investigación en el seno de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. De aquellos prolíficos años, los mejores, sin duda, de mi vida académica, llenos de recuerdos y de incitantes reclamos, el contacto diario con el Dr. Mélich-Orsini, el saludable ejercicio intelectual que suponía dialogar con él y el estímulo a la reflexión jurídica que suscitaba el abocarse a la consideración de alguna de las múltiples cuestiones que en todo momento asaltaban a su inquieta mente, constituyen uno de esos pequeños tesoros personales que egoístamente se trata de preservar y que actúa a la manera de lenitivo y de bálsamo refrescante ante los sinsabores y las frustraciones de la hora presente.

Hombre de profundas inquietudes intelectuales y civilista de singular talla, ha dedicado lo mejor de su esfuerzo al estudio de temas básicos en el área de la teoría general de la obligación y del contrato, que constituye, a no dudar, el más importante y prometedor de los laboratorios jurídicos en el campo del Derecho privado. En tal sentido, merecen destacarse trabajos tan meritorios como los relativos a las responsabilidades civiles extracontractuales, la mora del deudor, fijación judicial del término, la ejecución en especie de las obligaciones de hacer y de no hacer, la eficacia de la impugnación de un acto registrado para los terceros subadquirentes, la sanción de la inexecución del contrato, la noción de la simulación, la autonomía de la acción por daños y perjuicios y otros diversos, hoy recogidos la mayor parte de ellos en dos soberbios volúmenes de *Estudios de Derecho civil*, que hablan bien a las claras de sus preferencias jurídicas y constituyen fuente obligada de referencia y estudio para cualquiera que pretenda trabajar sobre tales temas.

Pues bien, una materia que desde hace tiempo preocupaba al profesor Mélich-Orsini y sobre la que constantemente incidía, adelantando puntos concretos y ordenando con todo cuidado el plan estratégico para su ataque y sometimiento, era la de la resolución contractual por incumplimiento, tema señero en el ámbito de la doctrina general del contrato y uno de esos pocos y selectos lugares donde los más selectos civilistas han dirimido sus enfoques opuestos y controversias. Durante años ha preparado cuidadosa-

mente el libro, sometiendo sus tesis una y otra vez a la reflexión y al contraste, acopiando datos de las más variadas procedencias, consultando y comentando los puntos que le suscitaban mayores dudas y reelaborando un pensamiento metódico, exigente y riguroso. El resultado de semejante esfuerzo, el fruto de tan devota entrega, la consecuencia de un trabajo sistemático, tenaz y absolutamente serio es una monografía de extraordinario valor, que constituye un logro importante en la esfera del Derecho de obligaciones y deja muy alto el pabellón de la ciencia jurídica latinoamericana en general y de la venezolana en particular. La Universidad de Latinoamérica, esa Universidad que desde aquí tantos contemplan un tanto risueña y paternalmente, actitud que desde luego no compartimos los que hemos tenido la suerte de trabajar en su seno, da pasos de importancia y adquiere por propio derecho voz en el concierto científico mundial cuando patentiza que alberga en su interior docentes e investigadores capaces de materializar obras como la que en este momento nos ofrece el profesor Mélich-Orsini.

El incumplimiento contractual en la esfera de los contratos bilaterales o con prestaciones recíprocas, amén de otros daños, es susceptible de generar el de la pérdida para la parte fiel de lo que ha dado o se ha obligado a dar a cambio de la prestación que no ejecutó la otra parte, situación de perjuicio a la que se atiende mediante la denominada acción de resolución del contrato que permite repristinar las cosas al estado en que se hallaban para el momento de la conclusión del mismo, destruyendo retroactivamente los efectos contractuales producidos. Pues bien, como señala el autor, la originalidad de este remedio legal contra el incumplimiento de un contrato bilateral sólo se capta plenamente cuando se compara una concreta situación jurídica (en su caso, la venezolana) con la de aquellos otros sistemas en que, a falta de expresa previsión de las partes al respecto, la ley niega la posibilidad de desligarse del contrato so pretexto del incumplimiento de la otra parte, tal como ocurría en los Códigos civiles de Austria, Parma y Argentina, en este último hasta su reforma de 1968, sistemas en los que se partía de la idea de que una vez perfeccionado un contrato bilateral no debe permitirse a ninguna de las partes el sustraerse del vínculo libremente asumido, atendiendo al eventual incumplimiento de una de ellas mediante la ejecución forzosa en especie o a través de la acción de responsabilidad civil si la prestación ha resultado de imposible verificación.

Se aboca el profesor Mélich-Orsini al estudio pormenorizado y exhaustivo del mecanismo de resolución en el Derecho alemán, en el que ha tropezado con singular resistencia la introducción de la figura por haber permanecido ajeno a la tradición canónica y feudal en la que se inserta la acción resolutoria, lo que ha determinado que en el *BGB*, a diferencia de lo que ocurre en los Códigos de inspiración francesa, se mantenga netamente separada la peculiar función de dicha acción frente a la que es típica de la acción de responsabilidad civil, distinción que si bien tiene el mérito de separar la función resolutoria de la función reparatoria, genera, en cambio, el inconveniente de que ha dado lugar a concebir las acciones de resolución y resarcimiento de daños como recursos jurídicos necesariamente excluyentes entre sí, ya que la acción de daños y perjuicios se presenta como un su-

brogado de la de cumplimiento en especie. Los inconvenientes de semejante concepción han sido superados mediante la doctrina jurisprudencial denominada teoría de la diferencia, que posibilita al acreedor reclamar el sobrevalor existente entre la prestación incumplida y la suya propia, circunstancia que en la práctica permite conseguir resultados patrimoniales similares a los que se obtienen a través del expediente latino de admitir la acumulación de la acción por daños y perjuicios a la de resolución del contrato. En el Derecho alemán, producida, pues, la resolución contractual, será necesaria una liquidación del contrato bilateral, como consecuencia de la cual el acreedor podrá obtener la reparación de la totalidad del daño que le causó la infidelidad de su deudor, pero descontando el valor de su propia prestación, que dejará de cumplir con fundamento en la resolución.

Ello determina que en el sistema alemán la resolución, en cuanto implica la derogación del principio de la fuerza obligatoria del contrato, supone un remedio excepcional y subsidiario que sólo se justifica en el supuesto de imposibilidad objetiva de cumplimiento de la prestación, situación similar a la que se da en el Derecho angloamericano y singularmente diferente de lo que ocurre en la familia francesa, en la que si bien, en principio, cabe catalogar también la resolución como recurso subsidiario, tal carácter no tiene naturaleza legal, sino que es tan sólo una consecuencia indirecta, derivada de la voluntad de las partes, en cuanto éstas al contratar obviamente habrán colocado en el primer plano la ejecución y no la resolución del contrato.

En Venezuela, la doctrina se inclina mayoritariamente por el carácter no subsidiario de la acción de resolución en base a que el artículo 1.167 del Código civil ha eliminado la facultad que el artículo 1.184 del Código francés y el artículo 1.165 del italiano conceden al juez de otorgar al deudor un plazo de gracia para el cumplimiento retardado de la obligación e impedir por este medio la resolución solicitada por el acreedor. El profesor Mélich-Orsini, después de considerar con detenimiento y rigor todos los elementos involucrados en tan trascendental punto, estima, con buen juicio y acertada valoración de la realidad de las cosas, que la potestad judicial para sustituir la composición de intereses prevista en el contrato por la extinción retroactiva del vínculo obligatorio y la generación de una serie de obligaciones de restitución e indemnización debe llevar a pensar que también en el ordenamiento venezolano, no obstante la estricta dicción del artículo 1.167 del Código civil, la acción resolutoria tiene carácter subsidiario, pues ¿cómo admitir, se pregunta, que el juez pueda entenderse autorizado para producir esa radical subversión de la composición voluntaria de intereses que ambas partes habían forjado en su contrato, sólo porque pueda imputarse cualquier género de incumplimiento a una de ellas, por insignificante que éste sea, y porque la otra pretenda fundarse en tal pretexto para sustraerse radicalmente al vínculo obligatorio? Si el legislador ha conferido a la parte agraviada por un incumplimiento contractual ese poder resolutorio absoluto tan sólo en ciertos y determinados casos muy específicos, y en todos los demás casos parece haber transferido tal poder al juez, presumiblemente en busca de una garantía de imparcialidad y prudencia, ¿cómo no pensar que el juez deba ejercer dicha potestad sólo cuando las vías normales de la ejecución forzosa en especie o de la ejecución for-

zosa por equivalente se le muestren, aunque sea en cierta medida, insuficientes o inadecuadas para realizar la composición de intereses querida por ambas partes?

El estudio del origen histórico de la acción de resolución lleva al autor a realizar una interesante indagación sobre el Derecho romano y el Derecho canónico, resaltando en este último la importancia que en relación a la figura tuvo la máxima *Frangenti fidem fides frangatur eidem*, a cuyo tenor la inexecución de la obligación por el deudor se sancionaba con la correspondiente inexecución autorizada al acreedor. Tras algunas referencias al instituto feudal de la *commise* y a la doctrina del *ius commune*, con especial referencia a la repercusión que para la moderna teoría de la resolución ha tenido la construcción de Bártolo sobre la *causa finalis*, a través de la consideración de la *condictio ob causam* como aplicación de esta noción al campo de los contratos innominados, resalta el autor que será necesaria, empero, una profunda evolución histórica en la economía y en la ciencia para que los juristas se atrevan a trabajar con mayor independencia de los textos del Derecho romano y procuren orientarse preferentemente a dar satisfacción a las necesidades de la práctica.

Ya en el siglo XVI, el juez Connano intenta, en patente contradicción con los textos, extender la actuación de la acción resolutoria a los contratos nominados. Tras él, Dumoulin defiende el principio de que una obligación contractual puede ser sancionada con la resolución siempre que el deudor no haya obtenido la contraprestación en vista de la cual se obligó, e insiste en que todos los contratos onerosos deben ser tratados de la misma manera. Como resalta el autor, la doctrina expuesta por Dumoulin, además de tener el mérito de haber revelado el fin específico a que sirve la resolución, manifiesta la tendencia de la doctrina en la segunda mitad del siglo XVII a considerar la resolución como una institución aplicable a todo género de contrato, sin distinguir entre contratos nominados e innominados. Al trabajo doctrinal en tal sentido se une el criterio sostenido por los Parlamentarios del Antiguo Régimen en relación a la extensión del privilegio del vendedor sobre la cosa vendida y no pagada, que permitirá acceder a la idea de que el vendedor de cosa mueble continúa legitimado para ejercitar la acción reivindicatoria mientras no haya sido pagado, idea que después se extenderá al vendedor de cosa inmueble, luego al permutante no correspondido y así sucesivamente hasta admitir el juego indirecto de la resolución en todos los contratos nominados.

Con estos precedentes estaban dados los materiales para que tiempo después Domat pudiera afirmar con carácter general que el incumplimiento de los contratos puede dar lugar a la resolución de los mismos, aunque no haya cláusula resolutoria, porque las partes no quieren que subsista el contrato más que en el caso de que cada una ejecute sus prestaciones. Pensamiento que mantendrá Bourjon y que acabará por tener plasmación definitiva en Pothier, en fórmula que casi textualmente recogerá el artículo 1.184 del Código civil francés y luego pasará con pequeñas variantes a los restantes Códigos de la familia latina.

A la hora de considerar el fundamento de la acción de resolución expone y comenta las teorías al uso con agudas observaciones y abundante acopio-

de la doctrina más calificada. Se mueve con soltura en ese siempre proceloso mar de las construcciones teóricas, expurgando con habilidad y buen criterio los diversos elementos válidos que puedan darse en unas u otras. La forma en que reflexiona sobre las teorías de la condición resolutoria tácita, de la causa, de la ruptura del equilibrio económico entre las prestaciones y de la sanción puede quizá sorprender a algunos juristas europeos, en buena medida, por desconocimiento y minusvaloración del mundo jurídico latinoamericano de nuestros días, parecen reservar para estas latitudes la construcción jurídica rigurosa y el pensamiento científico de altura. Se trata de páginas que nada tienen que envidiar, por su rigor, claridad y profundidad, a las mejores que pueden emanar de la pluma de los más acreditados maestros alemanes o italianos.

Prudentemente, no se decanta de manera exclusiva por ninguna de las teorías en liza ni cae en la tentación, tan propia del jurista inmodesto, de configurar la propia con acarreo de materiales ajenos. Contrasta las ventajas e inconvenientes de unas y otras y comprueba las mayores o menores dificultades que su admisión encuentra en base a las concretas normativas sobre la materia, advirtiendo al final que la adopción de la doctrina de la sanción implica necesariamente atribuir carácter constitutivo a la sentencia de resolución, en tanto que la doctrina de la condición resolutoria o la doctrina de la frustración de la causa postulan el mero carácter declarativo de la misma, con todas las consecuencias obligadas en lo que respecta a la pretendida eficacia retroactiva real de la resolución para los terceros subadquirentes.

El ámbito de aplicación de la acción de resolución aparece circunscrito a los contratos bilaterales o con prestaciones recíprocas en todos los ordenamientos, requiriéndose, como ha señalado la doctrina alemana, para que proceda el ejercicio de la acción resolutoria la comunidad de origen de las obligaciones, esto es, que los distintos vínculos obligaciones contractuales tengan su fuente en el mismo contrato, y la interdependencia genética y funcional de tales obligaciones, o sea, que a la asunción de la obligación por una de las partes corresponda la asunción de la obligación por la otra (sinalagma genético) y que el deber de cumplimiento de la obligación de cada parte esté asimismo en estricta correspondencia con el modo según el cual la otra parte satisfaga, a su vez, el deber de cumplimiento de su respectiva obligación (sinalagma funcional).

También en este punto tiene ocasión el autor de mostrar cumplidamente sus grandes dotes de jurista y lo fino y riguroso de su razonamiento jurídico al desgranar interesantes observaciones y atinadas consideraciones sobre la aplicación o no del recurso resolutorio en figuras tan variadas como la donación con cargas, el mutuo con interés, los contratos plurilaterales, los contratos aleatorios, el convenio de participación de una comunidad y la transacción. Se podrá coincidir o disentir con algunas de sus conclusiones, pero lo indubitable es el rigor metódico de su tratamiento, la pureza de juicio y la precisión expositiva que tornan particularmente instructivo su estudio y procura ese especial gozo intelectual propio de la obra bien hecha.

Tras los cuatro primeros capítulos en que se abordan los temas genera-

les y caracterizadores de la figura, acomete el profesor Mélich-Orsini el estudio de su estructura y eficacia. El incumplimiento por parte del deudor constituye el presupuesto básico para el ejercicio de la acción resolutoria por el acreedor, y es obvio que la precisa determinación de qué debe entenderse por aquél constituye labor previa para la adecuada conformación del mecanismo resolutorio. A diferencia del sistema alemán en el que la resolución sólo es procedente cuando tenga lugar un «incumplimiento en sentido objetivo definitivo e irrevocable», en los Códigos latinos se habla tan sólo de «no ejecución» o «incumplimiento», ¿Querrá decir ello que en tales ordenamientos cualquier clase de incumplimiento, incluido el simple retardo, será adecuado para el ejercicio de la acción?

El tema, ciertamente sugestivo y de implicaciones prácticas trascendentales, brinda ocasión para que el autor elabore algunas de las más cuajadas y densas páginas de su obra. Tras conexionar el tema del retardo con la teoría general del incumplimiento y con la idea de la desaparición del interés del acreedor en razón de una excesiva demora, resalta que, en principio, el retardo, dadas ciertas circunstancias (gravedad, importancia), puede servir de fundamento para una acción de resolución contractual, aunque el mismo no determine un daño actual para el acreedor. En cualquier caso, el problema se diluye un tanto si se tiene en cuenta que la ley exige que cualquier incumplimiento alegado debe ser valorado por el juez antes de que la parte inocente pueda valerse de la resolución.

Por lo que respecta al Derecho venezolano, el punto se plantea con dificultades adicionales, habida cuenta de que el artículo 1.167 del Código civil se limita a hablar de «no ejecución de la obligación» como supuesto para el ejercicio de la acción y no prevé la potestad judicial de otorgar plazos de gracia (cual ocurre en Francia y España) ni exige que el incumplimiento revista «no escasa importancia» (como sucede en Italia). A la vista de tal normativa, no es extraño que la opinión dominante en la doctrina venezolana se incline por estimar que cualquier retardo en el cumplimiento de la obligación es apto para justificar el derecho a la resolución a favor de la parte agraviada. Contra semejante criterio arremete el autor aduciendo que la supresión de la facultad judicial de conceder un término de gracia no implica otra cosa sino el deber impuesto al juez de resolver sin ambages si en el caso concreto planteado el incumplimiento alegado debe estimarse o no como suficiente para pronunciar la resolución, y que la exigencia de un control judicial previo, cual ocurre en Venezuela, para que tenga lugar la resolución contractual, sólo puede explicarse satisfactoriamente cuando se parte del supuesto de que no todo retardo conduce a la resolución y de que es sólo al juez a quien compete, caso por caso, determinar qué retardo tiene la suficiente importancia o gravedad para justificar la resolución. En consecuencia, estima que a medida que el tráfico contractual se expande en los tribunales venezolanos, igual que ha sucedido en los países europeos desarrollados, se verán compelidos a encuadrar sus decisiones dentro de los moldes tradicionales de la teoría de la resolución legal, en el sentido de condicionar el pronunciamiento de la misma a la comprobación por la parte agraviada de una cierta gravedad en el incumplimiento alegado como fundamento de la acción.

Particularmente interesantes son, asimismo, sus atinadas observaciones sobre si es necesaria o no la previa constitución del deudor en mora, sobre la posibilidad de la resolución parcial del contrato, sobre los incumplimientos parciales cuantitativos y cualitativos y sobre el importante punto de la naturaleza principal o accesoria de la obligación incumplida, a cuyo efecto considera que también el incumplimiento de una obligación accesoria puede legitimar la resolución cuando haga imposible o dificulte el exacto cumplimiento de la obligación principal.

Mientras el incumplimiento por el deudor constituye el requisito objetivo de la acción resolutoria, la buena fe del acreedor representa el elemento subjetivo de la misma, y en tal sentido la jurisprudencia venezolana ha establecido que cuando tanto la parte actora como la demandada han incurrido en incumplimientos parciales del contrato no proceda la acción de resolución en razón de que *culpa cum culpam compensatur* y de que *inadimpleti non est adimplendum*, posición justificada, resalta el autor, habida cuenta de que la resolución del contrato persigue tutelar los derechos egoístamente considerados de la parte que ha permanecido fiel al contrato y castigar el incumplimiento de la otra parte. Por lo que hace al supuesto de que el actor se halle en la imposibilidad de efectuar las restituciones a su cargo en razón del consumo, destrucción, transformación o enajenación de lo recibido del demandado, después de valorar los distintos sistemas normativos y las encontradas opiniones al respecto, considera que quien, no obstante la imposibilidad de restituir, pretenda hacer valer contra su deudor la restitución, produce un ejercicio de la acción en condiciones contrarias a la buena fe, hecho por sí solo suficiente para excluir la procedencia del ejercicio de la misma, y ello para el supuesto de que semejante situación no deba considerarse, conforme a la conocida doctrina francesa, como una manifestación tácita de la voluntad de convalidar la prestación cumplida por el deudor y de tácita renuncia a deducir la acción por resolución.

El capítulo séptimo de la obra se dedica al estudio del interesantísimo punto en los sistemas latinos, y, por ende, en el venezolano, del requisito de la intervención judicial, ya que en ellos, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento alemán en el que la resolución se realiza por declaración frente a la otra parte, limitándose el juez a examinar *a posteriori* si se han dado o no los presupuestos invocados como base del derecho de resolución invocado, la resolución es efecto o consecuencia de la decisión judicial dictada al respecto, lo que supone que en los mismos es forzoso atribuir carácter constitutivo a la sentencia de resolución. Siguiendo muy de cerca a la mejor doctrina italiana sobre el tema (Auletta, Mosco, etc.), desarrolla el autor valiosas ideas en torno al carácter divisible o indivisible de la acción de resolución y en relación a la posibilidad o no de mutar la demanda de cumplimiento en demanda de resolución y viceversa, punto en el que considera que en tanto cumplimiento forzoso y resolución constituyen dos mecanismos legales para la adecuada tutela del acreedor, éste puede optar entre ellos y mutar su decisión mientras dicha tutela no haya sido fácticamente realizada, cosa que sólo sucede con la ejecución forzosa en especie o por equivalente o con la sentencia de resolución.

En relación al tema de si la demanda de resolución precluye la posibili-

dad del cumplimiento de la obligación, el profesor Mélich-Orsini, tras comentar las posiciones encontradas al respecto, estima, con buen criterio, que ni siquiera a la parte fiel le está permitido arrepentirse del contrato mediante la simple excusa de un retardo insignificante y el despliegue de una especial diligencia en acudir prestamente a la demanda de resolución, ya que si tal se admitiera se desdibujarían totalmente los perfiles de la resolución judicial y sería imposible discernirla de otros institutos afines como la cláusula resolutoria expresa o la resolución legal. Finalmente, respecto a la posibilidad de renuncia a la acción de resolución admite la validez de una cláusula en tal sentido, pero advierte que la misma sólo podrá aceptarse dentro de los límites en que son válidas las cláusulas exonerativas o limitativas de la responsabilidad contractual, es decir, siempre que no se hubiese incurrido en el incumplimiento por dolo o culpa grave.

El libro se cierra con un trascendental capítulo dedicado al estudio de los efectos de la sentencia de resolución. Prescindiendo, por ausencia de problemas, de la eficacia liberatoria de dicha sentencia, su eficacia recuperatoria debe enfocarse sobre la base de que la regla general es la retroactividad obligatoria, en cuanto la retroactividad real sólo podrá predicarse de aquellos contratos con eficacia real, aunque no falten autores en el área del sistema francés, al que pertenece el venezolano, que con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica sostengan que la resolución produce siempre y en todo caso efectos meramente obligatorios.

Piensa el profesor Mélich-Orsini que la tesis de la retroactividad real de la resolución parece consustancial a la estructura de aquellos sistemas de raigambre francesa, como el venezolano, donde no se distingue en los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad o de otro derecho real entre el acto obligatorio causal y el efecto real consecuente, sino que ambos se presentan indisolublemente fusionados (principio del traspaso consensual de la propiedad), pero que, en cualquier caso, semejante eficacia real precisa, por obvias razones de seguridad del tráfico jurídico, de correctivos, que en el ámbito mobiliario encuentran su más adecuada plasmación en el principio «posesión vale título», consagrado en el artículo 794 del Código civil venezolano, que paraliza la acción reivindicatoria del *verus dominus* contra el que de buena fe ha adquirido un derecho real de contacto de quien ostentase la condición de poseedor.

En el campo inmobiliario se plantea la misma necesidad de poner algún límite a las consecuencias que acarrea la admisión del principio de retroactividad real absoluta producida por la resolución, cuestión que necesariamente lleva al autor a tener que exponer las características del sistema registral venezolano y a ratificar unas tesis expuestas con mayor amplitud en su meritorio trabajo «La eficacia de la impugnación de un acto registrado para los terceros subadquirentes», en las que se opone a las ideas que sobre el tema había expuesto el propio autor de esta reseña en su monografía «El tercero registral en el Derecho venezolano».

Considera el profesor Mélich-Orsini que la idea de que el sistema registral venezolano es una derivación del viejo sistema francés de la transcripción con el simple aditamento de algunas innovaciones introducidas a través del Código civil italiano de 1865, unida a la de la influencia tradicional

de la legislación y doctrina francesa e italiana, han llevado a sostener que la derogatoria de la eficacia retroactiva real de la sentencia de resolución respecto a los terceros subadquirentes requiere de una disposición legal expresa como la del artículo 1.562 del Código civil venezolano (que deja a salvo, resuelta la permuta, los derechos de terceros adquiridos antes del registro de la demanda de resolución), lo que supone admitir, aunque sea de manera implícita, que en el sistema venezolano rige como principio general la máxima *resoluto iure concedentis resoluto ius concessum*, ya que fuera del citado artículo 1.562 no es posible hallar en el Código ninguna otra disposición que limite los efectos de la sentencia de resolución a los terceros que hayan adquirido después del registro de la correspondiente demanda de resolución.

Frente a tal concepción, defiende que el sistema registral venezolano va mucho más allá del sistema de transcripción franco-italiano y consagra algunos de los elementos del sistema registral germánico tendentes a la purificación del título de adquisición del tercero que, habiendo adquirido de un titular debidamente inscrito en el Registro Público, haya tenido a su vez la precaución de transcribir él mismo su título, ya que la circunstancia de que, por una parte, el artículo 1.922 del Código civil establezca la necesidad de transcribir las sentencias de nulidad, rescisión, resolución o revocación, y de que, por otra parte, el artículo 1.924 *eiusdem* disponga la ineficacia de cualquier sentencia no transcrita respecto al tercero que ha transcrito, imponen la conclusión de que si alguien ha adquirido un derecho de quien en el Registro Público aparece con facultades para transmitirlo y transcribe su título antes de que se hubiera registrado la sentencia firme y ejecutoriada obtenida contra su causante que anule o resuelva el derecho de este último, habrá que considerar a aquél exento de las consecuencias del tal sentencia.

En realidad, aunque se trate de un alabable esfuerzo tendente a robustecer la eficacia del sistema registral venezolano y a aumentar su incidencia en la esfera de la garantía del comercio inmobiliario mediante la implícita admisión plena del principio germánico de la fe pública registral, la tesis difícilmente puede sostenerse habida cuenta de que es casi en absoluto improbable la pretendida influencia del sistema registral germánico (¿en qué momento y por qué vía?); de quo no es cierto que fuera del artículo 1.562 opere a plenitud la regla *resoluto iure dantis...*, ya que la misma no se refiere tan sólo al supuesto técnico de la resolución *stricto sensu*, sino que extiende su valor a todo caso de desmoronamiento, pérdida, claudicación o destrucción de la titularidad del *tradens*, y que, por tanto, deben contemplarse también como exclusión a la eficacia de la misma las hipótesis previstas en los artículos 1.279, 1.281, 1.350 y 1.466 del Código civil venezolano; y, finalmente, de que por más que el artículo 1.922 impone el registro de la sentencia de resolución y el artículo 1.924 consagra la inoponibilidad a tercero de una sentencia de tal clase no registrada, debe tenerse en cuenta que este último precepto se refiere a las sentencias «que no hayan sido anteriormente registradas», lo que significa pura y simplemente que su eficacia se restringe a aquellas resoluciones judiciales que dictadas con anterioridad al acto adquisitivo transcrito no acudiesen al Registro antes

que éste y no al supuesto inverso de que la adquisición haya tenido lugar antes del pronunciamiento de la sentencia, tal como resulta del juego desnudo del principio latino inoponibilidad de lo no inscrito que es el único que recoge y formula el artículo 1.924 del Código civil venezolano. Lo cierto es que no sólo el sistema venezolano se limitó a ser fiel copia del sistema franco-italiano de transcripción, que no garantiza la validez del título del *tradens* o de los que, también inscritos, anteceden a éste, sino que, además, se ha quedado patéticamente estancado en un modelo ya superado, pues el sistema italiano a través del Código de 1942 y el sistema francés a través de la reforma de 1955-1959 se han acercado de manera sensible al régimen germánico de la fe pública registral. La superación del caduco e inadecuado sistema registral venezolano no cabe hacerle mediante una interpretación forzada y antihistórica de los textos vigentes, por muy bien intencionada que sea, sino a través de la necesaria e injustificadamente demorada reforma de la legislación registral de Venezuela.

En relación a la pretendida eficacia *ex tunc* de la sentencia de resolución, considera, en base a las ideas antes expuestas, que en el Derecho venezolano cabe acoger la tesis italiana de la denominada retroactividad real relativa, esto es, circunscrita a las partes, si bien en dicho ordenamiento la relatividad abarcaría no sólo a las partes, sino también a ciertos terceros, o sea, a aquellos terceros que no pudieran invocar a su favor los efectos purificadores del Registro Público sobre los derechos por ellos adquiridos del demandado, en virtud de un acto transcrito de cuyo contenido no resultase claramente la causa de resolubilidad del derecho transmitido, si se tratase de inmuebles, o, tratándose de muebles, respecto de aquellos terceros que no puedan acogerse a las reglas de la inoponibilidad que resultan de la aplicación del artículo 794 del Código civil venezolano. En la medida pertinente, valga lo anteriormente expuesto.

Particular interés revisten las reflexiones del autor en torno a la incidencia de la acción resolutoria en el ámbito de los contratos de ejecución continuada, en el que se admite la tesis de la mera eficacia *ex nunc* de la sentencia de resolución, los contratos de suministros periódicos, en los que la resolución sí tiene efectos retroactivos, ya que aquí no podría afirmarse que la intangibilidad de las prestaciones ya cumplidas no atente contra el equilibrio sinalagmático *inter partes*, y el caso particular del contrato de obras. Sus últimas palabras en relación al tema de la acción accesoria por daños y perjuicios que acompaña, en principio, a la resolutoria, viejo problema que ha mortificado desde antiguo a la doctrina por su aparente incompatibilidad con el juego resolutorio, son para advertir, con buen criterio, que la necesidad de que los riesgos de haber celebrado el contrato no sean puestos a cargo de la parte inocente, cuando por incumplimiento imputable a la contraparte se extingan con la declaratoria de resolución, constituye suficiente explicación para la admisibilidad de esa acción accesoria por daños y perjuicios.

Quizá me he excedido un tanto en el comentario de esta excelente monografía venezolana, pero creo que su calidad, la riqueza de planteamientos y la intrínseca importancia del tema justifican el eventual exceso. Como líneas arriba indiqué, constituye un ejemplo típico de la nueva doctrina

jurídica latinoamericana y del rango y altura científica que está alcanzando. Algo que los juristas españoles, no muy proclives a estimar en su exacto valor la producción jurídica de allende el Océano, deberíamos tomar muy en cuenta a objeto de intensificar los contactos y recíproca influencia benéfica, porque si bien es cierto que la ciencia jurídica española no es utilizada en Latinoamérica en la medida debida (con neta y no del todo justificada superioridad de la italiana y francesa), también lo es que aquí en España no apreciamos en sus justos términos los muy estimables valores de la ciencia jurídica latinoamericana. La magistral monografía del profesor Mélich-Orsini, la mejor escrita en castellano en tema de resolución contractual, podría servirnos de ocasión y estímulo para empezar a remediar tan injusta y lamentable situación.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES,
Profesor Extraordinario
de la Universidad de Zaragoza.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALONSO OLEA, Manuel: «Derecho del Trabajo». Sexta edición renovada. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, 1980, 766 págs.

Acaba de publicarse la sexta edición del Derecho del Trabajo del profesor Alonso Olea. En el Prólogo de esta edición se nos explica el que se le haya calificado de edición renovada, en lugar de revisada. Ha sido necesario tener en cuenta para ellas los hondos cambios jurídicos experimentados en la ordenación jurídica española; la vigencia de la Constitución de 1978 y sobre todo la nueva normativa establecida por el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

La obra, después de un título preliminar, se desarrolla tratando sucesivamente; del contrato del trabajo, en toda complejidad y aspectos; de las fuentes del Derecho del Trabajo, entre las que se trata, además de la legislación, de la costumbre, de la Organización Internacional del Trabajo y de los Convenios Colectivos; de los conflictos de trabajo; de los procesos laborales, proceso ordinario, procesos especiales. Concluye con un útil índice de normas básicas.

En esta obra se manifiesta, una vez más, el buen conocer teórico y práctico del autor sobre la normativa laboral, y también de la evolución de las ideas y del ambiente social que la determinan, lo que el lector ya conoce por los estudios especializados del Autor sobre el origen y desarrollo de los dogmas jurídicos (1).

R.

ARROYO CAMACHO, D.: “Las cláusulas de inalienabilidad”. Panamá, 1980.

La deformación del jurista al contemplar hechos naturales puede ser tal que trate de aplicar al fenómeno que ante su vista aparece, todo lo que jurídicamente se imagina aplicable al mismo. A mí esto me sucedió con el Canal de Panamá: mirándolo en su portentosa obra de exclusas quise ver una figura jurídica que ahora cobra vida en la obra que recen-

(1) No hace mucho el ANUARIO publicaba su estudio, «Inalienabilidad de la persona, inalienabilidad de los servicios. Apunte sobre el tema en Hegel y sus precedentes», ADC, XXVIII, fasc. IV, octubre-diciembre 1975, págs. 875-896. También se daba cuenta, en la sección Bibliografía, Libros, de la publicación de «De la servidumbre al contrato de trabajo». Ed. Tecnos, Madrid, 1979, en ADC, XXXII, fascículos II y III, abril-septiembre 1979, págs. 491-492.

siono. A mí el Canal me pareció la solución a una especie de prohibición de disponer. Y contemplando el funcionamiento mecanizado del mismo recordé nuestro viejo Código civil que habla todavía de los caminos de "sirga" hechos realidad en esa especie de orugas mecanizadas que tiran del buque por unos carriles situados a ambos lados del cauce. Sin querer recordé el viejo Canal de Castilla por donde las grandes barcazas eran conducidas por cuerdas tiradas por caballerías que transitaban el camino de "sirga".

Un panameño, el autor de la monografía, Dulio Arroyo Camacho (ex catedrático de Derecho civil, ex Magistrado de la Corte y miembro fundador de la Academia de Derecho) me saca de mi deformación y, sin hacer referencia para nada al Canal, me explica o nos explica en su libro toda la teoría de las cláusulas de inalienabilidad en su proyección legislativa panameña. Toda la temática del libro viene resumida en el prólogo, que el autor redacta en base de esa serie de consultas que recibe en su despacho y en el deseo de superar la poca atención que la doctrina nacional ha dispensado a la figura. A medida que profundizaba en el tema —dice el autor— resultaba imprescindible considerar, aunque fuera brevemente, los caracteres o atributos del dominio, su contenido y los cambios que ha sufrido al pasar de ser un derecho absoluto (en la Constitución de 1904) a contener un conjunto de limitaciones en el año 1941. Las llamadas cláusulas de inalienabilidad —como manifestación de esas limitaciones— pueden revestir dos modalidades: las de no enajenar, destinadas a crear tan sólo derechos personales, obligaciones, entre las partes, y otras que, configuradas como prohibiciones de enajenar con trascendencia real, constituyen verdaderas limitaciones al dominio. Por supuesto, es dentro de estas últimas donde al autor se le plantean los temas de validez o nulidad, inscripción en el Registro, forma y efectos de las mismas y de su naturaleza jurídica.

De lo dicho se comprende que el autor destine los tres primeros capítulos de la obra a perfilar, con abundante cita bibliográfica, el concepto y el contenido del derecho de propiedad, las nociones fundamentales sobre las limitaciones de disponer y el especial examen de la facultad de disponer y sus limitaciones. El resto de la obra tiene, a nuestro entender, tres puntos claves:

a) *Las cláusulas de inalienabilidad en la doctrina, en el Derecho comparado y en el panameño.* Los temas que más acusadamente se destacan son los que la doctrina elabora en torno a la licitud o condiciones de licitud de las cláusulas y los efectos que las mismas pueden producir. Después de una evolución histórica del tema, reseña en forma comprensiva nueve legislaciones que sirven para estructurar el Derecho comparado que estudia. Comienza con la legislación francesa y termina con la moderna legislación mejicana, que prohíbe las establecidas en los actos "mortis causa". Para las "inter vivos" el artículo referente a la compraventa admite la validez de vender a "determinada persona".

En el Derecho panameño se hace un estudio histórico que desemboca en la legislación actual, en la cual se distingue: 1) Requisitos para su validez: carácter expreso, recaer sobre un derecho enajenable, temporalidad, interés legítimo, no ser contraria a la ley, moral u orden público.

2) Efectos. Su examen se hace distinguiendo los bienes inmuebles de los muebles y en los primeros según esté la cláusula inscrita o no en el Registro.

B) *Naturaleza jurídica de las prohibiciones de enajenar.* Es lógico que para llegar a las últimas conclusiones que el autor mantiene tenga que examinar detenidamente las nociones generales sobre la esencia de los derechos reales y personales, la importancia práctica de la distinción y las notas que caracterizan a dichos derechos reales. La postura doctrinal del autor es la de considerar que las prohibiciones de enajenar impuestas por los particulares son verdaderos derechos reales, teniendo la condición de una garantía real, sin que ello signifique que se trata de un derecho real accesorio y de garantía o "ad valorem", como son la prenda, la hipoteca y la anticresis. Se trata de una garantía, ya que el titular de las mismas tiene la "seguridad" de que el inmueble no será enajenado, de que no saldrá del patrimonio del dueño durante determinado tiempo, lo cual le permite la satisfacción de su interés desde el punto de vista jurídico y económico.

C) *Naturaleza jurídica del derecho de opción.* El examen de esta figura se hace sobre la base de que "el derecho de opción de compra nace de la figura de la promesa unilateral de venta", y ello lleva consigo una prohibición de disponer. El autor defiende, después de exponer opiniones extranjeras y estudiar el Derecho comparado, que la opción de compra puede ser configurada como derecho real si se refiere a inmuebles, se hace en escritura pública, se concede por quien registralmente sea dueño del inmueble y se inscribe en el Registro.

El peso de la vieja tradición de la vinculación y amortización de la propiedad todavía sigue pesando en la mente del legislador, y creo que el aporte que el autor hace a la construcción jurídica de la figura, debe ser tenido muy en cuenta a la hora de fijar libertades contractuales y delimitar lo que es o no válido en esta materia. De cualquier forma, la solución debe ser "pacífica", lo mismo que el nombre de un simpático panameño, sonriente y desdentado, que me enseñó el Canal y que tenía nombre de oceano: Pacífico.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

BELFIORE, Angelo: "Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali". Milano 1979. Editorial A. Giuffrè. Un volumen de 617 págs.

Dentro de la literatura que compone la actual civilística italiana existe una proclive tendencia hacia los estudios de análisis históricos, de la historia inmediata de las instituciones que están recogidas en su vigente y polémico "Codice civile" de 1942. Con estos estudios se pretende hallar y hasta justificar con cierta intencionalidad, que no deja de presentar sus caracteres románticos, por el encuentro de lo propiamente italiano, de su idiosincrasia, sin dejar de reconocer ni menospreciar las influencias de las escuelas europeas, como las provenientes de la decimonónica de la

interpretación francesa y la de la dogmática alemana. Así, la monografía de Belfiore, a propósito de la interpretación y de la dogmática en la teoría de los derechos reales es una buena muestra de esta posición contemporánea.

El autor trata el tema en tres partes concretas: Una, donde expone los "derechos reales" como voz o término del vocabulario del legislador; otra, en la que muestra a los "derechos reales" como un concepto científico y, una tercera, en la que muestra a los "derechos reales" y el proceso económico, es decir, la formación histórica del principio de tipicidad que los conforma.

En la segunda parte, donde estudia el derecho real como concepto científico, parte de la escuela de la exégesis italiana (1865-1884) y su postura descriptiva dentro del Derecho civil, donde la definición del derecho real no es técnica. A continuación trata la crisis de esta escuela, el proceso de superación ante los nuevos modelos culturales e intelectuales en el aparato teórico-lógico, para llegar a la fase "moderna" del criterio conceptual del derecho real (Polacco, Carnelutti) y, sobre todo, la influencia de Puchta. Se obtiene así una geometría conceptual y una categoría del derecho real (1930-1942) desenvuelta por Arangio-Ruiz, Nicolo, Barassi, Barbero, Giorgianni y Pugliatti.

En la tercera parte de esta monografía se advierte la tendencia de la metodología marxista en cuanto a su estudio, al contrastar y valorar la perspectiva de los derechos reales en su proceso económico y deducir la formación histórica del principio de tipicidad de los derechos reales. Por tanto, advierte la cuestión de la tipicidad de los derechos reales por el paso de una economía señorial a una economía de mercado, poniendo de relieve y recogiendo la experiencia francesa, para concluir con la experiencia italiana con su transformación de una economía de mercado predominantemente agrícola (1865) a una economía agro-industrial (1865-1940).

El autor concluye, pues, cómo en la doctrina italiana del novecientos, se consolida el principio de tipicidad de los derechos reales, independiéndose de la misma categoría de la relación obligatoria, siendo una conquista suya y no exclusivamente de las sugerencias y de los contactos con la literatura alemana, ya que se encuentra ante una sociedad dominada por una modalidad de producción capitalista, la racionalidad de las conexiones e interdependencias de esta sociedad, de su vida económica y política, e su imagen social simplificada, tratada como una categoría general y abstracta. En concreto, el problema de la tipicidad de los derechos reales como cuestión general de las relaciones entre la autonomía privada y el ordenamiento no cree que tuviese entonces sentido. En el período decimonónico, el intérprete tuvo que realizar la misión de individualizar las hipótesis particulares, concretas, en relación con el ámbito de aplicación de la disciplina normativa y contrastar los intereses privados conforme a su requerimiento, pero sin entrar en juego las características generales de una cultura. Esta actitud es la que el autor reclama para su estudio actual.

COPPOLA, Raffaele: «Introduzione del divorzio e sue conseguenze in Italia». Salamanca, 1980. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Ciencias Jurídicas. Departamento «San Raimundo Peñafort».

Este libro tiene el mérito de ser la primera monografía de derecho eclesiástico sobre el divorcio.

Consta de tres partes y un apéndice, y contiene la precisa documentación acerca de los proyectos legislativos de divorcio en Italia, así como una valoración del resultado del referéndum para la abrogación de la Ley de 1 de diciembre de 1970.

Representa un estudio actualísimo sobre un tema vivo, y es un servicio que Raffaele Coppola rinde a los juristas españoles (canonistas y civilistas) en un momento en el que, según su autor, se ha buscado afanosamente una salida para evitar que la desunión en el matrimonio sea el principio de la disgregación de la familia.

En la primera parte analiza el tema de la disolución del matrimonio en la Constitución española, poniéndolo en relación con los problemas que ha planteado el divorcio en Italia. Piensa su autor que el conocimiento de la experiencia italiana servirá mucho a los españoles y estima que una eventual normativa divorcista en España difícilmente respetará la distinción de las dos clases de matrimonio previstas en el artículo 42 del C. c. español. También analiza el concepto de anticlericalismo conservador en la experiencia española, poniéndolo en relación con el divorcio como problema social en España.

Pasa posteriormente a realizar un análisis de los proyectos sobre disolución de matrimonio gestados en Italia (iniciativas de los diputados Morelli, Romagnoli, Carettoni, Sansone, Ferri, Villa y Zanardelli) para centrar su estudio en los proyectos de principios del siglo xx y en particular sobre la Ley Fortuna-Baslini, que tanta polémica causó en Italia. También plantea el tema de «divorcio y referéndum popular abrogativo» como problemas interdependientes.

En la segunda parte, Coppola pone en relación el artículo 29 de la Constitución italiana, referente a los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio, con el artículo 3, núm. 2, letra b, de la Ley de 1 de diciembre de 1970. Estudia el problema del paso de la separación consensual al divorcio consensual como fin. Asimismo analiza las perspectivas de la exclusión de los matrimonios concordatarios de la ley reguladora del divorcio en Italia, relacionándolo con determinadas sentencias de la Corte Constitucional Italiana sobre la legitimidad constitucional de la extensión del divorcio a los matrimonios canónicos. También estudia, en conexión con este punto, el problema de la competencia del Estado en la decisión del cese de los efectos civiles del matrimonio concordatario.

Posteriormente apunta un tema de profundo interés; pone en relación los resultados de la consulta realizada, con las expectativas creadas y con las hipótesis de revisión constitucional, y considera la vía diplomática y concordataria como alternativa del procedimiento de revisión constitucional.

Dedica algunas páginas a comentar la postura de la Corte Constitucional

en relación con los pronunciamientos acerca de la «disolubilidad» de los efectos jurídicos atribuidos al matrimonio canónico.

Constata cómo la introducción y conservación de la legislación divorcista pueden ser incluidos entre los componentes de la crisis actual, y aún más, entre sus factores.

Expone las bases sociales de la oposición total al divorcio y la postura al respecto de la Iglesia Católica.

En la tercera y última parte estudia las causas de divorcio y sus problemas. Dedicar algunas páginas a las cuestiones referentes al cuidado de la prole y reconocimiento de hijos adulterinos. Analiza el artículo 5 de la Ley de 1 de diciembre de 1970, con respecto al poder del Ministerio Público de impugnar la sentencia que declare la eficacia e ineficacia en Italia de los pronunciamientos relativos al divorcio.

Por último hace alguna referencia al valor de las sentencias extranjeras de divorcio en relación con el límite del orden público.

MARÍA DÍAZ DE ENTRE-SOTOS Y FORNS

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón: «Curso de Derecho Administrativo». Vol. II. Segunda Edición. Editorial Civitas, 1981, 627 páginas.

En la nota introductiva de esta nueva edición del curso se nos informa que el complejo de instituciones estudiadas en el texto inicial de la obra, de 1977, se ha repensado a la luz de la Constitución de 1978, lo que se hace intentando destacar cuáles deben ser las líneas de fuerza que presidan la previsible evolución de las instituciones jurídico-administrativas.

Sobre el valor excepcional de este libro y el pormenor de su contenido podemos remitirnos a lo que nos dice tan brillantemente Luis Díez-Picazo (en este ANUARIO, tomo XXXII, fascículo I, enero-marzo MCMLXXIX, páginas 184-188), con ocasión de publicarse en 1977 la primera edición del mismo, quien acertadamente califica esta obra como «una de las más importantes de la ciencia jurídica española de los últimos tiempos» (pág. 184, i. f.) (1).

Todavía cabe añadir que la virtualidad atribuida a la normativa constitucional, tanto para la interpretación de las reglas vigentes del Derecho administrativo, que como guía para el desarrollo o reforma del futuro de ese mismo Derecho, se inspira en las ideas tan sugestivamente expuestas por el profesor García de Enterría en el ANUARIO, en el estudio titulado «La Constitución como norma jurídica» (tomo XXXII, fascículos II y III, abril-septiembre, págs. 291-341).

B. C.

(1) En los comentarios hechos por Díez-Picazo de los temas tratados en dicho libro, podrá contratarse el valor relevante que tiene para los estudiosos del Derecho privado.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: «Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial». Editorial Tecnos. Madrid, 1981. 302 págs.

El libro reseñado se publicó en primera edición el año 1970. Ha tenido desde entonces un gran eco en la doctrina científica y en la jurisprudencial, e influyó de modo muy profundo en una y en otra, ofreciendo una nueva visión de la eficacia de la jerarquía de las normas en el ordenamiento jurídico; lo que hubo de notarse en la misma aplicación práctica por los tribunales.

Al dar a la imprenta la segunda edición de esta obra, el autor nos dice en su Prólogo que ha optado por dejarla incambiada. Por dos razones. La primera, la dificultad de readaptar unos estudios monográficos a un sistema normativo distinto a aquel en que surgieron. La segunda, que es la decisiva, el que en vigor la Constitución de 1978, «ha venido a sancionar las construcciones y las doctrinas principales sustentadas en este libro». Lo que se justifica con detalle en dicho Prólogo.

En el trabajo «Legislación delegada», como en la Constitución, se parte del sistema de «unidad de poder»; de la esencial heterogeneidad de la Ley «expresión de la voluntad popular» y del Reglamento, «fruto de la secundaria voluntad gubernamental y burocrática». Además, está la explícita regulación del fenómeno llamado de la «delegación recepticia», contenida en los artículos 82 a 86 de la Constitución.

Muy en especial se muestra que la tesis del control judicial de la legalidad de los Reglamentos y de la legislación delegada, sostenida ya en dicho estudio, se encuentra ahora afirmada en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Respecto del trabajo «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», destaca cómo la Constitución ha venido a respaldar sus conclusiones. El artículo 103, par. 1, de la Constitución, al mandar que la Administración ha de proceder «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», quiere decir que vincula la Administración a «un Derecho no expreso necesariamente en las Leyes, lo que únicamente puede entenderse como una apelación explícita a los principios generales del Derecho».

Este nuevo Prólogo, no obstante su relativa brevedad (págs. XVII-XX), es una muy útil «adaptación» del texto reeditado a la Constitución. Es por ello muy recomendable su lectura detenida, para apreciar mejor el valor de la obra para aclarar el sentido de la Constitución.

R.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, PAREJO ALFONSO, Luciano: «Lecciones de Derecho urbanístico II». Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1981, 424 págs.

Es grato anunciar la publicación de este libro; viene a completar la obra sobre Derecho urbanístico, de cuyo primer tomo se diera cuenta en el ANUARIO (tomo XXXIII, fascículo II, abril-junio 1980, págs. 431-433). En dicha reseña, se decía lo excesivamente modesto del título Lecciones y se agregaba que se ofrece en realidad un excelente Tratado de Derecho urbanístico. A

nuestro juicio, dicho título nos parece adecuado, en el sentido de ser una obra magistral, que nos enseña lo que se debe saber la difícil materia del urbanismo.

El primer tomo contiene dos títulos o partes, este segundo se distribuye en otros tres títulos. El título tercero. «La gestión urbanística», va tratando de la «Ejecución de los planes urbanísticos», «Los patrimonios públicos de suelo como técnica urbanística», y la «Carga de edificación forzosa». El título cuarto, sobre «La intervención en la edificación y el uso del suelo», examina las técnicas de intervención administrativa, en especial del tema central de la licencia urbanística, estudiándose con especial cuidado el otorgamiento expreso y el por silencio administrativo positivo; termina esta parte tratando de los deberes impuestos a los propietarios para la conservación y reparación de las edificaciones e instalaciones y también del deber de mejora turística o estética y, en fin, de las medidas administrativas en caso de ruina. Pone fin al libro el título quinto, que trata de la infracción urbanística, y de las sanciones que se han de imponer en cada supuesto.

Este segundo tomo de las «Lecciones» merece ampliamente el favorable juicio con el que se acogiera el primero. Se echan de menos algunas observaciones críticas sobre el funcionamiento práctico de la Ley, sobre su eficacia y resultados y también sobre su conveniencia y posibilidades de su reforma.

B. C.

PREDIERI, Alberto y GARCIA DE ENTERRIA: «La Constitución española de 1978. Estudio sistemático». Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1980, 929 páginas.

Con envidiable rapidez y con ejemplar cuidado, la Editorial Civitas publica esta importante colección de trabajos sobre la vigente Constitución española. Paralelamente, la Editorial R. Giuffré la presenta en Milán. Es una notable peculiaridad. Dirigida la obra por dos profesores, Alberto Predieri, de la Universidad de Florencia, y por nuestro Eduardo García de Enterría, han querido se viera la Constitución de 1978 desde los puntos de vista italiano y español; teniendo en cuenta que «nuestros dos constitucionalismos están recíprocamente imbricados». Se recuerdan, al efecto, que la Constitución española ha tomado visiblemente entre sus modelos extranjeros a la Constitución italiana de 1947 y el que esta Constitución fuera influenciada por la española de 1931, especialmente en la cuestión clave del Estado regional. También puede mencionarse la acogida que ya tuviera en Italia la Constitución española de 1812.

La obra consta de dieciocho estudios, algunos de gran extensión y altura científica. Hubiera sido deseable dar cuenta en pormenor de cada uno de ellos, dado su interés doctrinal y práctico; desgraciadamente, no es posible. Lo impiden los límites impuestos a una reseña bibliográfica. Para información del lector podrá bastar la indicación de título y autor, y todo lo más destacar aquellos estudios que más interés puedan tener para el civilista.

Comienza el libro con dos trabajos de carácter histórico; el de Martínez Cuadrado (Miguel), «La Constitución española de 1978 en la historia del Constitucionalismo español» (págs. 21-41) y el de Jiménez Campo (Javier), «Crisis política y transición al pluralismo en España (1975-1978)» (págs. 45-94).

Constituyen la parte central del libro dos estudios de grande y general importancia para todo jurista. El de García de Enterría (Eduardo), «La Constitución como norma jurídica» (págs. 97-158) conocido ya por los lectores del ANUARIO (1) y el de Predieri (Alberto): «El sistema de las fuentes del Derecho» (págs. 161-260). Este tema, fundamental para la doctrina y práctica jurídica, se ha tratado con especial esmero. Pueden destacarse por su interés las disquisiciones sobre jerarquía de las fuentes, leyes orgánicas, leyes de las comunidades autónomas, Derechos forales y principios generales del Derecho. Respecto de éstos mantiene la posición positivista, predominante en la doctrina italiana, a diferencia de la española y alemana. Al tratar de los principios, contrapone el artículo 103, ap. 1 al 107, ap. 1, ambos de la Constitución; para decirnos que con ello se abre el problema de si la fórmulas utilizadas por dichos artículos lleva a considerar los principios generales del Derecho como Derecho directamente aplicable a la Administración, sin el filtro de la ley, lo que en cambio parece sea necesario para el juez. Puede pensarse que quizá aquí se olvida el carácter casi constitucional del título preliminar del Código civil (art. 1.º, ap. 4) y la referencia a la justicia que se encuentra en el artículo 1.º, ap. 1º de la Constitución.

Los restantes estudios se refieren a cuestiones especiales del Derecho constitucional y al comentario de las disposiciones correspondientes del texto de la Constitución. Por la razón antes indicada, habrá que limitarse aquí a una referencia de autor y título del trabajo: Basile (Silvio), «Los valores superiores», los derechos fundamentales y los derechos y libertades públicos» (págs. 263-315); Prieto Sanchís (Luis) «Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la Constitución: Problemas fundamentales (págs. 319-374); Marisi (Massimo), «Aspectos esenciales de la relación entre Estado y Economía en una Constitución de la crisis» (págs. 377-421); Aragón (Manuel), «La monarquía parlamentaria» (págs. 425-474); Manzella (Andrea), «Las Cortes en el sistema parlamentario español (págs. 477-522). Gaciagli (Mario), «El sistema electoral de las Cortes según los arts. 68 y 69 (págs. 525-571); Rodríguez Zapata y Pérez (Jorge), «Derecho internacional y sistema de fuentes del Derecho: La Constitución española» (2) (págs. 575-611); Monaco (Fabio Roversi), «Breves consideraciones sobre el Gobierno y la Administración en la Constitución española» (págs. 615-623); Sánchez Morón (Miguel), «Notas sobre la función administrativa» (págs. 628-685); Cruz Villalón (Pedro), «La protección extraordinaria del Estado» (págs. 689-717); Mosquera (Luis), «La posición del poder judicial en la Constitución española de 1978» (págs. 721-767); Leguina Villa (Jesús), «Las

(1) Este estudio, fundamental para el conocimiento del significado de la Constitución en el ordenamiento jurídico español, es reproducción del que ya publicara el ANUARIO, en el tomo XXXII, fascículos II y III, abril-septiembre MCMLXXIX, págs. 291-341. Han podido observarse algunos párrafos agregados en la nueva versión del trabajo; así, en págs. 150 y 158, respecto de lo dicho en el ANUARIO en págs. 333 y 341.

(2) Trata también Pradier de los tratados internacionales en el sistema de las fuentes del Derecho, págs. 224-228.

comunidades autónomas» (págs. 771-828); Rubio Llorente (Francisco) y Aragón Reyes (Manuel), «La jurisdicción constitucional» (págs. 832-886); Martínez Cuadrado (Miguel) y Vanaclocha (Francisco), «Introducción bibliográfica al sistema político español» (págs. 889-913).

A pesar de lo escueto de los datos suministrados ha de esperarse que sean suficientes para dar a conocer el valor de la obra reseñada, al fin de conocer mejor la Constitución de 1978.

Todavía, sea permitida una sugestión; si como es de esperar se hace una segunda edición del libro, serían muy de agradecer unos índices, de conceptos y de los artículos de la Constitución comentados.

B. C.

REVISTA DEL INSTITUTO MARTIN AZPILCUETA: «Ius Canonicum». Universidad de Navarra. Vol. XVIII, números 35-36 (enero-diciembre 1978).

En este interesante número de la revista, a lo largo de casi 600 páginas, se contienen estudios y trabajos desde artículos de auténtica actualidad periodística, en el momento de su publicación hasta estudios de muy extensa y profunda ambición científica.

Así el primer trabajo, de Luka Brajnovic, bajo el título de «Tres meses en la historia de la Iglesia», se refiere a los setenta y un días transcurridos entre la muerte del Papa Pablo VI y la elección del actual Pontífice Juan Pablo II, que representan un cortísimo pero muy emocionante período de la vida contemporánea de la Iglesia, período lleno de un profundo dolor y de una ilusionada alegría.

Carmelo de Diego-Lora titula su trabajo «2 de octubre de 1928: conmemoración de una fecha jubilar».

A continuación, bajo el título genérico de **Cuestiones de Derecho eclesiástico** existen dos estudios monográficos interesantes.. Uno de Mariano López Alarcón, que bajo el título «El matrimonio concordatario en el actual proceso legislativo español» se refiere al sistema matrimonial español y otro de los autores Elia Acerbis-Paolo Biavati, titulado «L'Insegnamento religioso nella scuola pública italiana».

Nos detendremos especialmente en el primero de estos dos títulos del profesor López Alarcón, que es la ponencia expuesta el 16 de febrero de 1979 en el seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra.

Dos grandes apartados componen el conjunto de este trabajo. Uno el sistema matrimonial, otro, la jurisdicción eclesiástica sobre el matrimonio.

Respecto del primero, se halla compuesto de los epígrafes relativos a las formas de matrimonio, según el artículo 32 de la Constitución, el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico, la eficacia civil de los ritos matrimoniales no católicos y el sistema del matrimonio facultativo anticipado por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por lo que respecta a las formas de matrimonio según la Constitución, ésta remite a una futura ley la regulación del sistema matrimonial que ha de regir en España.

Ultimamente se ha propugnado la distinción entre formas y clases de matrimonio, conceptos que claramente han sido precisados por varios autores. El autor afirma estar convencido de que la primera redacción del artículo 42 del C. civil, en una época en la que no se alcanzaban los actuales niveles científicos y terminológicos, empleó la palabra formas con el alcance que actualmente se atribuye a clases de matrimonio. Llega a esta conclusión después de examinar la postura de algunos autores, como Sánchez Román, Falcón, Burón y Valverde, así como la opinión contraria de Mucius Scaevola.

El tema es de suma trascendencia porque el artículo 32 de la Constitución emplea el término formas cuando plantea el sistema matrimonial español y se debe procurar la recta interpretación de dicho término.

A juicio del autor, las formas del matrimonio a que se refiere la Constitución, son los regímenes jurídicos propios del Ordenamiento civil y de los Ordenamientos religiosos aceptados por la ley estatal o concordada.

Se recoge la opinión de autores como Herrero de Miñón, Pere Raluy y Peña Bernaldo de Quirós, que apuntan hacia la posibilidad del sistema anglosajón en el que solamente se acepta por el Estado el matrimonio civil, pero con pluralidad de formas, tanto la civil como las religiosas, reguladas éstas por sus respectivos ordenamientos. Con esta idea todo matrimonio canónico valdrá, en términos generales, como matrimonio civil.

El autor manifiesta que es muy hábil la celada que encierra esta propuesta y que haría creer a los católicos que celebran el matrimonio canónico, cuando realmente contraen el civil. Se advierte que la Constitución no va por ese camino, ya que al emplear la palabra formas vuelve a los orígenes, utilizándola en el sentido dominante en el ordenamiento español durante casi un siglo. Si la Ley de 24 de abril de 1958 tecnificó la distinción entre matrimonio canónico y civil, la Constitución recupera el término en su interpretación usual.

Manifiesta el autor por lo que atañe al reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico, que ello ha sido una constante histórica. Así, el R. D. de 9 de febrero de 1875, la Base tercera de la Ley de 1888 y el artículo 76 del C. civil. El concordato de 1953 mantiene dicho principio que ha sido recogido por la reforma legislativa de 1958 en el artículo 76 del C. civil.

En esta misma línea se mantiene el Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, recogido en su artículo VI, 1, y el protocolo final que regula el procedimiento para el acceso del matrimonio canónico al Registro Civil.

La inserción de otros matrimonios religiosos en el sistema español bajo la fórmula constitucional de «formas de matrimonio» plantea otro problema que se examina a continuación.

La eficacia civil de los ritos matrimoniales no católicos, es el apartado tercero del epígrafe uno y el autor sienta la conclusión de que cabe que se admitan a efectos civiles en el ordenamiento español los ritos matrimoniales acatólicos junto a las formas matrimoniales canónica y civil, aunque ello signifique una aplicación correctiva del artículo 32,2 de la Constitución, pues concurre con este precepto el artículo 16,3 de la misma norma fundamental,

que obliga a los poderes públicos a tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española.

El sistema de matrimonio facultativo que según el autor es anticipado por la dirección general de los Registros y del Notariado viene a sustituir el régimen de matrimonio civil subsidiario del canónico y, en razón a ello, la Dirección General mediante instrucción de 26 de diciembre de 1978, que advierte «que a partir de la entrada en vigor de la Constitución, han de entenderse modificados los artículos 42 y 86 del C. civil, lo mismo que los preceptos concordantes que los desarrollan del reglamento del Registro Civil y que por lo tanto se deben autorizar los matrimonios civiles de las personas que lo deseen sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes.

La segunda parte del trabajo se refiere al tema fundamental de la jurisdicción eclesiástica sobre el matrimonio.

Contiene dos grandes apartados dedicados, respectivamente, al silencio de la Constitución sobre la materia y al estudio del art. VI del Acuerdo con la Santa Sede.

Por lo que se refiere al primero después de señalar el principio de unidad jurisdiccional, recogido en el artículo 117, 5 de la Constitución, afirma el autor que dicho precepto podría llevar a la errónea conclusión de que se suprime toda posibilidad de presencia de la jurisdicción eclesiástica en el ordenamiento civil español, lo cual no es cierto porque el Acuerdo con la Santa Sede respeta la jurisdicción eclesiástica y reconoce efectos civiles a resoluciones canónicas de nulidad y dispensa de rato.

La parte última del trabajo, como hemos dicho, se refiere a la autonomía de la jurisdicción eclesiástica y al examen del exequatur dentro del artículo VI del Acuerdo con la Santa Sede.

Frente al concordato de 1953, que reconoció la jurisdicción eclesiástica en asuntos matrimoniales y eficacia civil a todas las decisiones canónicas, con auxilio del brazo secular, sin control estatal el acuerdo respeta la autonomía de la jurisdicción eclesiástica, pero no la reconoce civilmente y limita la eficacia civil a las sentencias de nulidad y a los rescritos sobre dispensa del matrimonio rato y no consumado, previo control mediante juicio de exequatur.

En cuanto a las causas de separación de los cónyuges unidos por matrimonio canónico, nada se estipula sobre el particular y, por consiguiente, los tribunales eclesiásticos podrán conocer de dichas causas, pero sin que las resoluciones que recaigan gozen de efectos civiles.

En lo que atañe al exequatur previo para el reconocimiento de efectos civiles la materia se distribuye en cuatro temas fundamentales: Tribunal civil competente, procedimiento, declaración de que la resolución eclesiástica se ajusta a Derecho y de negación del exequatur.

Tribunal civil competente: descarta la posibilidad de atribución de competencia al Tribunal Supremo, señalando que lo congruente sería asignarla al Tribunal civil de análoga competencia territorial y material que el eclesiástico, que podrían ser las audiencias territoriales o el Tribunal Superior de Justicia de las comunidades autónomas a que se refiere el artículo 152 de la Constitución. Este Tribunal encomendaría la ejecución al Juzgado de

Primera Instancia correspondiente al lugar donde esté inscrito el matrimonio.

En cuanto al procedimiento, bastaría cumplir los trámites establecidos por el artículo 995 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No entramos en los dos últimos apartados, salvo afirmar que en caso de denegación del exequatur, la sentencia canónica seguiría produciendo sus efectos en el ordenamiento de la Iglesia, pero estaría desprovista de efectos civiles.

El sumario de la revista continúa con un apartado que, bajo el título «LAS ENFERMEDADES MENTALES EN LA JURISPRUDENCIA MATRIMONIAL CANONICA», contiene dos sentencias rotales de nulidad por el capítulo de enfermedad mental.

Igualmente, en la página 153 un trabajo de Eloy Tejero, bajo el título «CALIFICACION JURIDICA DE LA AMENCIA EN EL SISTEMA MATRIMONIAL CANONICO».

Más adelante, Salvador Cervera y Fernando Santos, escriben sobre «LA PSIQUIATRIA Y LA FUNCION DEL PERITO EN LAS CAUSAS MATRIMONIALES».

El penúltimo apartado de esta revista, bajo el título de «OTROS ESTUDIOS», contiene tres trabajos que se señalan a continuación:

El primero, de JUAN ARIAS GOMEZ, titulado «EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA REFORMA DEL LIBRO V DEL CIC».

El segundo, de José Andrés Gallego, bajo el título «PROPAGANDA Y ORGANIZACION EN EL CATOLICISMO SOCIAL ESPAÑOL DE COMIENZOS DE SIGLO».

Finalmente, dentro de este grupo, el tercero y último trabajo sobre «LA NOCION DE PROCESSUS», cuyo autor es Juan Ignacio Arrieta.

Un último apartado, dentro del grupo de «jurisprudencia comentada» contiene una sentencia de la Sagrada Rota Romana sobre nulidad de matrimonio y un estudio de Juan Goti Ordeñana sobre el tema «EN TORNO AL MUTUO ACUERDO DE LAS PARTES PARA APELAR A LA ROTA ROMANA».

JOSÉ R. ANTÓN RIESCO

SALINAS QUIJADA, Francisco: "Manual de Derecho civil navarro". Pamplona, 1980. Editorial Aranzadi. Un volumen de 710 págs.

La labor de compendiar, de sintetizar, no sólo es una de las más árduas de la tarea intelectual, al tratar de exponer el alcance y la comprensión de un ámbito del conocimiento jurídico de las instituciones, sino la de saber destacar lo más esencial y característico en cuanto a su naturaleza, a su desenvolvimiento funcional o de adecuación en lo que respecta a sus finalidades. Así hay que reconocerlo, concretamente, en cuanto al logro que con este manual de Derecho civil navarro ha conseguido este muy ilustre y destacado jurisconsulto, Salinas Quijada. Es que este resultado final abreviado es el reflejo de un gran esfuerzo an-

terior, al haber realizado, conjuntado y expuesto en diez volúmenes las instituciones del Derecho civil navarro.

Para la realización de este "compendio" mantiene una idéntica sistemática que en su "tratado", lo que va a facilitar al lector y al estudioso la consulta de ambas obras y el hallazgo de aquellas cuestiones específicas por las que más se interese. También se recoge la totalidad de la normativa vigente, el Fuero Nuevo y los Amejoramientos, o sea, lo más fundamental del Derecho histórico navarro, la doctrina de sus autores, así como la jurisprudencia habida hasta nuestros días.

La exposición sistemática de esta obra, pues, sigue la división en libros, tal como la "Pandectística" alemana supo conseguir con validez universal para el tratamiento científico y docente de las instituciones del Derecho civil. De este modo, a un libro preliminar o de introducción, le siguen el libro I sobre el "derecho de personas", un libro II sobre el "derecho de cosas", un libro III sobre el "derecho de obligaciones y contratos", un libro IV sobre el "derecho de familia" y un libro V sobre las "sucesiones", al que se añaden las donaciones. A su vez, cada libro se divide en varios epígrafes dentro de un total de ochenta y un capítulos.

Este ilustre autor caracteriza al Derecho foral navarro como un producto de la ciencia regional en forma escrita —tal como ya el profesor D'Ors nos lo había insinuado en su cátedra santiaguesa para el Derecho foral gallego—, además de reunir todos aquellos principios, usos, costumbres, fueros y leyes propios de la región. El Derecho foral navarro lo fundamenta en criterios ideológicos cristianos del deber y de la solidaridad fraterna entre los hombres, así como para la organización de la familia y de la propiedad, en cuanto a la libertad civil, la equidad, la buena fe y la organización de la casa. A toda una tradición jurídica propia —por lo demás análoga en cuanto a estos fundamentales principios con otras regiones forales españolas (Aragón, Galicia, Cataluña, etcétera...)—, se une hoy la reinventada normativa escrita de su Compilación, llevada a cabo por una corte escogida de profesionales del Derecho, que abarcará una casuística muy perfilada en la que se introducirán las técnicas jurídicas, tanto del vetusto Derecho romano, como del más avanzado Derecho europeo contemporáneo, según se puede observar al incrustar en su texto hasta las "cláusulas de estabilización".

Por todo ello, hay que reconocer el trabajo denodado, la investigación histórica y la enorme voluntad, además del gran cariño vertido por estos esforzados evocadores y recreadores de este ordenamiento jurídico, que ha sido desarrollado hasta llegar al actual Derecho foral navarro; su espíritu romántico, como su reacción ante lo centralizador y generalizado ha dado sus frutos. Una buena muestra es este sucinto manual, obra densa, ágil y divulgadora.

JOSÉ BONET CORREA

SCHMALZL, Max: "Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers". Verlag C. H. Beck, München, 1980, 301 págs., con una introducción de XXV págs.

El Dr. Schmalzl es una autoridad en la República Federal de Alemania en todo lo relativo al régimen jurídico de la construcción inmobiliaria. Además de la monografía que anotamos ha escrito otra importante en colaboración con el Dr. Herding, "*Vertragsgestaltung und Haftung im Bauwesen*", 2.^a ed., München, 1967, y numerosos artículos relacionados con este tema en las principales revistas jurídicas alemanas.

La monografía que anotamos ha alcanzado la cuarta edición. La primera apareció en el año 1969. Este dato prueba el interés continuo que el autor ha mostrado por los aspectos jurídicos de la construcción inmobiliaria (1), y el interés que aquélla ha despertado en los juristas. Aunque el título de la monografía hace pensar que Schmalzl estudia exclusivamente las responsabilidades del arquitecto y del empresario, su objetivo es mucho más amplio, pues analiza también el régimen jurídico de los contratos que vinculan al arquitecto y al empresario con el dueño de la obra (*Architektenvertrag y Bauvertrag*). El autor examina los aspectos fundamentales de la responsabilidad del arquitecto y del contrato que éste celebra con el dueño de la obra (págs. 1 y ss.), haciendo especial hincapié en precisar la naturaleza de este contrato, pues de ella depende su régimen jurídico. Expone las diferentes teorías

(1) SCHMALZL sitúa el tema en el ámbito del Derecho civil. No lo enmarca en el denominado "Derecho de la Construcción" (*Baurecht*). Estudia las responsabilidades en que pueden incurrir el arquitecto y el empresario de la obra y el régimen jurídico de los contratos que éstos celebran con el dueño de la obra, situando con acierto esta problemática en el marco de la disciplina legal del BGB sobre el contrato de obra (*Werkvertrag*). Recientemente, algunos autores alemanes (LOCHER, *Das private Baurecht*, München 1978; WERNER-PASTOR, *Baurecht*, 1977, Deutscher Taschenbuch Verlag, y DOBEREINER y LIEGERT, *Baurecht für Praktiker*, Wiesbaden, 1977) estiman que la materia jurídica analizada por SCHMALZL es el contenido básico del "Derecho de la Construcción".

En Francia y Bélgica, se observa una orientación semejante. Diversos autores (LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, París, 1979; SAINT ALLARY, *Le droit de la construction*, París, 1977; MULPHIN, *Droit immobilier et de la construction*, París, 1977, y HANNEQUART, *Droit de la construction*, Bruxelles, 1978) tratan de configurar el nuevo Derecho de la Construcción, aunque no sólo se refieren al fenómeno jurídico de la construcción inmobiliaria, sino también a las formas de utilización de la propiedad inmobiliaria. Una buena parte del Derecho de Cosas se traslada al Derecho de la Construcción, sin un fundamento claro. DAMIEN, en el prólogo al libro de MULPHIN, destaca que ha nacido el Derecho de la Construcción, que escapa a las reglas clásicas del Código civil. Además, se incluyen en el "nuevo" Derecho instituciones del Derecho público.

En nuestro país acaba de ser aceptada esta idea por DEL ARCO y PONS (*Derecho de la Construcción*, Madrid, 1980), que incluyen en el marco del Derecho de la Construcción los contratos analizados por SCHMALZL e instituciones que tienen su sitio adecuado en el Derecho de Cosas, parte fundamental de nuestro Derecho civil.

que ha defendido la doctrina y la jurisprudencia, que a partir de la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 26 de noviembre de 1959 parece inclinarse resueltamente por la tesis del contrato de obra (págs. 23-24). En la exposición del régimen jurídico del contrato del arquitecto, el autor ha tenido muy en cuenta lo establecido por la Orden sobre honorarios por las prestaciones de arquitectos e ingenieros (HOAI), de 17 de septiembre de 1976, que configura el cuadro de sus prestaciones profesionales. Schmalzl analiza, partiendo del concepto de empresario de la obra (págs. 114-115), la responsabilidad en que éste puede incurrir por el defectuoso cumplimiento de sus obligaciones y los aspectos más relevantes del contrato de construcción. Este contrato es una modalidad del contrato de obra, cuyo objeto es la construcción de una obra inmobiliaria. Schmalzl (pág. 115) puntualiza que el empresario ejecuta materialmente la obra de acuerdo con el plano elaborado por el arquitecto. Además de la normativa del BGB sobre el contrato de obra, también ha tenido en cuenta las "condiciones generales para la ejecución de las prestaciones en la construcción" (VOB, Teil B), que forman parte del contenido del contrato si lo acuerdan las partes. En este caso, el contrato de obra, en la medida en que, como apunta Schmalzl, son respetadas las disposiciones de la AGB-Gesetz (Ley para la regulación del derecho de las condiciones generales del negocio), que entró en vigor el 1 de abril de 1977 (2). Como apéndice de la monografía el autor reproduce los párrafos del BGB sobre el contrato de obra (párrafos 631 a 651), el párrafo 15 de la HOAI y el texto de las condiciones generales sobre la ejecución de las prestaciones en las construcción (VOB, Teil B). Finalmente, queremos señalar que la labor realizada por Schmalzl es completada con una adecuada referencia bibliográfica (págs. XV-XXIII, donde cita más de 300 estudios sobre el tema) y, sobre todo, con una completa exposición de la jurisprudencia. En el índice cronológico son citadas prácticamente la totalidad de las sentencias de los tribunales alemanes (*Bundesgerichtshof*, *Oberlandesgericht* y *Landgericht*) que han sido publicadas entre 1951 y 1979 (cerca de 1.000 sentencias). El autor cita la página de la monografía donde se hace referencia a cada una de las sentencias mencionadas en el índice. De esta manera, Schmalzl ofrece un panorama completo y riguroso de

(2) Es indudable la importancia del control de las cláusulas que aparecen en las condiciones generales de los contratos de construcción (*Bavertrag*). Hoy día, pensamos nosotros, las promotoras inmobiliarias (en su mayor parte sociedades anónimas) elaboran unas condiciones generales que serán el contenido fundamental de los contratos que celebren con sus clientes. Frecuentemente, tratan de exonerarse de los riesgos, cargas y responsabilidades. Sobre la licitud de la cláusula de exclusión de la garantía, la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 29 de marzo de 1974 (NJW, 1974, pp. 1135-1137), ha declarado que las promotoras inmobiliarias pueden válidamente exonerarse de toda garantía en cuanto a los inmuebles vendidos, si han cedido a los compradores las acciones que pueden ejercitar contra arquitectos y contratistas. Sin embargo, las promotoras inmobiliarias siguen respondiendo subsidiariamente, en la medida en que los compradores no obtiene la reparación en virtud del ejercicio de las acciones cedidas.

importantes aspectos jurídicos de la construcción inmobiliaria en el vigente Derecho alemán.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
Profesor de Derecho civil
de la Universidad Autónoma de Madrid

VARELA MATEOS, Esteban: "De contutoribus' (Cotutela y pluralidad de tutores en Derecho romano)". Departamento de Derecho romano de la Universidad Autónoma. Madrid, 1979. Un volumen de 249 págs.

El desempeño de la tutela en Roma es una pieza de gran interés para el conocimiento más profundo de la familia romana, de su función política y social y de sus aspectos en la administración económica. Cuando existía pluralidad de autores, dado que había diversidad de peculios en distintos lugares y territorios del imperio, o ya en una situación conjunta dentro de una misma ciudad, la responsabilidad en cuanto a su ejercicio conjunto o separado, era una cuestión a determinar.

Esta obra del profesor Varela, que primeramente constituyó su tesis doctoral, calificada con los máximos honores, resulta una publicación de sumo interés tanto para el civilista como para el romanista al abordar el desarrollo histórico de la cotutela y de la pluralidad de tutores.

En tres partes, se abordan los orígenes de la cotutela (la testamentaria y la diferida por el magistrado), la *auctoritas* y la *gestio* en la cotutela, así como la responsabilidad en la cotutela; su planteamiento y análisis va desde el Derecho antiguo y preclásico, hasta el clásico, para concluir con el Derecho justiniano.

En un primer apéndice expone la regulación de la responsabilidad en otros casos de pluralidad de tutores, la gestión encargada a uno de los tutores y la gestión dividida y responsabilidad de estos tutores. En un segundo apéndice trata de la visión panorámica del instituto de la cotutela en Derecho justiniano.

Esta amplia y profunda labor investigadora sobre la situación de cotutela y de la pluralidad de tutores, se concluye con unas concretas consideraciones sobre los logros obtenidos, a la vez que se añade una amplia bibliografía, así como unos índices sobre las fuentes literarias, las papirológicas, las epigráficas y las jurídicas.

JOSÉ BONET CORREA

REVISTA DE REVISTAS

II. REVISTAS EXTRANJERAS

A cargo de María DIAZ DE ENTRE-SOTOS Y FORNS y María Angeles MANZANO CEJUDO.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

CARLI, Guido: «Il Codice e il Processo di sviluppo economico». *RDDC*, 1980, vol. I, págs. 5-12.

Análisis desde una perspectiva económica de algunos aspectos del proceso de «descodificación» entendido como absorción progresiva por las leyes especiales de disposiciones contenidas en el Código Civil. Considera el autor que alguna de las causas de este fenómeno podría centrarse en la insuficiencia del proceso de codificación en estos últimos años.

COTTA, Sergio: «La dimensione sociale nell'alternativa tra il pubblico e il privato». *RDDC*, 1980, vol. I, págs. 121-136.

En este artículo se lleva a cabo una reconstrucción e interpretación de las teorías que históricamente se han desarrollado para explicar la problemática alternativa entre lo público y lo privado en la sociedad moderna, tales como la de BERGSON, BODIN, BOBBIO, MARX..., que han llevado a una situación actual contradictoria y ambigua.

FRANCHI, Giuseppe: «Il giurista nel nuovo modello di società». *RDDC*, 1979, vol. I, págs. 597-602.

El autor hace referencia al tratamiento dado al tema de la función del jurista en la sociedad industrial, a la vista de los resultados del Congreso celebrado en octubre de 1979, en la Universidad Libre de Ciencias Sociales de Roma.

FROSINI, Vittorio: «L'aspetto tecnologico del lavoro del giurista nella recente esperienza». *RDDC*, 1980, vol. I, págs. 37-42.

FROSINI pone de manifiesto cómo el jurista debe vivir en su tiempo y servirse de la tecnología que éste le proporciona. Si bien se pregunta si estas innovaciones han supuesto un cambio en el aparato lógico, que podría verse reflejado en la nueva racionalidad tecnológica sobre la operatividad mental del jurista.

GALASSO, Giuseppe: «*Il diritto privato nella prospettiva post-moderna*». RDDC, 1980, vol. I, págs. 13-20.

GALASSO analiza algunas de las consecuencias que el fenómeno del «retorno a lo privado» tiene en orden a la configuración de la sociedad.

GIORGIANNI, Michele: «*La morte del codice ottocentesco*». RDDC, 1980, volumen I, págs. 52-55.

Siguiendo la línea ya trazada anteriormente, GIORGIANNI introduce las reflexiones de un grupo de juristas, en este caso respecto al tema de la «decadencia de la codificación». El propio autor se plantea la cuestión de si al hablar de «decadencia del Código Civil» se hace referencia al Código del siglo XIX, el cual evidentemente no sólo está en decadencia, sino que ha «muerto», en tanto que ha desaparecido la sociedad para la que fue dado.

IRTI, Natalino: «*Introduzione. Le incognite del diritto privato*». RDDC, 1980, vol. I, págs. 2-4.

El autor realiza una introducción sobre una serie de trabajos que se desarrollan a continuación, bajo el título genérico de «Perspectivas del Derecho privado». Tienen como denominador común la preocupación por la interpretación del fenómeno denominado «retorno a lo privado» que se desarrolla en la ciencia jurídica italiana durante el último decenio.

IRTI, Natalino: «*Leggi speciali*» (Dal mono-sistema al poli-sistema). RDDC, 1979, vol. I, págs. 141-153.

Examen de la aparición en el orden jurídico contemporáneo del fenómeno «leyes especiales» y su influencia en la primacía del Código Civil. Así como de la transformación tras la promulgación de la Constitución, de un sistema jurídico unitario, cuyo centro de gravedad era el Código Civil, en un poli-sistema, como cuadro en el que se insertan una pluralidad de microsistemas.

Finalmente se aborda por el autor el problema de la interpretación de estas leyes especiales y su integración en el caso de algunas, no por analogía legis, que resultará infructuosa, sino mediante el recurso a principios generales de Derecho privado insertos en el Código Civil y en otras leyes especiales.

LAUDISA, Luciana: «*La decisione di principio*». RDDC, 1979, vol. I, páginas 154-172.

La autora se plantea una serie de problemas relacionados con el tema de la decisión judicial, tales como su función, su motivación como control de la justicia de la misma, y su relevancia en atención a otras decisiones (ejemplaridad para decisiones futuras, obiter dictum y valor del precedente).

Finalmente examina la posibilidad de una decisión de principios, en una legislación analítica o reglamentaria y en una legislación de principios en la que se deja al juez, la concreción de la norma.

LOMBARDO, Antonio: «Pubblico e privato tra sistema politico e società civile». *RDDC*, 1980, vol. I, págs. 21-26.

LOMBARDO realiza un tratamiento del tema desde una perspectiva política, analizando lo que desde Grecia y a lo largo de la Historia ha sido considerado como «lo político» y «lo social». Para finalizar con un breve análisis del «caso italiano» partiendo de las premisas teóricas generales.

NOVELLI, Tommaso: «Problemi della civiltà industriale e posizione della Corte di Cassazione». *RDDC*, 1980, vol. I, págs. 32-36.

El autor realiza una introducción sobre una serie de artículos realizados por un grupo de importantes juristas, bajo el título genérico de «El jurista en la sociedad industrial». Del mismo modo hace unas breves reflexiones sobre la posición de la Corte Suprema italiana de cara a cuestiones tan importantes como el derecho del individuo a la salud, al medio ambiente, la creación de nuevas figuras jurídicas, tales como el leasing, el factoring..., consecuencias todas ellas de la transformación sufrida por la sociedad.

PELLICANI, Luciano: «La riscoperta dell'autonomia privata». *RDDC*, 1980, vol. I, págs. 27-31.

El autor intenta realizar una delimitación de la esfera de «lo público», lo cual le lleva necesariamente al tema de la distinción entre «lo público» y «lo privado» considerando que tal dicotomía no está basada en criterios económicos, ni jurídicos, aunque ésta sea su forma de expresión, ni tan siquiera políticos, sino que se trata de una distinción esencialmente filosófica, detrás de la cual existe una cierta concepción de la vida social, del hombre, de la filosofía, de la que derivan una serie de valores. Siendo propio de esta filosofía el convencimiento de que lo público, entendiendo por éste el Estado y sus aparatos burocráticos, no invada el terreno de «lo privado».

PIGA, Franco: «Tramonto del codice civile? (Codice civile e istituti del diritto pubblico nella realtà del nostro tempo)». *RDDC*, 1980, vol. I, páginas 56-79.

El autor analiza el momento histórico en que surgió el Código de 1942 y pone de relieve cómo las exigencias sociales imponen una progresiva transformación en el Código y una búsqueda de nuevas perspectivas para el Derecho civil, sin que eso suponga la pérdida de uno de sus valores fundamentales: servir de instrumento al jurista para controlar la racionalidad del Derecho y su reconducción a principios duraderos.

ROTONDI, Mario: «Le role de la notion de l'abus du droit». *RTDC*, 1963, págs. 66 a 69.

Este artículo contiene unas consideraciones acerca de la figura del abuso de derecho.

Pone de manifiesto cómo partiendo de la expresión de Derecho subjetivo,

como interés jurídicamente protegido, la primera hipótesis de abuso está constituida por el ejercicio de un Derecho subjetivo sin interés real.

También hace notar que el abuso de derecho no es el único caso de limitación en la utilización del Derecho subjetivo.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco: «Note conclusive: Il Codice e il mantenimento dei valori essenziali». *RDDC*, 1980, vol. I, págs. 85-91.

En estas conclusiones realizadas por SANTORO-PASSARELLI se hace una defensa del mantenimiento del Código Civil, considerado como un conjunto de normas ligadas a unos especiales valores, principios o reglas que deberán ser aplicadas frente al desarrollo desenfrenado de una legislación especial, de la que este jurista no lamenta su novedad, sino sus contradicciones.

SCHLESINGER, Piero: «Il tramonto del codice civile». *RDDC*, 1980, vol. I, págs. 80-84.

Pone de manifiesto este autor cómo el Código ha dejado de ser un instrumento en el que se centralizaban todos los principios fundamentales de los negocios interpretativos. Siendo las principales causas de este fenómeno: la Constitución de 1947 que evidentemente tiene un carácter innovador, frente al conservador del Código, el enorme desarrollo de la legislación especial y la caída de la clase dominante que abogaba para sí el derecho a proveer la tutela de los intereses generales. Planteando todo esto la necesidad de recomponer la unidad del sistema.

TRABUCCHI, Alberto: «Carnelutti giurista del secolo». *RDDC*, 1980, vol. I, págs. 213-217.

En el centenario del nacimiento del insigne jurista italiano CARNELUTTI, TRABUCCHI pone de relieve en unas pocas líneas, la extraordinaria aportación de esta importantísima figura a la ciencia jurídica en general.

TRIMARCHI, Pietro: «Il giurista nella società industriale». *RDDC*, 1980, volumen I, págs. 43-51.

En este artículo TRIMARCHI aboga por un mayor tratamiento de temas relacionados con la «eficiencia», entendida ésta como método para la racional satisfacción de las preferencias del cuerpo social, ya sean materiales o ideales, frente a la fuerte tendencia en la Ciencia Jurídica por el tratamiento de cuestiones relativas a la «distribución».

El autor considera que ese desinterés por la «eficiencia» es consecuencia en parte de la incompreensión de los mecanismos económicos.

ZACCARIA, Giuseppe: «L'obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto». *RDDC*, 1979, vol. I, págs. 603-648.

Planteamiento del tema del papel del juez en la creación del Derecho, en ordenamientos jurídicos cerrados y tentativas para su interpretación en

base a factores como la crisis de este tipo de ordenamientos, manifestada esencialmente en la crisis de la concepción silogística del procedimiento interpretativo, crisis y transformación del Estado, crisis de la estatalidad del derecho, y crisis de la «laicidad» del derecho y la consiguiente pretensión de autosuficiencia y total exención de elementos morales y políticos.

2. Derecho de la persona

CRESPI REGHIZZI, Gabriele, y SACCO, Rodolfo: «Le invalidità del negozio giuridico nel diritto sovietico». RDDC, 1979, vol. I, págs. 173-242.

Los autores realizan un amplio estudio sobre la regulación del negocio jurídico en el área socialista, haciendo especial referencia a temas como nulidad, dicotomía nulidad-impugnabilidad y excepciones a los principios que rigen en esta materia: régimen de invalidez del matrimonio y del contrato de trabajo.

Se abordan cuestiones relativas a la incapacidad, vicios del consentimiento, forma y problemas referentes a la existencia de negocios ilegales, negocios extraestatutarios que violan el principio de especialidad y negocios antiestatutarios como contrarios en general a los intereses del Estado.

Para finalizar con una breve referencia a las soluciones dadas por los ordenamientos socialistas a la restitución, sanción y posible confirmación del negocio anulable.

METZGER, Marie-José: «Le secret des lettres missives». RTDC, 1979, páginas 291 a 327.

Este artículo está claramente dividido en dos partes.

En la primera estudia el secreto todavía no revelado, explica quienes son los acreedores del mismo y lo pone en relación con los derechos del autor de la letra misiva, antes y después de haber sido enviada al destinatario.

En la segunda parte analiza el secreto revelado y lo enfoca desde dos perspectivas: el secreto revelado por las mismas partes y el secreto revelado por causas de interés superior.

Llega a la conclusión de que, en adelante, estos temas pertenecen íntegramente al dominio jurídico.

PONZANELLI, Giulio: «La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali». RDDC, 1979, vol. I, págs. 23-64.

Junto con un breve estudio de la evolución del instituto fundacional de Italia, el autor realiza un análisis de la formación de fundaciones culturales al amparo del artículo 9, 1 de la Constitución italiana. Resalta la importancia de los sistemas de control a que están sometidas para evitar la formación de privilegios e inmunidades fiscales.

Concluye PONZANELLI que el significado más profundo de esta disposición está en la necesidad de una coordinación general de la promoción de la cultura y la investigación científica. Igualmente se hace referencia a la existencia de las llamadas fundación-organización y fundación-empresa.

ZAKI, Madgi: «La preuve par le journal intime». RTDC, 1980, págs. 2 a 38.

Hace mención este artículo, en primer término, al medio de prueba que puede representar la correspondencia particular, la cual indudablemente ha tenido entrada en la ley, y en segundo término se pregunta si el diario íntimo, que en definitiva es un depósito de confidencias, puede asumir un papel probatorio al igual que la correspondencia particular o si esto supondría sobrepasar su carácter estrictamente personal.

3. Obligaciones y Contratos

CAFERRA, Vito Marino: «Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro». RDDC, 1979, vol. I, págs. 309-365.

El autor realiza una introducción sobre la ejecución de la prestación de hacer no debida y su posible encuadramiento en la disciplina del pago de lo indebido o del enriquecimiento injusto. Pasando a una posterior especial referencia a los problemas planteados en el campo de la prestación de trabajo y a las posibilidades de aplicación al tema del artículo 2.126 del Código civil.

CERINO-CANOVA, Augusto: «Vendita forzata ed effetto traslativo». RDDC, 1980, vol. I, págs. 137-185.

Estudio sobre la tesis de SATTa respecto a la problemática de la venta y la reventa forzosa, con relación al Código civil de 1865 y a la disciplina actual. Así como las tendencias que sobre esta materia existen en la literatura contemporánea. Haciéndose especial referencia a aspectos como la oposición del tercero a la ejecución, la conversión de la prenda, la renuncia a los actos y efectos de la extinción y finalmente los llamados aspectos «extraprocedimentales» del efecto traslativo, entre los que se comprenden: la pertenencia o no del bien expropiado a la masa de la quiebra, determinación del sujeto que adquiere los frutos naturales o civiles de la cosa...

DONATI, Alberto: «La dichirazione ricognitiva di debito». RDDC, 1979, vol. I, páginas 520-584.

Estudio sobre las figuras de la promesa de pago y el reconocimiento de deuda recogidas en el artículo 1.988 del Código civil italiano. Ambos institutos jurídicos son considerados por el autor como declaraciones mediante las cuales, un sujeto se reconoce deudor de una cierta prestación, constituyendo al mismo tiempo una especie de la confesión extrajudicial, si bien, con diferente objeto. Termina el trabajo con un estudio comparativo de la regulación del tema en el Código de 1865, así como en B. G. B.

FORCHIELLI, Paolo: «Il minimum del concetto di azienda e la distinzione tra affitto d'azienda (libero) e locazione d'immobile non abitativo (vincolata)». *RDDC*, 1980, vol. I, págs. 515-528.

El autor se plantea el estudio del problema de la existencia de un amplio espacio que separa la definición global abstracta de «empresa» de la individualización concreta del «minimum» esencial del concepto legal de «empresa», que se viene realizando por obra de la Jurisprudencia, que se ve obligada a distinguir entre «arrendamiento de empresa» y «arrendamiento de local de negocio», al objeto de establecer si la especie «sub iudice» configura un arrendamiento libre o, bien, un arrendamiento sujeto al régimen legal. Adquiriendo el tema especial relieve en materia de inmuebles destinados a salas cinematográficas.

FRIGNANI, Aldo: «La "hardship clause" nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e di Common Law». *RDDC*, 1979, vol. I, págs. 680-712.

Estudio de la «hardship clause» o cláusula de revisión del contrato en el caso de circunstancias sobrevenidas que alteren sustancialmente el equilibrio original de obligaciones entre las partes. Con especial referencia a su funcionamiento, ambiente económico-social en el que se desarrolla y función de los árbitros en la aplicación de la misma.

GABET-SABATIER, Colette: «Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations». *RTDC*, 1980, págs. 39 a 65.

Artículo que realiza un estudio sobre la importancia de la conexión en el Derecho de obligaciones.

Estudia la figura de la conexión como factor de garantía y como factor de transmisión.

Por último hace algunas reflexiones sobre la finalidad y los efectos de la misma, poniendo de manifiesto que ésta es una figura distinta a la de contrato.

KLEIN, Gérard: «Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en viager». *RTDC*, 1979, págs. 13 a 39.

Este artículo hace algunas reflexiones sobre el alea y el equilibrio contractual en la formación del contrato de entrega de un inmueble en renta vitalicia.

Está claramente dividido en dos partes. En la primera analiza el desequilibrio que produce una insuficiencia en la fijación de la renta (casos en que la renta constituye un precio no serio y casos en que la renta constituye un precio lesivo). En la segunda estudia el desequilibrio provocado por la inminencia del fallecimiento del que garantiza el crédito.

Por último, llega a la conclusión de que el alea inherente a este contrato no impide la puesta en consideración por el derecho de un equilibrio contractual en la formación del mismo.

MENTI, Paolo: «Atti di esecuzione e di appropriazione nella conclusione del contratto». *RDDC*, 1980, vol. I, págs. 529-549.

El autor realiza un estudio sobre los problemas planteados por la celebración de contratos entre personas que se encuentran en lugares diferentes y las consiguientes dificultades en orden a la manifestación de la declaración de aceptación.

Se inicia el artículo con la revisión del ámbito de aplicación del artículo 1.327 del Código civil italiano, regulador de estos supuestos, para finalizar con un tratamiento comparativo del tema en el derogado artículo 36 del Código de Comercio de 1882 y en los ordenamientos alemán, austriaco, suizo y francés.

PARTESOTTI, Giulio: «Falsus procurator e contratto di assicurazione». *RDDC*, 1979, vol. I, págs. 417-441.

Estudio de los problemas planteados por la estipulación del contrato de seguro a cargo de «falsus procurator».

El autor analiza la tesis de la interpretación del artículo 1.890 del Código civil italiano en favor de una adquisición inmediata y directa de derechos contra el asegurador, y su justificación en base a la tutela de los intereses de la empresa a la percepción anticipada del premio.

Se realiza igualmente un estudio comparativo entre el «falsus procurator» y el gestor de negocios, así como su posible reconducción dentro de la figura del contrato a favor de tercero.

REVEL, Janine: «La révocation de donations pour refus d'aliments». *RTDC*, 1979, págs. 276 a 290.

Este artículo estudia uno de los tipos de revocación de donaciones: la revocación por denegación de alimentos.

Pone de relieve la originalidad de esta sanción, comparándola con la revocación por falta de ejecución de cargas y estudia su posible calificación como pena privada.

Por último, analiza la noción de ingratitud por denegación de alimentos y lo pone en relación con los requisitos necesarios para que se produzca el deber de alimentos (estado de necesidad..., etc.).

ROTONDI, MARIO: «Quelques considérations sur le concept d'obligation naturelle et sur son evolution». *RTDC*, 1979, págs. 1 a 12.

Este artículo expone cómo el concepto de obligación natural ha provocado gran incertidumbre en la doctrina, al poder ser considerado desde distintos puntos de vista y al poder adoptar dicha expresión muy diversos significados.

Realiza un breve estudio histórico sobre el tema, para pasar posteriormente a analizar los posibles problemas que plantea la identificación entre obligación natural y deber moral.

Señala cómo las actitudes de los diversos legisladores en este tema son diferentes, según sea la tradición, la técnica y el sistema de cada codificación.

Concluye apuntando que nada impide pensar que en el curso de una futura evolución, cada deber moral tendrá su propio reconocimiento como obligación civil.

4. Derechos reales

ATIAS, Christian: «La mutabilité des servitudes conventionnelles». **RTDC, 1979, págs. 245 a 275.**

Este artículo estudia la alternativa existente entre fijeza o mutabilidad de las servidumbres convencionales.

Realiza una confrontación de las dos tesis y llega a la conclusión de que si bien la mutabilidad no ha arrancado la convicción de la doctrina, ella es consagrada sin duda por el Derecho positivo.

Analiza los pasos dados a este respecto por la jurisprudencia.

5. Derecho de familia

BOSQUET-DENIS, Jean: «Le remariage». **RTDC, 1979, págs. 524 a 551.**

Este artículo realiza un breve análisis de la consideración jurídica que ha tenido a lo largo de la historia la figura de las segundas nupcias.

Señala las dos posturas existentes hoy sobre el tema:

A) La que considera al segundo matrimonio como la negación del matrimonio mismo.

B) La que considera al segundo matrimonio como un nuevo matrimonio con todos sus efectos.

CARRARO, Luigi: «Parentela e vocazione a succedere dei fratelli naturali». **RDDC, 1980, vol. I, págs. 218-228.**

El objeto de este artículo se centra en la constatación de la existencia de parentela entre los hermanos naturales, en base a las orientaciones que sobre este tema se dan en la Constitución y en la Ley de 1975. Del mismo modo, se examina el problema de la posible inclusión de la parentela natural en la expresión «a los otros parientes» del artículo 565 del Código de 1942.

Termina el trabajo con un breve comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1979.

CIAN, Giorno; VILLANI, Alberto: «La comunione dei beni tra coniugi» (te gale e convenzionale). *RDDC*, 1980, vol. I, págs. 337-412.

Estudio sobre la comunidad de bienes entre los cónyuges surgida tras la reforma del Derecho de familia en Italia. Con especial referencia a la forma de cotitularidad respecto a las diversas categorías de bienes comunes y problemas planteados por la existencia de la llamada «comunidad de residuo», modos de adquisición por la comunidad, concepto de administración de la misma y disciplina de la responsabilidad patrimonial de la comunidad y de los cónyuges por las deudas de la misma, para finalizar con el tratamiento del tema del objeto de esta figura jurídica.

CHEVALLIER-DUMAS, Françoise: «Le fraude dans les régimes matrimoniaux». *RTDC*, 1979, págs. 40 a 70.

Este artículo analiza la figura del fraude dentro de los regímenes económicos matrimoniales.

Está claramente dividido en dos partes; en la primera, estudia el problema del fraude a los derechos de los cónyuges y divide la exposición según las diversas manifestaciones del mismo (fraude a los intereses pecuniarios del cónyuge en la gestión de bienes comunes y fraude a los intereses pecuniarios del cónyuge en la gestión de bienes personales).

En la segunda y última parte analiza el fraude premeditado a los derechos de terceros y se detiene fundamentalmente en dos aspectos: el fraude en la elección de régimen matrimonial y el fraude en la constitución del mismo.

DEMARS-SION, Veronique: «Liberalisation du divorce: L'apport véritable de la Loi du 11 juillet de 1975 à la lumière de celle du 20 septembre de 1972». *RTDC*, 1980, págs. 231 a 265.

Este artículo realiza un análisis histórico de la figura del divorcio, a partir de la Revolución francesa. Pone de manifiesto las posturas adoptadas la **Loi du 11 juillet de 1975 à la lumière de celle du 20 septembre de 1972**.

Posteriormente estudia la Ley de 11 de julio de 1975, comparándola con la de 20 de septiembre de 1972.

Concluye diciendo que si bien la Ley de 1975 marca un incontestable retorno al ideal revolucionario, está bien lejos de haber recogido toda su herencia; subsisten entre ambas legislaciones profundas diferencias.

GRABIELLI, Giovanni: «La collaborazione familiare nell'esercizio di attività professionali». *RDDC*, 1979, vol. I, págs. 585-596.

Tratamiento de la influencia que la reforma del Derecho de familia en Italia ha ocasionado en materia del ejercicio en forma asociativa de profesiones intelectuales, ya sea mediante la colaboración de familiares o del cónyuge en particular, ejerciendo una actividad puramente profesional de la misma naturaleza que la del titular, complementaria, o de cualquier otro tipo no especialmente cualificada.

GISSEREROT, Florence: «*Le nouveau domicile de la femme mariée*» (L. 11^e Juill. 1975). RTDC, 1979, págs. 724 a 746.

Este artículo hace algunas reflexiones sobre el nuevo domicilio de la mujer casada en Francia, tras la reforma del Código civil francés, en este punto por la Ley de 11 de julio de 1975.

Pone de manifiesto la necesidad de la reforma, analizando el antiguo artículo 108 de dicho código, por el cual se atribuía a la mujer el domicilio del marido.

Por último, expone las consecuencias prácticas de esta reforma en dos partes claramente diferenciadas.

- a) Durante la vida en común.
- b) Cuando la vida en común ha cesado.

MAYAUD, Yves: «*L'adultere, cause de divorce, depuis la Loi du 11 de juillet de 1975*». RTDC (1980), págs. 494 a 523.

Este artículo tiene dos partes claramente diferenciadas. En la primera estudia la desaparición del adulterio como causa particular de divorcio, poniendo de manifiesto su contexto penal y civil. En la segunda expone la nueva fisonomía del adulterio como causa general de divorcio, su apreciación y su prueba.

PULEO, Salvatore: «*Concetto di famiglia e rilevanza della famiglia naturale*». RDDC, 1979, vol. I, págs. 381-416.

Desde las perspectivas del Derecho y de la Constitución, se lleva a cabo un estudio de la familia como «sociedad natural», expresión directa de la naturaleza del hombre que se realiza de modo autónomo y prioritario respecto del Estado y el orden jurídico.

Junto con ello el autor analiza las consecuencias de la equiparación producida en la legislación italiana, entre los hijos naturales reconocidos e hijos legítimos, en orden a la atribución del usufructo legal a los progenitores naturales sobre los bienes de los hijos, obligación de alimentos entre parientes y materia sucesoria.

Finalmente, PULEO realiza una crítica a la tesis que reconoce personalidad jurídica a la familia.

SAUJOT, Colette: «*Les avantages matrimoniaux*». RTDC, 1979, págs. 699 a 723.

Este artículo está dividido en tres partes.

En la primera, se define lo que supone el concepto de ganancias matrimoniales.

En la segunda, se exponen cuáles son las fuentes de las mismas (régimenes comunitarios, regímenes separatistas...).

Y en la tercera y última parte se exponen las distintas teorías que han surgido como consecuencia del estudio de la naturaleza jurídica de este tipo de bienes.

TATARANO, Giovanni: «Rapporti da promessa di matrimonio e dovere di correttezza». *RDDC*, 1979, vol. I, págs. 649-679.

Examen del instituto de la «promesa de matrimonio» y su evolución histórica. Así como de las consecuencias de su ruptura, tales como la devolución de los regalos y la posible responsabilidad por violación de un deber de «corrección» con la consiguiente indemnización de los daños patrimoniales y morales que hubieran podido causarse.

TRABUCCHI, Alberto: «Il titolo alla successione legittima e l'affermazione di un diritto al di là della legge». *RDDC*, 1979, vol. I, págs. 505-519.

Partiendo de la sentencia de 4 de julio de 1979, en la que la Corte Constitucional, decide en favor de la pretensión de un hijo natural, frente a los otros hijos del mismo progenitor, el autor analiza dos difíciles problemas como son la justificación de la decisión en una materia que como ésta está reservada a la ley y las razones por las que se invoca en ella, la lesión de un principio general como es el principio de igualdad de tutela.

II. DERECHO MERCANTIL

•GUGLIELMETTI, Giannantonio: «Una norma di controversa interpretazione l'art. 11 Legge Marchi». *RDDC*, 1980, vol. I, págs. 186-210.

El autor comienza su trabajo con un estudio sobre los precedentes históricos del artículo. Pasando a examinar los problemas planteados en cuanto al ámbito de aplicación. Así mismo, deduce la existencia de un deber general derivado del mencionado artículo, de no usar la marca de modo contrario a la ley, siendo los otros supuestos citados en este precepto legal, tales como el no usar la marca de modo que genere confusión con otras conocidas, o de modo que intereses de terceros resulten dañados, meras ejemplificaciones de la hipótesis principal, mencionada en el número primero de este artículo.

MASI, Pietro: «Categorie privatistiche e nuovo regime dell'iva». *RDDC*, 1980, vol. I, págs. 413-473.

Este artículo se centra en las modificaciones producidas en la disciplina del IVA (impuesto sobre el valor añadido), como consecuencia de la armonización de la Directiva Comunitaria de 17 de mayo de 1977, con las exigencias de Derecho interno italiano. Estas variaciones se centran especialmente en sede de operaciones y sujetos imponibles.

PELLIZZI, Giovanni L.: «L'unità dei titoli di credito». *RDDC*, 1979, vol. I, páginas 1-22.

Estudio sobre la idea de unidad del título de crédito, introducida en Italia por Cesare VIVANTE, con una especial referencia al equívoco terminológico existente en el origen de esta concepción procedente de la defectuosa traducción italiana del término alemán «Namenpapiere».

El autor analiza la crítica que desde posiciones antiunitarias se realiza a la tesis de VIVANTE, recogida por el legislador en 1942, encabezadas por Tulio ASCARELLI y más recientemente por Antonio PAVONE LA ROSA. Así como la defensa al unitarismo tipológico realizada por CHIOMENTI, quien configura como un bloque único todas las normas del Código referidas a los títulos de crédito.

RIVOLTA, Gian Carlo M.: «Sulla società a responsabilità limitata: precedenti storici ed orientamenti interpretativi». *RDDC*, 1980, vol. I, págs. 477-514.

Análisis sobre el significado del término «responsabilidad limitada», sus orígenes históricos y relación con las sociedades de este tipo existentes en ordenamientos jurídicos extranjeros.

Trata también el autor, la evolución de la sociedad de responsabilidad limitada en los textos legislativos italianos, desde el Proyecto de VIVANTE y D'AMELIO hasta el Código de 1942.

SERRA, Antonio: «Certificazione del bilancio e invalidità della delibera di approvazione». *RDDC*, 1980, vol. I, págs. 229-274.

Los recientes proyectos de reforma de la disciplina de la sociedad por acciones, plantean el problema del control sobre su gestión.

Prescindiendo de consideraciones de «lege ferenda,» y haciendo un análisis de la disciplina vigente, SERRA pone de manifiesto cómo en esta materia se concedía un ilimitado derecho de protesta del socio, que podía conllevar la impugnación del balance como módulo legal, en el que se sintetizan todas las informaciones del desarrollo de la empresa. Sin embargo, esta situación es modificada tras la reforma introducida por el artículo 6 de la Ley de 31 de marzo de 1975, en el que se limita esta impugnación, estableciéndose, como presupuesto para su aplicación, la certificación del balance.

III. DERECHO PROCESAL

ATTARDI, Aldo: «Il giudicato e un recente progetto di riforma». *RDBC*, 1979, vol. I, págs. 257-308.

Estudio sobre las modificaciones introducidas en el tema de cosa juzgada material en el texto propuesto para la reforma del proceso civil de cognición, por una comisión ministerial, presidida por LIEBMAN, como expresivas de la concepción de este jurista sobre el tema.

BOY, Laurence: «Réflexions sur l'action en justice». *RTDC*, 1979, págs. 497 a 523.

Este artículo pone de relieve cómo la acción, en lo procesal, es inherente al concepto que se tenga del sistema jurídico, y pone de relieve cómo aquella está en relación con la ideología jurídica.

Hace algunas reflexiones acerca de la utilidad del Derecho, como medio que permite prevenir o resolver los conflictos.

Trata de exponer cómo es el dominio de la acción en el campo procesal, es decir, cuáles son las pretensiones que se pueden deducir en Derecho y opina que los sujetos de Derecho deberían tener una competencia general para tener acceso a la justicia.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

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

DERECHO HIPOTECARIO

Como reconoció la Resolución de 26 de octubre de 1973, cabe encuadrar en nuestro ordenamiento jurídico la hipoteca en garantía de letras de cambio, si bien ha de ser examinada con cautela, y los requisitos del artículo 154 de la Ley Hipotecaria deben sustituirse por analogía, por los necesarios para identificar la hipoteca con las cambiales.

Es factible también que se constituya una sola hipoteca en garantía de una serie de letras con vencimientos sucesivos a la vista del artículo 1.861 del Código, aunque parezca resultar otra cosa de una interpretación literalista del 1.876 del mismo y 104 de la Ley Hipotecaria.

También cabe establecer la doble posibilidad de la ejecución aislada y parcial por impago de una o varias letras, y la ejecución total y vencimiento de la hipoteca por no ser satisfecha cualquiera de ellas a su vencimiento, siempre que el ejecutante sea tenedor de todas las restantes de vencimiento posterior y las aporte a la demanda ejecutiva. (Resolución de 31 de octubre de 1978; "Boletín Oficial del Estado", de 5 de diciembre).

Hechos.—Por escritura autorizada en Vigo por el Notario don Luis Solano Aza, el 26 de abril de 1976, don Antonio López Marcote, en representación de su esposa, doña Dolores Asorey Bustelo, constituyó hipoteca a favor de don Benigno Villameá Pato, sobre una finca rústica denominada "Tallo Redondo", situada en el lugar de Rial, parroquia de Conjo, municipio de Santiago de Compostela, propiedad de dicha señora; que la hipoteca se constituye, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, en garantía del cobro a sus vencimientos, de 27 letras de cambio libradas por don Benigno Villameá y aceptadas por don Antonio López Marcote, en representación de su esposa, con la misma fecha de la escritura, y que suman UN MILLON QUINIENTAS DOCE MIL PESETAS (1.512.000 pesetas) que cubren el total importe de la obligación presentada por las letras de cambio mencionadas, y la suma adicional de 320.000 pesetas para gastos y costas, en su caso, cuya cantidad global se distribuirá proporcionalmente al importe de cada letra que dé lugar a la ejecución y a los gastos, siendo el vencimiento de la primera letra el 30 de agosto del año en curso, y el de las demás, en igual día de los meses siguientes sucesivos; que en la cláusula 6.^a se establece:

“Vencimiento de la hipoteca:

a) Normal: A efectos de la acción hipotecaria, se señala como vencimiento el de las letras de cambio reseñadas y como domicilio de pago el del aceptante, pudiendo cada tenedor ejercitar la acción hipotecaria del artículo 155, 2.º, de la Ley Hipotecaria.

b) Vencimiento anticipado: El tenedor o tenedores de cualquiera de las cambiales reseñadas podrá ejercitar la acción hipotecaria antes de los expresados términos, por estipularse expresamente que quedará vencida la hipoteca en cualquiera de los casos siguientes:

A.—Si las cambiales o cualquiera de ellas no fueran satisfechas a su vencimiento y protestadas por falta de pago, lo cual dará lugar al vencimiento anticipado de las demás, siempre y cuando el tenedor de todas las restantes cambiales, de vencimiento posterior a la que hubiese resultado impagada, fuera la misma persona física o jurídica.

B.—Si la hipotecante no asegurase contra incendios o destrucción el inmueble hipotecado, y por un valor no inferior a la suma que garantiza.

C.—Si la finca hipotecada sufriese en cualquier momento y por cualquier causa menoscabo o depreciación que llegara a alcanzar un 30 por 100 de los valores que se le atribuyen en esta escritura, según informe del Perito que designen los tenedores, y los deudores no aumentasen la garantía a satisfacción de los mismos en el término que éstos señalasen.

D.—Si el hipotecante o cualquier adquirente de la finca hipotecada dejase de pagar puntualmente alguno de los impuestos que la graven o el seguro de incendios, en su caso, o incumpliere los deberes de conservación.

E.—Por infringir el hipotecante cualquiera de las estipulaciones pactadas en la presente escritura. Serán inmediatamente exigibles las obligaciones, si sobre la finca resultase carga o gravamen no declarado en esta escritura, en cuyo caso se considerará también vencida la hipoteca.”

Presentada en el Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: “Denegada la inscripción de la hipoteca a que se refiere el precedente documento, por los defectos siguientes:

1.—Porque por las fundamentales diferencias existentes entre las letras de cambio y los títulos endosables emitidos en serie a que se refiere el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, y por las formalidades exigidas por tal artículo para la emisión de dichos títulos, tal precepto resulta inaplicable a aquéllas.

2.—Porque representando cada letra de cambio una obligación, por esencia autónoma, y siendo la hipoteca un derecho accesorio de una obligación principal, a cada una de éstas debe corresponder su accesoria, a menos que la Ley expresamente permita otra cosa.

3.—Porque al establecerse en el contrato un vencimiento de la única hipoteca constituida en garantía del pago de 27 letras de cambio, para casos distintos del vencimiento de dichas letras, se produce una notable confusión o falta de claridad jurídica contraria a los principios que in-

forman la legislación hipotecaria sobre inmuebles, y se vulneran preceptos sustantivos, tales como los artículos 1.876 del Código civil, 104 de la Ley Hipotecaria, y 452, 4.^a; 455 y 488 del Código de comercio. Tales defectos se consideran insubsanables”.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que es inaceptable la afirmación contenida en la nota de que el artículo 154 de la Ley Hipotecaria no es aplicable a las letras de cambio, por las fundamentales diferencias entre ellas y los títulos endosables en serie; que algunos de los requisitos exigidos por dicho precepto, tales como consignación del número y valor de las obligaciones que se emitan, serie o series, fecha de emisión, plazo y forma de amortización, es evidente que no son de aplicación a las letras de cambio, ya que se refieren exclusivamente a los títulos al portador, y no a los endosables que jamás pueden emitirse en serie; que la doctrina, unánimemente, considera aplicable el citado artículo a la hipoteca en garantía de letras de cambio, y en el mismo sentido se pronuncia con toda claridad la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 26 de octubre de 1973; que el Notario recurrente ha autorizado en su vida profesional gran cantidad de escrituras de hipoteca en garantía de letras de cambio, que fueron inscritas sin ningún problema; que en cuanto al segundo defecto de la nota ha de defenderse el criterio contrario aplicado en la escritura de que el hecho de que la letra de cambio sea una obligación autónoma, no obliga a la constitución de una hipoteca independiente para cada letra, lo cual supondría que en vez de una escritura deberían haberse autorizado, en nuestro caso concreto, 27; que es perfectamente lícito que en un solo instrumento se hayan constituido 27 hipotecas que garantizan el pago de cada una de las 27 letras de cambio reseñadas, y ello, de conformidad con el artículo 1.861 del Código civil que habla de “obligaciones” en plural y con la Resolución de 15 de febrero de 1926 que determina que las obligaciones garantizadas con hipoteca pueden tener por objeto las más variadas prestaciones; que no hay ningún precepto legal que exija que cada obligación deba ser garantizada con una hipoteca independiente y en instrumento independiente, lo cual es lógico, pues el criterio contrario supondría que en una hipoteca de garantía de un préstamo, único y normal, habría que constituir, además de la que garantiza el principal, otra para los intereses, otra para los gastos y costas y así sucesivamente; que en cuanto al tercer defecto señalado en la nota cabe señalar que no es exacto que en la escritura denegada se señale un solo vencimiento de la hipoteca distinto al de las letras garantizadas, sino que, al contrario, en su cláusula sexta se consigna en primer término el vencimiento normal, que es el de las letras reseñadas, y en la octava se añade que podrá procederse a la ejecución aislada o parcial de la hipoteca por razón de las letras que hayan ido a ejecución, subsistiendo la hipoteca respecto de las demás, todo ello de acuerdo con el artículo 155, 2.º, de la Ley Hipotecaria y 211 de su Reglamento; que, así pues, la hipoteca, aunque única, irá venciendo y sería parcialmente ejecutada según las fechas del vencimiento de cada letra; que el hecho de que

la cláusula sexta prevea un posible vencimiento anticipado nos indica que la misma es una pura cláusula de estilo que figura con más o menos variantes en todas las hipotecas en las que se pacta una posibilidad de vencimiento anticipado por falta de pago de intereses, descubiertos en amortizaciones o contribuciones y así sucesivamente, todo lo cual es perfectamente lícito de conformidad con el artículo 1.255 del Código civil; que no existe confusión alguna ni falta de claridad, puesto que cualquier tercero está en disposición de conocer, a través del Registro, todas las circunstancias y consecuencias de la hipoteca constituida.

El Registrador informó: Que la Ley Hipotecaria en su artículo 154 exige para la constitución de la hipoteca especial sobre bienes inmuebles en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, que dichos títulos habrán de ser talonarios, y el 207 de su Reglamento precisa que tendrá doble matriz, una de las cuales se depositará en el Registro; que al no ser las letras de cambio títulos talonarios no puede ser inscrita la constitución de una hipoteca especial inmobiliaria que las garantice; que tal es el criterio lógico sostenido por parte de la doctrina; que un conocido hipotecarista, aplicando un criterio analógico basado en el artículo 7.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, se muestra partidario de considerar las letras de cambio incluidas en la autorización concedida por el artículo 154 pero ha de aclararse que el citado artículo 7.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria no puede modificar el 154 de la Ley Hipotecaria, porque dichas leyes se refieren a garantías de distinto orden y de distintos efectos, pues mientras la hipoteca sobre inmuebles no impide la transmisión de los mismos ni la constitución de ulterior hipoteca sobre ellos, la hipoteca sobre bienes muebles impide su enajenación sin consentimiento del acreedor, y la nueva hipoteca sobre los mismos; que por ello, ha de entenderse que las letras de cambio, por no ser títulos talonarios, no podrán garantizarse con la especial hipoteca inmobiliaria, autorizada por el artículo 154 para los títulos-obligaciones talonarios; que este criterio tiene su razón de ser porque entre la letra de cambio —representativa de una obligación de pago abstracta, que omite toda referencia a la causa, permitiendo que sean englobadas en su importe el de obligación principal y el de sus intereses como ocurre normalmente cuando se trata de asegurar una operación de crédito—, y los títulos-obligaciones, representativos de préstamos retribuidos, emitidos con publicidad por un capital y tipo de interés determinados, utilizados para la realización de Empresas públicas o privadas de interés general, recogiendo los ahorros de pequeños prestamistas, a quienes trata de proteger el artículo 154 de la Ley Hipotecaria frente a la potente Entidad emisora, existen fundamentales diferencias que no pueden ser borradas por la simple circunstancia de que una y otros sean transmisibles por endoso y así lo reconoce la Resolución de 10 de noviembre de 1925; que es cierto que por Resolución de 26 de octubre de 1973 se declaró inscribible una escritura de constitución de hipoteca en garantía de letras de cambio, al amparo del artículo 154 de la Ley hipotecaria, apartándose del tradicional criterio de cautela y disfavor mantenido en Resoluciones anteriores, pero es posible que el problema planteado en aquella ocasión no

coincida exactamente con el ahora planteado; que según los artículos 1.876 del Código civil y 104 de la Ley Hipotecaria cada obligación debe ser asegurada con su correspondiente hipoteca, por lo que, fuera del caso especial a que se refiere el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, no puede constituirse una sola hipoteca en garantía de varias obligaciones independientes, lo cual no obsta para que, en un solo contrato, y en garantía de varias obligaciones autónomas, puedan constituirse las correspondientes hipotecas simultáneas, cada una de ellas totalmente cancelables por pago, quedando las demás subsistentes, aun en caso de ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 227 del Reglamento Hipotecario; que de los términos en que aparece redactada la escritura que nos ocupa, parece claro que no se constituyen 27 hipotecas simultáneas, cada una en garantía del importe de cada letra y de sus gastos y costas, sino que se constituye una sola hipoteca como partiendo del supuesto de ser una sola la obligación asegurada, olvidando que cada letra representa una obligación autónoma; que constituida la hipoteca en garantía de las 27 letras de cambio, no es lícito establecer un vencimiento de la hipoteca para casos distintos del vencimiento de las letras; que los pactos de vencimiento anticipado, establecidos en la escritura, producen tal confusión que resulta subvertido el orden jurídico establecido en los artículos 1.876 del Código civil y 104 de la Ley Hipotecaria al elevar la hipoteca a la categoría de obligación principal y reducir las obligaciones cambiarias a la de accesorias; y que la nota marginal del asiento de presentación, prorrogando su vigencia hasta la resolución del recurso, impide se produzca daño alguno irreparable al interesado.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y declarando además que las estipulaciones de la escritura controvertida infringen la doctrina de los artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1.876 del Código civil en cuanto ambos ordenan que cada obligación sea asegurada con la correspondiente hipoteca, de donde a contrario sensu se infiere que una única hipoteca no puede asegurar genéricamente una diversidad de obligaciones independientes con la excepción admitida en el referido artículo 154 que es inaplicable al supuesto del recurso.

Interpuesta apelación por el Notario recurrente, la Dirección General acordó revocar el auto presidencial apelado y la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—“El primero de los defectos señalados en la nota de calificación plantea de nuevo una cuestión, que ya fue abordada por la Resolución de 26 de octubre de 1973. A saber: la de si, en base al artículo 154 de la Ley Hipotecaria, cabe encuadrar en la práctica de nuestro ordenamiento jurídico la hipoteca constituida en garantía de letras de cambio.”

“La expresada Resolución, tras enumerar las peculiaridades que este tipo de hipotecas presenta debido a las características del crédito garantizado, por lo que habían de ser siempre examinadas con cautela, terminaba reconociendo lo conveniente que fuera facilitar su constitución en atención a las exigencias del tráfico mercantil, y que siempre

que no se produzca una infracción de las normas legales y resulten salvaguardados los principios hipotecarios, no debe haber obstáculo a la inscripción de una hipoteca que aparece reconocida en el ordenamiento legislativo, aunque lo haya sido de una manera incompleta e insuficiente.”

“Dicha Resolución declaró igualmente que la exigencia del título-talonnario a que hace referencia el artículo 154 de la Ley Hipotecaria para la constitución de hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, es indudable que no se refiere al supuesto de las letras de cambio, dados los términos del artículo 444 del Código de comercio, así como tampoco cabe el hacer constar los restantes requisitos de identificación, como la serie, amortización, etc., ya que la incompatibilidad entre ambos artículos es tan manifiesta que claramente indica que el 154 se refiere a los títulos al portador, y no ha podido comprender, dentro de su contexto, a las letras de cambio, pese a resultar mencionadas y, en consecuencia, lo que cabe hacer, por vía de analogía para suplir esta falta de regulación, es reseñar en la escritura de constitución los datos y circunstancias que vengan a individualizar e identificar las cambiales —lo que ha sucedido en el supuesto de este expediente— y, a su vez, en cada una de las letras de cambio expresar sucintamente los datos de constitución de la hipoteca, bajo la fe notarial, para que de esta manera la identificación sea completa y quede formalmente conectada con el Registro.”

“En cuanto al defecto segundo, si bien de los artículos 1.876 del Código civil y 104 de la Ley Hipotecaria, y con una interpretación meramente literalista, podría pensarse que no puede constituirse una sola hipoteca en garantía de varias obligaciones independientes o autónomas, no cabe duda que a la vista de otros preceptos legales, como el artículo 1.861 del propio Código civil y de una interpretación lógica de la materia, tal posibilidad es factible y sin ningún género de duda en el caso cuestionado, de acuerdo con el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, lo que reconoce el propio Registrador en su informe, por lo que hay que estimar que tácitamente ha rectificado su calificación, desistiendo de este defecto.”

“En cuanto al tercer defecto, relativo a la existencia en el contrato de un vencimiento de la única hipoteca para casos distintos del vencimiento de cada una de las letras de cambio, habrá de examinarse la cláusula discutida, distinguiendo, tal como en la misma se hace, entre el vencimiento normal y el anormal.”

“En cuanto al primero de los supuestos —vencimiento normal—, no resulta de la lectura de la cláusula reseñada un vencimiento de la hipoteca distinto del que tienen las letras garantizadas, y cada tenedor podrá proceder, de acuerdo con el artículo 155, 2, de la Ley, a ejecutar aislada o parcialmente la hipoteca en base al impago —justificado con el correspondiente protesto— de la letra o letras que sirvan de justificante a la ejecución, y con subsistencia de la hipoteca en cuanto a las restantes, según se deduce del artículo 211 del Reglamento.”

“En cuanto al segundo de los supuestos (y sin entrar —por no haber sido materia de recurso— en la cuestión de la posible antijuricidad de

la cláusula discutida motivada por el vencimiento anticipado de la hipoteca a causa del impago de una cambial), el pacto controvertido de la escritura calificada y que es objeto de nota se encuentra amparado en el artículo 1.255 del Código civil, que establece el principio de autonomía de la voluntad, y los posibles obstáculos que pudieran presentarse, dadolo establecido en el artículo 1.170, 3, del mismo cuerpo legal, quedando soslayados en la cláusula octava de la mencionada escritura al exigir, como condición inexcusable para el ejercicio de la acción, que se aporte en la demanda, además de los documentos exigibles en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, todas las cambiales cuyo cobro ha sido garantizado y son de vencimiento posterior a la que ha resultado impagada, por lo que ya no cabe que, a la vez que la ejecución hipotecaria, pueda tener lugar la de una cambial aislada, y desaparecen a su vez las objeciones que, derivadas de la aplicación del derecho cambiario, fueron puestas de manifiesto en la Resolución de 26 de octubre de 1973.”

Consideraciones críticas.—En la presente Resolución se aborda el tema de la posibilidad de la figura de la hipoteca cambiaria que ya estudió la de 26 de octubre de 1973, comentada por mí en estas páginas (Fascículo I, año 1976). La nueva oportunidad la brinda la calificación registral que hace tres negativas para basar sus tres motivos de inadmisión: la figura de la hipoteca cambiaria en base de la inaplicación a ella del artículo 154 de la Ley Hipotecaria; la imposibilidad de que una sola hipoteca garantice varias letras de cambio y la inadmisión de esas cláusulas de vencimiento anticipado de la hipoteca. Entiendo que en nuestro comentario debemos ajustarnos al orden de los defectos apuntados que también es el que sigue la Dirección General en su doctrina repartida en sus siete considerandos.

A) *La figura de la hipoteca cambiaria.*

En mi comentario a la Resolución de 26 de octubre de 1973 arrancaba con unas notas bibliográficas de ciertos estudios que se ocupaban del tema. Estas notas hoy día se han agrandado, pues son diversos los autores que se han ocupado del tema. Creo recordar que entonces citaba a don Jerónimo González (*Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, 1948, II, pág. 104) en sus esfuerzos de contruir la figura en nuestro sistema latino, el importante trabajo de J. Sapena (*Hipoteca cambiaria*, en “Revista de Derecho Mercantil”, 1956, II, pág. 249), la aportación clara y sistemática de Roca Sastre (*Variaciones sobre la hipoteca cambiaria*, “Estudios Jurídicos varios”, volumen I, Centenario de la Ley del Notariado, Madrid 1964, págs. 239 y ss.), las precisiones de Guimerá Peraza (*Hipoteca de máximo en garantía del pago de letras de cambio*, “Revista Jurídica de Cataluña”, 1954, pág. 139), las sugerencias de Pérez Jofre (*Letra de cambio e hipoteca*, “Nuestra Revista”), el trabajo que presentó al II Congreso Internacional de Derecho Registral Emiliano Cano Fernández (*La hipoteca cambiaria*, Centro de Estudios de Derecho Hipotecario, Ponencias y Comunicaciones, tomo I, Madrid, 1975, págs. 575 y ss.) y el estudio que dedica Camy Sánchez Cañete en sus

Comentarios a la legislación hipotecaria (tomo VII, pág. 575). A todo ello hoy día hay que añadir el trabajo de González Laguna (*La hipoteca cambiaria*, "R. Cr. Dr. Inmb.", 1979, pág. 869), las notas de Yagüez (R. del A.) (*La hipoteca cambiaria de constitución unilateral*, "R. Cr. Dr. Inmb.", 1979, pág. 347) y los comentarios a la Resolución de 26 de octubre de 1973 (Fernández Cabaleiro, "R. Cr. Dr. Inmb.", núm. 501, pág. 338) y los que hace Tirso Carretero a la que comentamos ahora (en "Rv. Cr. Dr. Inmb.", 1979, pág. 1166).

El valor y fuerza ejecutiva de la letra de cambio ha exigido un refuerzo en el mundo del comercio mediante figuras jurídicas que fortalezcan la seguridad de ese título valor. A la figura mercantil del aval, traducción comercial de la fianza, se le une la garantía inmobiliaria de la hipoteca. Se produce así una especie de superposición de garantía que da mayor valor o, por lo menos, mayor seguridad y permite una negociación anticipada de la letra y un manejo inmediato de numerario. A medida que los efectos cambiarios se multipliquen, que las posibilidades del crédito sean menores y que la movilidad del dinero sea imperiosa, se multiplicarán los casos de estas letras garantizadas con hipoteca. He querido reproducir este comentario mío hecho a la citada Resolución de 1973 por cuanto centra la figura y refleja el actual panorama de la letra de cambio. El tema no está, sin embargo, en los remedios que con la figura se pueden lograr, sino si dentro de nuestro ordenamiento cabe esta figura y puede ampararse en alguno de los artículos de la legislación hipotecaria o, por razones de analogía, permitir su entrada y adaptar su regulación.

La postura registral es negativa. Las fundamentales diferencias existentes entre las letras de cambio y los títulos endosables emitidos en serie a que se refiere el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, y por las formalidades exigidas por tal artículo para la emisión de dichos títulos, tal precepto resulta inaplicable a las hipotecas cambiarias. Por el contrario, la tesis notarial es favorable a su posibilidad sobre la base de tres razones: que no puede decirse que todos los requisitos del artículo 154 de la L. H. sean de aplicación a los títulos a la orden o endosables que jamás pueden emitirse en serie, pero sí cabe aplicar algunos de ellos; que unánimemente la doctrina considera aplicable dicho artículo a la hipoteca en garantía de letras de cambio y que la larga vida profesional del Notario autorizante cuenta con numerosos casos de otorgamiento de estas hipotecas, todas las cuales han sido debidamente inscritas.

Quizá de los tres argumentos utilizados por el Notario el único convincente sea el primero, pues los otros dos no destruyen afirmaciones fundamentadas en la defensa de la nota. Decir que la generalidad de la doctrina admite la figura es decir bien poco, e igualmente es pueril hacer la cita de unos otorgamientos y unas inscripciones realizadas, pues ello hubiera envuelto, caso de negarse la figura, un serio compromiso para la actuación notarial y registral. Ese argumento lo he rechazado siempre a la hora de la calificación: que se haya hecho hasta ahora así, no quiere decir que esté bien hecho...

La Dirección General de los Registros, en la Resolución que comentamos, e invocando la de 26 de octubre de 1973, apoya la posibilidad de la figura aun cuando no deja de reconocer la dificultad de aplicar la normativa del artículo 154 de la Ley Hipotecaria en cuanto se refiere a los "títulos al portador" y la necesidad de observar otra serie de requisitos que se especifican. La trayectoria seguida por la Dirección General en este punto ha sido realmente de cautela, rechazando en algunos casos la figura y en otros impidiendo su inscripción al amparo de la idea de que no quedaban claros determinados caracteres para su configuración. En la Resolución de 10 de noviembre de 1925 se rechaza la inscripción de una escritura en la que se constituye una hipoteca nominalmente a favor del endosatario sobre fincas del librador para garantizar el pago de ciertas letras de cambio, sobre la base de que dicha hipoteca no se podía averiguar si era ordinaria, de máximo o en garantía de títulos endosables. En la Resolución de 28 de febrero de 1933 se denegó la inscripción de una hipoteca en garantía de unas entregas de mercancías representadas por letras de cambio, pero en la que se fijaba un plazo indefinido; la Dirección General dudaba de la clase de hipoteca de que se trataba y decidió arbitrar el camino de los artículos 142 y 143 con su figura de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, siendo el plazo innecesario por no aplicarse el artículo 153. Por la vía de la hipoteca de máximo recogida en el artículo 142 de la Ley Hipotecaria se admite la inscripción de una hipoteca para responder de la efectividad de todas las operaciones y obligaciones que dimanasen de letras de cambio, conforme a la Resolución de 16 de junio de 1936. En la Resolución de 18 de enero de 1939 la Dirección se muestra totalmente contraria a la hipoteca cambiaria, ante la duda de si se trataba de una hipoteca ordinaria o de una hipoteca en garantía de un pagaré endosable. Por su parte la Resolución de 5 de febrero de 1945, en esa fase transitoria de una ley nueva y un texto refundido por publicar, acepta la figura de una hipoteca de máximo en la que el crédito puede justificarse mediante una certificación de la Entidad acreedora, conforme al actual texto. Por último, llegamos a la Resolución de 26 de octubre de 1973 (pues la de 25 de octubre de 1973 lo que resuelve es un problema de personalidad) que admite francamente la figura, llevando consigo la siguiente doctrina:

a) En sus cuatro primeros considerandos se refleja un criterio progresivo de admisión de la figura, pero en ellos no se llega al fondo constructivo de la figura, ya que de una parte se argumenta sobre los artículos 150 y 154 de la Ley Hipotecaria que admiten "con posibilidad hasta ahora teórica" y explícitamente en la Ley de Hipoteca Mobiliaria la figura, añadiéndose sus dificultades y la conveniencia de su admisión. De otra parte, y esto si es preciso destacarlo, desplaza la construcción a la labor creadora y calificadora de Notarios y Registradores ("la actuación de Notarios y Registradores, que como órganos cualificados, contribuyen así al desarrollo del Derecho, a través de su actividad creadora y calificadora, al configurar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes, en mayor o menor grado, de regulación legal").

b) Se declara inaplicable el artículo 154 de la Ley Hipotecaria con su exigencia de talonarios, series, plazos de amortización, autorizaciones, etcétera, pudiendo, en base de razones analógicas, “reseñar en la escritura de constitución los datos y circunstancias que vengan a individualizar e identificar las cambiales, tal como se ha hecho con el documento calificado, y a su vez, en cada una de las letras de cambio expresar sucintamente los datos de constitución de hipoteca, bajo la fe notarial, para que de esta manera la identificación sea completa y quede formalmente conectada con el Registro”.

c) Rechaza, por último, como improcedente la cláusula de vencimiento anticipado, ya que al tener cada letra vida independiente de las restantes, pudiendo existir diversos tenedores de las mismas que quedaran en la ignorancia de un vencimiento anticipado provocado por el impago de una letra. Aparte de que ello supondría apartarse del sentido de “literalidad” de la letra de cambio.

Recuerdo que al filo de mi comentario recogía la alusión histórica de la figura que había hecho Fernández Cabaleiro, en contra de la afirmación de Cano Fernández, que descubría cómo en la fase de elaboración de la Ley de 1909, concretamente en el Proyecto presentado por el Ministro de Gracia y Justicia, don Juan Armada López, se establecía una norma exactamente igual en su redacción al artículo 154 de la Ley vigente, *excepto en cuanto a la exigencia de que los títulos habrán de ser talonarios*. Igualmente me permitía señalar cómo esa labor “creativa” que se atribuía “*ex equis portionibus*” a Notarios y Registradores exigía que estos últimos deberían extender al dorso de las letras de cambio, en forma de certificación registral abreviada, los datos de la inscripción y la fecha y Notario autorizante de la escritura, pues con ello se salvaba la competencia “exclusiva” atribuida al Registrador para certificar del contenido de los libros Registrales, suprimiendo ese testimonio notarial de datos de inscripción.

La actual Resolución viaja por los mismos caminos determinados anteriormente: se limita a su reconocimiento, señala los requisitos que debe contener, establece la posibilidad de una sola hipoteca en garantía de varias cambiales y prohíbe el vencimiento anticipado por impago de cualquier letra, condicionándolo al requisito que establece.

Con ello nos quedamos con el frustrado deseo de una construcción jurídica que precise sus caracteres y eleve la figura a una de los varios tipos de hipoteca que admite la legislación. Ello obliga volver la vista a la doctrina y tratar de descubrir en ella lo que la Resolución no ofrece. De los últimos trabajos que hemos citado era el de González Laguna que resume posturas, precisa antecedentes, examina su constitución y elementos, así como su posterior desenvolvimiento, ejecución y cancelación. Conforme a este trabajo podríamos señalar la naturaleza, concepto y caracteres, aparte de los requisitos.

— Las dos notas que parece aceptar la mayor parte de la doctrina que defiende la hipoteca cambiaria son: las de que se trata de una hipoteca de seguridad y de que recae sobre la letra misma y no sobre la relación causal subyacente.

González Laguna entiende que la naturaleza de hipoteca de seguridad es discutible, pues lo fundamental en éstas es que el crédito queda indicado en sus líneas generales, determinándose por medios extrahipotecarios y en la hipoteca cambiaria está plenamente determinado en su cuantía, existencia, fecha y domicilio del pago, desconociéndose únicamente el nombre y apellidos del tenedor de la letra al tiempo del vencimiento. Tirso Carretero entiende todo lo contrario: la hipoteca cambiaria no es de seguridad en el sentido de la hipoteca de máximo, pero si lo es en el sentido de la hipoteca en garantía de títulos al portador. Yo creo que en estas hipotecas se dan las tres notas características de las hipotecas de seguridad, que en las de "máximo" suponen una indeterminación del crédito y en las de "títulos" radica en el titular: a) Aseguran créditos a favor de titulares que no constan en el Registro personalmente determinados. b) Incorporan el crédito y su correspondiente garantía a un documento con el cual se entienden transmitidas. c) En ellas existe simultaneidad o igualdad de rango hipotecario de todos los tenedores de los títulos, titulares de la hipoteca.

Quizá tenga razón Tirso Carretero al afirmar que nuestra doctrina sigue dócilmente a la extranjera en la búsqueda de un concepto estricto de la hipoteca cambiaria, y no hay autor que no destaque la necesidad de que la garantía verse directamente sobre la obligación cambiaria, sobre la letra misma y no sobre la relación causal subyacente. Pero luego, cuando se trata del contenido permisible de la escritura de constitución de hipoteca cambiaria, nos olvidamos en gran parte de ese requisito inicial y no extraemos de él todas sus consecuencias, singularmente en el tratamiento adecuado de la hipoteca en garantía de varias letras con vencimientos sucesivos y de las cláusulas de vencimiento anticipado.

No cabe duda que las notas apuntadas hacen, como dijo La Rica, que surjan ciertas particularidades aplicables a las mismas en orden a las normas sobre su constitución, cesión, cancelación y ejecución.

— En materia de requisitos es claro, que en los personales, se transforme el principio de especialidad por el de indeterminación, constituyéndose a favor de los titulares presentes o futuros de la letra, generando problemas la llamada hipoteca de propietario y la unilateral. Ofrece particularidades el objeto sobre el cual recae la hipoteca, que sigue las reglas comunes. Lo que sí sugiere discusión son la validez de ciertas cláusulas en torno a la renovación, ejecución y cancelación de estas hipotecas y singularmente las del vencimiento anticipado. Dos de estos problemas se abordan en la presente Resolución, como veremos seguidamente.

B) Posibilidad o no de una hipoteca en garantía de varias letras

La posición registral en este punto es clara: representando cada letra de cambio una obligación, por esencia autónoma, y siendo la hipoteca un derecho accesorio de una obligación principal, a cada una de éstas debe corresponder su accesoriedad, a menos que la Ley expresamente permita otra cosa. Se basaba este argumento en el artículo 104 de la

Ley Hipotecaria en la que al perfilar la esencia de la hipoteca dice que ésta sujeta directa e inmediatamente los bienes... al cumplimiento "de la obligación" para cuya seguridad fue constituida, cosa que repite literalmente el artículo 1.876 del mismo Código civil. El mismo Registrador, al intentar defender esta postura, reconoce la posible excepción del artículo 154 de la Ley Hipotecaria, lo cual pone fin a este defecto y a la conclusión afirmativa de que cabe en este caso una hipoteca en garantía de varias letras de cambio.

La defensa que el Notario autorizante de la escritura hace y los argumentos que emplea son muy semejantes a los que utiliza para combatir el primer defecto: razones de otorgamientos formales que no penetran en la entraña del problema, ya que en principio parece reconocer que habría que otorgar tantos instrumentos como letras, aunque luego en base de economía instrumental parece admitir que en un solo instrumento pueden otorgarse tantas hipotecas como letras. En último extremo alega el artículo 1.861 del Código civil, que habla en plural de "obligaciones" —argumento que parece recoger la Dirección General de los Registros— aunque a nuestro modesto entender la cita de este artículo es improcedente porque el "plural" de obligaciones no se refiere más que a las diferentes clases de obligaciones que pueden ser garantizadas con hipoteca (puras o condicionales) y no a la constitución unitaria de una hipoteca en garantía de *varias* o *diferentes* obligaciones. La práctica instrumental a veces entorpece el razonamiento jurídico, no permitiendo distinguir entre lo que se hace y lo que debe hacerse.

Doctrinalmente el tema es confuso, y así Roca Sastre no se decide a una postura definitiva, ya que admite la ejecución aislada de cada letra a su respectivo vencimiento. Sapena y Cano no dudan en admitir la garantía hipotecaria para una o más letras de cambio. Nosotros, en el comentario a la Resolución de 1973, decíamos que cuando se constituye una hipoteca en garantía de varias letras de cambio, existen tantas hipotecas como letras y su pago, protesto y consecuencias no puede estar relacionado jurídicamente con las demás. Se trata, en efecto, de una deuda única, pero al estipularse su fraccionamiento de pago en diversas letras de cambio ha entrado en funciones el artículo 1.169 del Código civil con su admisión del pago parcial. Creo que esta construcción podría simplificar muchas de las escrituras de distribución de responsabilidad en la compra de pisos de bloques o edificios hipotecados en conjunto.

Tirso Carretero entiende que existe una grave diferencia entre la hipoteca ordinaria con crédito dividido en entregas periódicas y la hipoteca cambiaria en garantía de varias letras, porque en ésta no es admisible el pacto de vencimiento anticipado por impago de algunas letras. Acaso la distribución entre el supuesto de tomador único y el de varios tomadores no sea tan decisiva porque el tomador no es el protagonista en la hipoteca cambiaria, sino el tenedor o el conjunto de los sucesivos tenedores. Sí, es totalmente distinto la pluralidad de plazos o entregas del crédito hipotecario ordinario y los varios créditos cambiarios derivados de distintas letras, porque entre aquéllos hay una íntima conexión, derivada de la unidad de causa y de relación obligatoria

y, en cambio, entre los varios créditos cambiarios nacidos de distintas letras no hay tal conexión, sino que de cada letra derivan, o pueden derivar, débitos y créditos abstractos, y si la constitución de hipoteca única en garantía de las varias letras produce de alguna manera (y acaso a posteriori) tal conexión íntima entre las letras, ha de ser a costa de desnaturalizarlas y causalizarlas en un conjunto negocial, por lo demás oculto y clandestino.

C) *Cláusulas de vencimiento anticipado.*

El tercer aspecto de la calificación registral al señalar el último de los defectos insubsanables se centra en el rechazo de la cláusula de vencimiento anticipado de la hipoteca por impago de cualquiera de las letras. Verdaderamente que la cláusula tal y como está redactada en su primera parte dice que se produce el vencimiento anticipado "si las cambiales o cualquiera de ellas no fueran satisfechas a su vencimiento y protestadas por falta de pago, lo cual dará lugar al *vencimiento anticipado de las demás...*". Para el Registrador ello genera una gran confusión y se vulneran artículos de la Ley Hipotecaria y Código civil (artículo 1.876 y 104) y del Código de comercio (artículos 452, 4.^a, 455 y 488).

La postura notarial es la de considerar a la cláusula como una de las de estilo que se utilizan normalmente y que en ella se consigna en primer término el vencimiento normal que es el de las letras señaladas y luego se añade que podrá procederse a la ejecución aislada o parcial de la hipoteca por razón de las letras que hayan ido a la ejecución, subsistiendo la hipoteca respecto de las demás de acuerdo con el artículo 155, 2.º y 211 (Ley y Reglamento Hipotecario).

La postura doctrinal en este punto es unánime y niega la validez de dichas cláusulas. Sirvan de ejemplo las dos opiniones más recientes, una la de Cano Fernández quien argumenta que el artículo 1.255 del Código civil permite el pacto de vencimiento anticipado en la hipoteca como consecuencia de la resolución del préstamo por el impago de alguno de los plazos del capital o intereses, pero en los casos de hipoteca cambiaria el vencimiento debe y puede establecerse al emitir la letra, pero luego no puede ser variado ya que el artículo 488 del Código de comercio no puede ser eliminado por pacto. En igual sentido se pronuncia González Laguna, apoyándose en la Resolución de 26 de octubre de 1973 y en el imperativo del artículo 488 del Código de comercio. En mi comentario a la Resolución de 1973 sostenía que una cosa es la resolución de un contrato por falta de pago y otra muy distinta el que por falta de pago de cualquiera de ellas "se anticipe el pago de las demás". Al tratar de introducir el esquema de la condición resolutoria en la figura de la hipoteca cambiaria se ha desconocido el principio de "literalidad" de la letra, el pacto de admisión de pagos parciales y la distribución de responsabilidades que ello lleva consigo. La condición resolutoria podría afectar al contrato en sí (relación causal subyacente), pero no a los plazos de vencimiento de las letras.

La Dirección General en este punto abre un nuevo cauce, no para justificar la validez de la cláusula, sino para demostrar que la escritura era inscribible, pues entre paréntesis y para que no quede ninguna duda no quiere entrar en la antijuridicidad de la cláusula "por no haber sido materia del recurso", cosa incierta a todas luces pues no solamente de la nota del Registrador, sino de su informe se deduce que lo que se trataba de averiguar es si la cláusula violaba o no lo dispuesto en los artículos 452, 4.º, 455 y 488 del Código de comercio. De esta forma un tanto sorprendente la Dirección distingue dos fechas de vencimiento: *el normal* que se ajusta al que tienen cada una de las letras, permitiendo su ejecución aislada y parcial de la hipoteca al amparo de lo dispuesto en el artículo 155, 2 de la Ley, con subsistencia de la hipoteca en cuanto a las restantes y el *vencimiento anormal*, apoyado en su validez por el artículo 1.255 del Código civil (sin recordar aquello de que "siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público") y en el párrafo 3.º del artículo 1.170 del Código civil (que a mi entender no tiene absolutamente nada que ver con el tema, pues el tema de si la letra de cambio es medio de pago y de si éste se entiende o no realizado por la entrega, por su realización o por su perjuicio, sale un poco de los márgenes conceptuales de la hipoteca cambiaria y parece generar una nebulosa entre la figura y la relación causal que da origen a la letra). Para que la cláusula sea válida, notarialmente se condicionaba a que "el tenedor de todas las restantes cambiales, de vencimiento posterior a la que hubiese resultado impagada, fuera la misma persona física o jurídica". Pero la Dirección General no apoya su criterio en esta cláusula y la sustituye por el requisito de que para el ejercicio de la acción hipotecaria, además de los documentos que señala el artículo 131 (lo cual da por supuesto que cabe el procedimiento judicial sumario, defendible a base del artículo 15 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria por su remisión a los artículos 154 y 155 de la Ley Hipotecaria) habrán de presentarse todas las cambiales cuyo cobro ha sido garantizado y con vencimiento posterior a la que ha resultado impagada, aplicando así la cláusula 8.ª de la escritura en que los hechos de que disponemos no figura, pero que damos por buena.

Vuelvo a insistir que la Dirección General con esta deficiente argumentación lo que pretende es dar la razón al Notario otorgante de la escritura, quien en su informe, dándose cuenta de la tremenda carga explosiva que llevaba la cláusula de "vencimiento anticipado" la sitúa dentro de las de "estilo". Estoy, por supuesto, con González Laguna, quien aplica a la aclaración de la Dirección sobre la juridicidad o no de la cláusula el axioma de "excusatio non petita" el resultando de "acusatio manifiesta". También estoy con Tirso Carretero que destruye el argumento de la Dirección General y el del mismo Notario, ya que al exigirse en la cláusula 8.ª de la escritura que se presenten todas las letras con posterior vencimiento a la impagada lo que se permite es la ejecución total por la totalidad de las letras cuando sólo una ha vencido y ha sido impagada y por ello, parece que lo que prevalece es la cláusula 6.ª b) A) que el Notario encuadrará dentro de las de "estilo".

A mi entender estaba mejor orientada y, por supuesto, mejor argumentada la Resolución de 1973, en la cual, visto el problema, se daban unas orientaciones para que esa labor constructiva de Notarios y Registradores pudieran complementar y solucionar los diferentes aspectos de la hipoteca cambiaria. Es una lamentable pena que teniendo a la vista la serie de trabajos que hemos citado no se haya profundizado para sacar adelante una solución a los diferentes aspectos jurídicos que la figura ofrece. Con esta solución favorecedora de la postura notarial se ha invertido, como dice Tirso Carretero, la relación normal crédito-hipoteca, haciendo las letras accesorias de la hipoteca y haciendo aflorar la primitiva y originaria relación causal subyacente. Entiendo que se hace preciso dar a la Dirección una "tercera" oportunidad para que meditando serenamente sobre los serios problemas que se apuntaban perfile el cuadro de posibilidades de la figura, señale sus límites y especifique sus condiciones, ya que la solución dada en el presente caso (presentación de todas las letras) no evita ninguno de los riesgos que apuntaba la anterior Resolución de 1973.

Es jurisprudencia del Tribunal Supremo que, aunque el artículo 1.504 del Código civil emplee el término requerimiento, el requisito que exige tiene el valor de una intimación referida no al pago del precio, sino a dar cuenta al comprador de la voluntad patente del vendedor de que contrato quede resuelto y finalizada la prórroga legal del plazo, por lo que se trata de una simple notificación —como reconoce el actual artículo 59 del Reglamento Hipotecario— que deberá ajustarse a los artículos 202 y siguientes del Reglamento Notarial, sin que quepa distinguir en éste entre actas de notificación y de requerimiento, para estimar que el primer párrafo del artículo 202 sólo se aplica a las de notificación y que el 203 sólo es aplicable a las de requerimiento. (Resolución de 17 de noviembre de 1978, "Boletín Oficial del Estado", de 2 de diciembre.)

Hechos.—Por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Antonio Cuerda y de Miguel el 28 de noviembre de 1975, "Suvise" vendió a "Procisa" una finca llamada Prado de la Tejera, en el término de Hoyo de Manzanares, que estaba formada por agrupación de otras tres en virtud de una escritura que se cita; el precio de venta es de 2.750.000 pesetas, de las cuales la Sociedad vendedora recibe 250.000 pesetas, quedando aplazadas las restantes 2.500.000 pesetas para ser satisfechas por la Sociedad compradora a la vendedora en un plazo con vencimiento al día 15 de octubre de 1976, consignándose en la estipulación tercera, de conformidad con los artículos 1.504 del Código civil y 11 de la Ley Hipotecaria, el pacto expreso de que el impago de la cantidad aplazada a su vencimiento daría lugar a que la Sociedad vendedora pudiera resolver la venta de pleno derecho, perdiendo la compradora las cantidades entregadas, y fijándose como domicilio de la Sociedad compradora el de avenida de América, número 33, de Madrid; no habiéndose verificado el pago del precio aplazado en la fecha pactada, don Florentino Viñuela

Bayón, en representación de la Compañía mercantil "Suvisé", requirió al Notario de Madrid don Blas Piñar López, el 15 de julio de 1977, para que se constituyera en el domicilio de la Sociedad "Procisa" a fin de que ésta se diera por notificada de las consecuencias jurídicas y efectos prevenidos en el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, para que tenga lugar de pleno derecho la resolución del contrato de compraventa con nueva inscripción a favor de la Sociedad vendedora; por diligencia del mismo día, hizo constar el fedatario que se constituía en la casa 33 de la avenida de América, informándose por la portería que la Compañía "Procisa" tiene su domicilio en el piso primero del inmueble; que subió a dicha planta y llamó al primero derecha, en cuya puerta existía una placa que decía "Procisa, constructora", sin que contestase nadie, y que seguidamente llamó a la puerta del piso izquierdo de la misma planta sin recibir respuesta, consignando que en la puerta había un papel en el que se leía "Cerrado por vacaciones", "Procisa promotora"; el fedatario volvió a constituirse en la portería extendiendo la diligencia con el portero, don Manuel Leria Martínez, al que dio lectura íntegra del acta y entregó copia simple de la misma, como cédula de notificación, haciéndose cargo el señor Leria de dicha copia y manifestando que la hará llegar a "Procisa" a la mayor brevedad, cerrando el fedatario la diligencia con la lectura de la misma por el señor Leria y por él mismo, aprobándola aquél, que prestó su consentimiento.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo primera copia de la referida acta, fue calificada con la siguiente nota: "No practicada operación alguna de inscripción y cancelación en relación a este documento por observarse los siguientes defectos:

1.º.—No acompañarse el título del vendedor, pues lo aportado es copia de la escritura de compraventa otorgada por "Suvisé, Empresa Constructora, S. A.", a favor de la Compañía "Promotora de Construcciones Industriales, S. A." (Procisa), y el título de vendedor a que se refiere el artículo 59 del Reglamento Hipotecario es la escritura de agrupación formalizada por la primera Sociedad ante el Notario de Madrid don Blas Piñar López, el día 9 de julio de 1975, copia que deberá ir acompañada de los títulos de adquisición por tal Sociedad de las fincas que fueron objeto de agrupación.

2.º.—No acompañarse copia autorizada de la escritura de delegación de facultades a favor del señor Viñuela por parte de la representación legítima de "Suvisé, Empresa Constructora, S. A.", de fecha 30 de noviembre de 1973, ante el mismo Notario, y necesaria por no transcribirse en lo pertinente el acta que nos ocupa.

3.º Estímarse no formulado el requerimiento ni la diligencia subsiguiente, con arreglo a los artículos 1.504 del Código civil y 202 del Reglamento Notarial, por cuanto que:

a) Debíó instarse al formular el acta notarial la práctica de un requerimiento y no de una notificación.

b) No proceder la notificación al portero, que acepta el artículo 202 para las notificaciones, pero no para los requerimientos, que deben considerarse regulados por el artículo 203, y

c) No constar si la copia simple entregada como cédula de notificación se hallaba debidamente autorizada por el fedatario.

De estos defectos se consideran:

- I. El primero, subsanable.
- II. El segundo, subsanable en principio, a reserva de su calificación al aportarse, y
- III. El tercero, insubsanable.

No procede la anotación preventiva de suspensión.

Se hace constar la conformidad de mis cotitulares en el desempeño de este Registro, consultados al efecto a tenor de lo previsto en el inciso letra c) del artículo 475 del Reglamento Hipotecario."

Don Santos de Gandarillas, Procurador de la Sociedad vendedora, "Suvisse, Empresa Constructora, S. A.", interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que a fin de subsanar los defectos primero y segundo de la nota se presentan los documentos dedicados por el funcionario calificador; que en relación con el tercer defecto entiende el recurrente que el acta notarial a que se refiere cumple todos los requisitos legales necesarios para obtener el efecto que se pretende (artículo 1.504 del Código civil, en relación con los artículos 202 y 203 del reglamento Hipotecario).

El Registrador informó que habrá que tener en cuenta que, por escritura otorgada en la misma fecha y ante el mismo Notario que autorizó la de compraventa ya citada, "Procisa" segregó de la finca matriz cincuenta y ocho parcelas, que se inscribieron como independientes y sobre las que se declaró la obra nueva, en construcción de otras tantas viviendas, quedando constituida registralmente la finca primitiva por un resto y apareciendo cincuenta y ocho fincas más; que posteriormente se extienden hasta diez anotaciones preventivas de embargo y dos hipotecas sobre el resto de la finca, las parcelas segregadas o sobre la totalidad en garantía de diversas obligaciones; que entre estos gravámenes inscritos cabe citar: Dos anotaciones preventivas de embargo a favor del Banco Latino para responder de un total de 21.500.000 pesetas. Otra anotación preventiva de embargo para responder de un principal de 12.000.000 de pesetas a favor del Banco Hispano Americano. Y una hipoteca en garantía de un préstamo de 46.400.000 pesetas a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid; que estos asientos, si bien no afectan directamente a la calificación registral, han sido objeto de examen detallado, toda vez que deberán ser cancelados si prospera el recurso; que, en efecto, existiendo un precio aplazado de 2.500.000 pesetas, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid concede a la Entidad compradora un préstamo hipotecario de 46.400.000 pesetas de principal, sin que la hipoteca que lo garantiza se anteponga a la condición resolutoria, ya que, conforme a las estipulaciones de la escritura de compraventa, el plazo máximo a que debería sujetarse el préstamo, para que tuviera lugar la reposición de la condición resolutoria, debería ser el de diez años, y el préstamo de la Caja se concede por doce años, y sin que esta última Entidad exija al efectuar entregas parciales de capital la cancelación de la condición resolutoria, como es norma ha-

bitual en dicha Institución; que, por otra parte, ninguno de los dos Bancos acreedores exige a la Sociedad compradora el pago del precio aplazado, ni ellos efectúan el pago, por cuenta de aquélla, con cargo a los créditos concedidos; que vencido el plazo para el pago del precio aplazado, o sea, cumplida la condición resolutoria explícita el 15 de octubre de 1976, meses después la Sociedad vendedora insta y obtiene tres anotaciones preventivas de embargo por una responsabilidad global de 26.500.000 pesetas, cuando su actuación más sencilla, y sobre todo de mayor seguridad para sus intereses, hubiera sido la de utilizar la derivada del cumplimiento de la condición, y al no hacerlo deja a sus créditos en el orden de prelación especial que corresponde a las anotaciones preventivas; que también llama la atención el que, después de esta cantidad de cargas reales, la Sociedad compradora vende nueve parcelas con viviendas unifamiliares en construcción a otra Sociedad; que todo ello evidentemente tiene que influir en el ánimo del calificador al exigirle un mayor rigor y una extremada cautela, dadas las situaciones y hechos que se citan; que los defectos alegados en la nota han sido subsanados el primero y el segundo, al haberse acompañado los títulos indicados, y que en cuanto al tercero de los defectos, que se considera insubsanable, hay que indicar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina terminantemente a considerar que en el artículo 1.504 nos encontramos ante un requerimiento, no referido a la negativa del pago, sino a la voluntad de resolver el contrato, y que esta voluntad sea aceptada por el comprador y no ponga impedimentos a la resolución; que, en opinión del informante, la comunicación del vendedor al comprador debe hacerse a través de un requerimiento y no de una notificación; que no es aceptable el criterio del fedatario de que nos encontremos ante el hecho de que el Notario autorizante del acta es portador de la voluntad unilateral y terminante del vendedor de tener por resuelto el contrato de compraventa, y que por ello notifica una voluntad y no requiere al comprador para nada, puesto que esa voluntad unilateral contiene algo más: contiene un acto de fijación jurídica y cuya comunicación compele a la otra parte a que conteste, fijando su posición; que las actas notariales de notificación y requerimiento son materia insuficientemente regulada, y la propia Dirección General reconoce la existencia de lagunas y deficiencias en su reglamentación (Resolución de 1 de abril de 1965); que es indiscutible que el Notario en su actuación, en cuanto le sea factible, podrá suplir lagunas, pero lo que no puede hacer con este pretexto es ampliar su campo de intervención si está taxativamente limitado por algún precepto legal o reglamentario; que el funcionario calificador informante considera que existen dos tipos de actas bien diferenciadas en cuanto a notificaciones y requerimientos, a pesar de estar reguladas conjuntamente por los artículos 202 a 207 del Reglamento Notarial; que aunque la generalidad de la doctrina consideró en principio que no era posible señalar los claros matices que separan las actas de notificación y requerimiento, lo cierto es que, no obstante, esta afirmación genérica, todos reconocen en definitiva la existencia de esos dos grupos de actas; que en las de notificación, en el caso de no encontrarse la persona a

quien vayan dirigidas, podrán hacerse a cualquiera de las que encuentre el Notario en el mismo lugar y, en su defecto, al portero del inmueble o a un vecino que se preste a ello; que en las de requerimiento, en cambio, cuando por resistencia activa o pasiva del requerido, o por no serle permitida la entrada en el domicilio o no encontrar en él a nadie, considera el Registrador que el Notario no puede evacuar la diligencia y le ordena imperativamente: "levantará de ello acta a los fines que al requirente convenga"; que el Notario, en nuestro caso, obró ateniéndose exclusivamente a las instrucciones contenidas en la minuta que presentó el compareciente, que instó una notificación simple, como se desprende del contexto del acta, pero que en realidad lo que debió instarse fue una notificación requisitoria o requerimiento; que el Registrador opina que el artículo 203 del Reglamento Notarial excluye la posibilidad de la aplicación del 202 en punto a personas que pueden ser requeridas, pues, si fuera factible, no ordenaría levantar el acta a los fines que al requirente convenga, ya que lo lógico sería que el Notario terminara el proceso comunicativo buscando para ello al portero o a un vecino; que en el caso que estudiamos, en la diligencia de entrega, la persona que recibe la copia simple manifiesta que se hará llegar a la Sociedad a la mayor diligencia, pero en ella no se consigna que se le manifestara la obligación legal de hacer llegar a poder de la Sociedad el documento que se le entrega; que, por otra parte, el artículo 204 indica que en todo acto de carácter requisitorio la persona requerida o notificada tendrá derecho a contestar el requerimiento o intimación en el acto o dentro del término de dos días laborables, y es constante práctica notarial consignar el Notario, en la diligencia, esta advertencia.

El Notario autorizante del documento calificado informó: Que el pacto comisorio regulado en las Partidas es admitido en nuestro Código civil, cuyo artículo 1.504, por diversas razones, mitiga el automatismo resolutorio del impago, y exige para que se produzca el reintegro de la finca al patrimonio del vendedor, además del incumplimiento previsto y sancionado contractualmente, una manifestación de voluntad hecha por el vendedor al comprador de dar por resuelto el contrato (Sentencia de 1 de mayo de 1946); que no se trata, pues, de un requerimiento de pago, que supondría una renuncia al automatismo resolutorio, ya que lo que el vendedor quiere es que el comprador conozca de manera auténtica no su voluntad de requerirle el cumplimiento de la obligación de pago, sino, al contrario, de poner fin a la prórroga del plazo (Sentencia de 16 de octubre de 1961); que el Notario autorizante del acto es, pues, portador de la voluntad unilateral terminante y explícita del vendedor de tener por resuelto el contrato de compraventa; que por ello varias sentencias del Tribunal Supremo, así como la doctrina, hablan más bien de notificación que de requerimiento al comentar el artículo 1.504 del Código civil, y en igual sentido se manifiesta el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, que puede considerarse como interpretación declarativa auténtica realizada por el propio legislador; que, en cualquier caso, en el acta autorizada por el fedatario informante consta no sólo la notificación de la voluntad resolutoria del vendedor, sino la intimación

requisitoria a que alude el citado artículo 1.504, puesto que se menciona dicho precepto en unión de los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento, reproduciéndose el contenido de la cláusula resolutoria pactada en la escritura de compraventa; que en cuanto al segundo defecto hay que alegar que aunque se admitiese —a fines puramente dialécticos— que el artículo 1.504 del Código civil exige un requerimiento y no una notificación, el fedatario debe hacer todo lo posible para que llegue al destinatario de la diligencia el contenido del acta, no limitándose a cerrarla cuando no encuentre a nadie en el domicilio designado (como autoriza el artículo 203 del Reglamento), sino esforzándose, por razones de celo profesional y de seguridad jurídica, en practicar dicha diligencia con las personas a que alude el artículo 202, párrafo primero, del mismo texto legal; que en cuanto al tercer defecto hay que resaltar, en primer lugar, la contradicción que supone el calificar de insubsanable un defecto atribuido a una diligencia no sólo innecesaria, sino excluida por el calificador, al entender como inaplicable el artículo 202 del Reglamento Notarial; que la práctica notarial utiliza no la cédula de notificación, que sería un extracto del acta, sino una copia literal de la misma, con lo que la notificación resulta plena y sin posibilidad de equívoco; que esta copia literal del acta, extendida y entregada al practicar la diligencia, no es una copia autorizada, como dice la nota: tan sólo una cédula de notificación que comprende el texto literal del acta. y, por ello, una copia simple, que como cédula de notificación no va autorizada, sino diligenciada con media firma y el sello de la Notaría, tal y como el artículo 202 del Reglamento Notarial preceptúa.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y el Notario autorizante del instrumento.

Y la Dirección General acordó confirmar el auto apelado en base a la siguiente doctrina:

Doctrina.—“Uno de los pactos más frecuentes introducidos por la práctica notarial en las compraventas con precio aplazado es aquél en que a la falta de pago se le da el carácter de condición resolutoria explícita, y que amparado en el artículo 1.504 del Código civil se desarrolla en los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 y 175-6.º del Reglamento para su ejecución.”

“Los mencionados preceptos introducen un enérgico sistema de autotutela a favor del vendedor, que le permite obtener la reinscripción de los bienes transmitidos en caso de incumplimiento por el comprador de su obligación de pagar el precio a través de un procedimiento caracterizado por su automatismo, pero que por su mismo rigor debe ser examinado en su aplicación con todo tipo de cautelas, a fin de salvaguardar los posibles derechos de todos los interesados y terceros y evitar que el vendedor —en particular en los casos en que se ha pactado en concepto de indemnización que puede apropiarse de la parte de precio ya entregada—, por su sola voluntad y sin la intervención de los Tribunales, pueda decidir unilateralmente una cuestión en la que, por otra parte, el artículo 175-6.º, del Reglamento sólo le autoriza a realizarla.

en el supuesto de que devuelva el importe de los plazos recibidos con las deducciones que en su caso procedan, mediante la consignación en el correspondiente establecimiento bancario o Caja de Ahorros."

"Dentro del estrecho marco del recurso gubernativo, en donde sólo pueden ser examinadas las cuestiones debatidas como consecuencia de la nota de calificación, no cabe el estudio de todos aquellos prolijos y complejos problemas que este caso concreto ofrece, por lo que ha de limitarse únicamente a resolver el tercero de los defectos señalados al estimar los Registradores subsanados los otros dos mediante los documentos aportados, y que consiste, en definitiva, en saber si en el acta autorizada debió practicarse un requerimiento notarial en lugar de la notificación realizada."

"La materia relativa a las actas notariales no se encuentra desarrollada en las disposiciones legales con la misma precisión con que aparecen reguladas las escrituras públicas, sin duda porque la Ley del Notariado de 1861 se refería exclusivamente a estas últimas, y han sido los distintos Reglamentos Notariales los que han tratado de ir supliendo aquella falta de regulación al introducir las normas necesarias, y así el Reglamento de 1935 es el que distingue, por primera vez, entre actas de requerimiento y de notificación, pero sin establecer una clara distinción entre ambas, y el Reglamento de 1944, con la modificación establecida por el Decreto de 1967, las regula conjuntamente en los artículos 202 a 207 como una subespecie de las actas de presencia.

"La diferencia que existe entre el acta de notificación y la de requerimiento radica, a juicio de la mayor parte de la doctrina, en que la primera sólo se trata de dar a conocer a la persona notificada el contenido de una información o decisión adoptada por quien solicitó la actuación notarial, mientras que en la segunda, que tiene un carácter más complejo, el destinatario, una vez enterado del contenido de la misma, es intimado a adoptar una determinada actitud."

"En cualquier caso, la regulación reglamentaria de ambos tipos de acta es idéntica, pues a las dos conjuntamente se refieren, como ya se ha indicado, los artículos 202 a 207 del Reglamento Notarial vigente, que emplean indistintamente los términos "notificación" o "requerimiento" o similares, tanto en el artículo 202, 1.º, como en el 204 ó 205, por lo que la distinción que pretende hacerse por el funcionario calificador, de que el primer párrafo del mencionado artículo 202 es aplicable sólo a las notificaciones, y queda excluida para éstas la aplicación del artículo 203, carece de toda base legal, ya que lo dispuesto en este último artículo es complemento de lo ordenado en el primero, y habrá de acudirse a este medio tanto en uno como en otro tipo de acta, en los concretos supuestos a que se refiere, y que presuponen que no ha podido ejercitar su ministerio el Notario con arreglo al sistema establecido en el artículo anterior."

"Es copiosa la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en numerosas sentencias ha declarado —y aun empleando el término "requerimiento"— que este requisito exigido por el artículo 1504 del Código civil tiene el valor de una intimación que está referida no al pago del precio,

sino, por el contrario, a dar cuenta al comprador de la voluntad patente del vendedor de que el contrato quede resuelto y finalizada la prórroga legal del plazo, por lo que se trata de una simple notificación, término que introduce ya con precisión al recoger esta reiterada jurisprudencia el Reglamento Hipotecario a partir de la reforma de 1947 en su artículo 59, que regula esta cuestión y en donde reproduce sustancialmente, y casi con las mismas palabras, el texto del artículo 97 del Reglamento anterior, con la excepción del cambio del mencionado término.”

“De todo lo expuesto se deduce que lo procedente por parte del vendedor era realizar la notificación, que es lo que ha tenido lugar, y que se ajustase a lo establecido en los artículos 202 y siguientes del Reglamento Notarial, y sin que haya de tomarse en consideración el apartado c) de este defecto tercero, en cuanto que la copia simple entregada como cédula de notificación al portero del inmueble no es documento sujeto a la calificación registral, al no tener que presentarse en el Registro, y a que en principio hay que presuponer que reuniría todos los requisitos formales exigidos por la legislación notarial y a los que daría cumplimiento el fedatario.”

Consideraciones críticas.—Toda la problemática que encierra la presente Resolución responde a un tema de forma, más que de fondo, pues la punta de lanza que el Tribunal Supremo estableció en orden a esa debida interpretación que el artículo 1.504 del Código civil exige en torno al concepto de requerimiento, que no es más que una intimidación al comprador para ponerle en su conocimiento la voluntad del vendedor de dar por resuelto el contrato. Este avance interpretativo del Tribunal Supremo se ha hecho ya patente en el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, lo que sucede es que la forma en que se verifica provoca la discusión.

Entendemos que en la crítica de esta Resolución y ante la subsanación de los dos primeros defectos que el Registrador alegaba, debemos ajustarnos a dos problemas que inciden en el defecto que para el Registrador era decisivo: no formularse el requerimiento que exige el artículo 1.504 del Código civil. De esta forma podemos concretar las dos siguientes materias: documentación necesaria para reflejar la resolución en el Registro y repercusiones registrales de la resolución.

A) *Documentación necesaria para acreditar la Resolución*

Partiendo de la base de que el supuesto de hecho entra de lleno en la regulación que hizo del mismo el artículo 1.504 del Código civil se hace preciso señalar que la resolución se produce de forma instantánea cuando el comprador ya no puede utilizar la prórroga del plazo por haber sido “requerido judicialmente o por acta notarial”. Quizá de las Sentencias del Tribunal Supremo que más aclaren este punto sea la de 9 de marzo de 1950 al decir que lo dispuesto en el artículo 1.504 del Código civil es de aplicación, tanto en el caso de existir pacto comisorio expreso como en el caso de no existir tal pacto, exigiendo aquel precepto, como requisito previo a la resolución de la venta de bienes inmuebles por falta de pago del precio, la existencia de un requerimiento hecho por el vendedor al comprador, o sea, una declaración de voluntad del pri-

mero, expresada en forma auténtica, y que haga patente su propósito de optar por la resolución.

De ahí que sea el Reglamento Hipotecario el que en su artículo 59 plasme este criterio y exija para poder hacer constar en el Registro la resolución de la venta que se haga constar la "notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta" y que se acompañe el título del vendedor. Aparte de eso, el artículo 175, 6.º del Reglamento exige que se acredite "que se ha consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto". Por todo ello vamos a distinguir:

a) Es necesario e imprescindible el título del vendedor que es el documento base del cual debe resultar la causa de la rescisión o resolución y que es la credencial que va a servir al vendedor para recuperar la titularidad de la finca vendida. De ahí que en el caso presente el Registrador exigiérase la presentación de ese documento, aparte de todos aquellos que justificaban, por tratarse de una sociedad, la delegación de facultades, etc.

b) Documentalmente debe justificarse que se ha cumplido el requisito de la consignación que exige, como hemos visto, el artículo 175, 6.º del Reglamento Hipotecario. Este precepto, sin embargo, viene a restringir la fuerza publicitaria de los pronunciamientos registrales, obligando a un cumplimiento y justificación complementaria para poder proceder a la operación registral correspondiente.

Doctrinalmente se entiende, sin embargo, que los pronunciamientos de esta disposición sólo tienen aplicación en aquellos casos en los que no entre en juego la posible cláusula penal que imponga la pérdida de parte o todo el precio pagado en los plazos anteriores al incumplimiento. Así se pronuncia la Resolución de la Dirección General de los Registros de 3 de junio de 1961. Es decir, aun en aquellos casos en los que juegue la cláusula penal, la resolución debe ser inevitable, registralmente hablando, sin perjuicio de que el Tribunal correspondiente pueda moderar la pena en virtud de la facultad que le concede el artículo 1.154 del Código civil. Pero esto supone una solución extrarregistral.

La Resolución que comentamos en el segundo "considerando" hace referencia a este requisito y a la necesaria cautela que debe llevar consigo el "automatismo" de la resolución, pero deja sin resolver el tema, entendiéndose que "no cabe el estudio de todos aquellos prolijos y complejos problemas que este caso concreto ofrece" y que el Registrador exponía en su informe en defensa de la nota, dentro de los cuales existían unas reclamaciones judiciales que englobaban el precio de las ventas y que podría dar lugar a pensar que si esto había sucedido la notificación notarial de resolución no parecía muy procedente. Pero todo ello se deja en la cuneta del recurso y el mismo, al haberse subsanado los dos primeros defectos, se centra en lo que podríamos llamar "precisión del requerimiento o notificación de resolución".

c) El tercer requisito que se exige para hacer constar en el Registro la resolución es el de acreditar que el vendedor ha hecho una "no-

tificación judicial o notarial” de quedar resuelta la venta. Esto es lo que dice el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, pues el artículo 1.504 del Código civil habla de “requerimiento”. Y ahí es donde en el presente caso se plantea el problema.

El Registrador de la Propiedad decide en su nota que no es suficiente una “notificación”, sino que se necesita un “requerimiento” y que, conforme al artículo 202 del Reglamento Notarial, no cabe hacerlo con el portero de la finca, debiendo aplicarse el artículo 203 del mismo Reglamento, aparte de que no consta si la copia simple entregada estaba autorizada por el fedatario. El argumento no deja de tener grandes razones de fundamento, pues en la reglamentación legal la notificación permite una actuación notarial y en las de requerimiento la actuación notarial se limita a señalar las dificultades habidas para realizarlo. Lo que el Notario realizó fue una notificación simple, aunque en realidad lo que debió de realizar era una notificación requisitoria o requerimiento.

El Notario autorizante del documento calificado mantiene que en el acta consta no sólo la notificación de la voluntad resolutoria del vendedor, sino la intimación requisitoria a que alude el artículo 1.504 del Código civil, puesto que se menciona dicho precepto en unión de los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 del Reglamento, reproduciéndose el contenido de la cláusula resolutoria pactada en la escritura de compraventa.

La Dirección General soluciona el caso entendiendo que lo dispuesto en los artículos 202 al 207 del Reglamento Notarial es aplicable tanto a las actas de requerimiento como a las de notificación, cuya distinción es puramente doctrinal y basada en notificar una decisión adoptada o en complicar dicha notificación intimando al notificado a que adopte una determinada aptitud. Que de los hechos queda demostrada la realización de la notificación y que la copia simple entregada al portero como cédula de notificación no es documento sujeto a calificación registral a no tener que presentarse en el Registro.

En apoyo doctrinal de esta solución hace alusión a una copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo que en numerosas sentencias ha declarado “que este requisito exigido por el artículo 1.504 del Código civil tiene el valor de una intimación que está referida no al pago del precio, sino, por el contrario, a dar cuenta al comprador de la voluntad patente del vendedor de que el contrato quede resuelto y finalizada la prórroga legal del plazo”.

Creo que aquí la Dirección General acierta plenamente, pues entender lo contrario y hacer depender del artículo 1.124 del Código civil la doctrina del 1.504 del mismo es desvirtuar lo dispuesto en este último. En un trabajo que conjuntamente hicimos en la Academia de Jurisprudencia y Legislación Muñoz Campos, Ruiz de Velasco y yo llegamos a esa conclusión: el artículo 1.124 del Código civil es regla general y el 1.504 es especial. La implícita facultad de resolución que consagra el artículo 1.124 para todas las obligaciones recíprocas, autoriza a los Tribunales a señalar nuevo plazo de cumplimiento cuando concurren causas

justificativas para ello, precisando, para decretar la resolución, sin plazo, la concurrencia de circunstancias acreditativas de una contumacia y de una voluntad deliberadamente rebelde, según jurisprudencia reiterada. Más benévolo, sin embargo, es en principio el artículo 1.504 que el 1.124, en tanto en cuanto autoriza a pagar después de vencido el término, aunque concurra el "pacto comisorio". Luego las cosas cambian y el 1.504 —una vez practicado el requerimiento— es más fuerte que el 1.124 al no admitir la apreciación de causas justificadas de incumplimiento.

No juega en el artículo 1.504 la voluntad deliberadamente rebelde de incumplimiento, circunstancia que impide que el Juez conceda nuevo plazo a quien incumplió, como ocurre en el 1.124 del Código civil, sino que, al margen de esa voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, se decreta la resolución, una vez que se ha realizado el requerimiento judicial o notarial, sin que después de ello el Juez pueda conceder un nuevo plazo, de manera que, podríamos decir que, la voluntad deliberadamente rebelde del artículo 1.124, se sustituye en el 1.504 por el requerimiento de forma que se asemejan una y otra a los mismos fines ya que el Juez o Tribunal no puede en ninguno de los casos conceder plazo, sea porque existe esa voluntad rebelde (artículo 1.124) o sea, por haberse concedido el plazo con anterioridad al requerimiento (artículo 1.504).

Así las cosas, el artículo 1504 es norma de Derecho necesario y practicado el requerimiento, a que el precepto alude, se produce la resolución "ope legis", con absoluta independencia de la voluntad, rebelde o no, del comprador. Otra cosa es —y creemos que es aquí donde está la desviación jurisprudencial del Tribunal Supremo en ciertos casos— que demos por admisible la moderación de la norma del artículo 1.504 del Código civil por lo general del 1.124 no en los casos de "resolución", sino en los casos de "indemnización". El artículo 1.124 establece el resarcimiento de daños y abono de intereses, tanto en el supuesto de resolución, como en el de cumplimiento, cuando éste es posible. Pues bien, tal norma es sin duda aplicable al supuesto de venta de bienes inmuebles a que se refiere el artículo 1.504 para moderar posibles cláusulas de adhesión que puedan convenirse por las partes al amparo del "pacto comisorio". Todo ello por no existir en el Código civil un precepto como el 11 de la Ley de venta de bienes muebles a plazo que precisa la correspondiente indemnización para el vendedor.

Tirso Carretero, al comentar esta misma Resolución hace un recorrido de la jurisprudencia siguiendo el trabajo orientador de Rodríguez Adrados ("Algunos aspectos de la "lex commissoria" en Rev. Cr. Dr. Inmb, núm. 464, 1968, págs. 49 y ss.) y llega a la conclusión, sobre todo en la jurisprudencia posterior al trabajo, que muchas sentencias no sólo desvirtúan de hecho la tesis de la notificación, sino que en ocasiones, incurriendo en la extremosidad contraria parecen conducir a la ineficacia del pacto de *lex commissoria* (S. 25 de octubre 1969, 23 de abril 1975, 12 mayo de 1977, 22 de octubre de 1977, 14 de abril de 1978, etc.). En este punto me aparto de la opinión de Tirso Carretero, pues si bien es verdad que esa jurisprudencia que cita utiliza el requisito de la "voluntad de-

liberadamente rebelde" (aplicando al 1.504 la doctrina del 1.124) es porque en la mayor parte de los casos lo que se pretende es moderar las consecuencias de cláusulas abusivas o leoninas, sin darse cuenta el Tribunal Supremo que existe en el Código civil un precepto que soluciona el tema cuando dichas cláusulas tengan la consideración de cláusulas penales: "El Juez —dice el artículo 1.154 del Código civil— modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".

Termina sus tesis Tirso Carretero admitiendo la postura de Rodríguez Adrados y Sapena, para quienes cabe admitir el pago en el momento mismo del requerimiento e incluso en los dos días laborables que el Reglamento Notarial establece para contestar a todo requerimiento, en base de la necesidad de conservación del contrato y por el principio de *favor debitoris*, siendo los dos días, no un término de gracia, sino el tiempo estimado legalmente necesario para igualar al requerido ausente.

A pesar de que esta solución podría estimarse más justa y equitativa, entiendo que ello supone "enmendar la plana" a una doctrina que está clarísimamente expuesta en el artículo 1.504: a pesar del pacto el Juez puede conceder un plazo para el pago (la justicia equitativa desequilibra la libertad de contratación y la situación igualitaria de las partes), pero una vez requerido el comprador ya no pueden dársele más plazos ni esos dos días que el mecanismo notarial de la notificación-requerimiento exige.

B) *Repercusiones registrales de la Resolución*

Sobre la base de la doctrina de los artículos 10, 11 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento la constatación del pacto de "ley commissoria" hace público frente a todos una adquisición mediatizada por el cumplimiento del pago y una expectativa de readquisición por parte del vendedor si se cumple la resolución pactada. Los efectos registrales —aparte del juego del posible tercero que queda afectado en su adquisición por el pacto— son los del reflejo en los libros registrales de la situación creada por el cumplimiento de la condición estipulada o, lo que es lo mismo, la cancelación de la inscripción supeditada a la condición resolutoria y la confirmación de la pendiente de reintegración por ese cumplimiento.

El Reglamento Hipotecario en este punto se aparta de la norma general que establece la Ley Hipotecaria, pues conforme a ella lo procedente en estos casos es cancelar la inscripción del comprador haciendo revivir en su eficacia la del vendedor, sin necesidad de tener que inscribir de nuevo el dominio de la finca a favor del que ya la tiene inscrita. En el artículo 59 del Reglamento Hipotecario se establece la necesidad de "una nueva inscripción a favor del vendedor o de su causahabiente", cosa que ratifica la actual Resolución en su considerando segundo al hablar de "reinscripción". Lo que sucede en estos casos es que el asiento es "híbrido", pues de una parte "cancela" la condición resolutoria y la inscripción de comprador y en base de ello atribuye la titularidad al vendedor.

JURISPRUDENCIA

II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ, María DÍAZ DE ENTRESOTOS Y FORNS, Jesús DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Pedro ELIZALDE AYMERICH, Gabriel GARCÍA CANTERO, María Angeles MANZANO CEJUDO y Cándido PAZ ARES.

I. DERECHO CIVIL

2. Derecho de la persona

1. *Titulo nobiliario. Mejor Derecho. Admisión en segunda instancia de partida de bautismo.*—No cabe fundar un recurso de casación en el fondo en la infracción de los artículos 503, 504 y 506 de L. e c., aunque se trate de obviar esta doctrina reiterada con referencia de sentencias que interpretan su contenido y que no guardan relación con el tema debatido.

Acumulación de acciones incompatibles. Incongruencia.—Tratándose de dos acciones interpuestas sucesivamente y luego acumuladas, que tienen idéntico fundamento y que persiguen igual objeto de obtener la declaración de mejor derecho, es obvio que de prosperar la pretensión de cualquiera de los demandantes la consecuencia ineludible es la desestimación íntegra de la articulada por el otro, sin que sea dable establecer pronunciamientos que puedan afectar doblemente a la común demandada; por ello, la absolución pronunciada en relación con la parte cuyo mejor derecho se reconoció, carece de trascendencia y sólo puede tacharse de innecesaria, pero no de incongruente; asimismo, presupuesto el «mejor derecho» de uno de los demandantes, no es preciso resolver sobre el «mejor derecho» del otro frente a un demandado privado de la cualidad que pasivamente le legitimaba para soportar la carga de la pretensión articulada por su contraparte. (Sentencia de 19 de mayo de 1980; no ha lugar.)

3. Obligaciones y contratos

2. *Proceso de ejecución de sentencias firmes.*—Viene determinado en su ámbito por su propia finalidad de dar cumplimiento a lo resuelto, para lo cual el organismo ejecutor puede acudir como elemento de auténtica interpretación a la fundamentación lógico-jurídica del fallo, e incluso le viene permitido atender no sólo a los extremos o particularidades expresamente contemplados por la resolución a ejecutar, sino también a los que sean obligada consecuencia de la situación examinada.

Mancomunidad.—Es aplicable 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 (artículo 1.137 del Código civil). (Sentencia de 26 de marzo de 1980; ha lugar.)

Hechos.—El recurso de casación, interpuesto al amparo del artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prospera porque la Sala de Instancia ha establecido el carácter solidario de la obligación de las demandadas, a pesar de que tal cuestión no aparece debatida en el proceso ni decidida en la sentencia de cuya ejecución se trata.

3. *Fianza solidaria: extinción por prórroga concedida al deudor.*—Si bien el artículo 1.851 Código civil establece que «la prórroga concedida al deudor por el acreedor, sin el consentimiento del fiador, extingue la fianza», esta prórroga aquí no se ha probado y, como ya declaró la sentencia de 22 de noviembre de 1916, la existencia de prórroga de la deuda, como cuestión de hecho, es de la incumbencia de los Tribunales de instancia, y la estimación de éstos sólo puede combatirse en casación por el número 7 del artículo 1.692 LEC.

Efecto extintivo de la prórroga.—Ha de provenir de un acto del acreedor, mientras que el supuesto fáctico de este recurso es el de un acto previo unilateral del fiador que se compromete a afianzar, por plazo indefinido y solidariamente con el deudor, las operaciones de éste hasta un límite cuantitativo, lo que supone no concesión de prórrogas por cada operación, sino garantía de un conjunto de operaciones sin limitación de término, lo que configura un supuesto de hecho distinto del que es base del artículo 1.851 Código civil.

Novación de la obligación.—La alegación de que ésta ha existido hace supuesto de la cuestión, de modo que la carta en que se quiere fundar la novación, no tenida en cuenta por la sentencia impugnada, no puede ahora ser apreciada dado el conducto procesal utilizado del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal.

Novación de la obligación.—El recurrente prescinde del supuesto fáctico apreciado en la instancia, puesto que no hay base alguna que revele, ya la declaración bilateral y expresa de voluntad para sustituir unas obligaciones por otras, ya la incompatibilidad absoluta entre ellas, que para que exista la novación exige el artículo 1.204 del Código civil. (Sentencia de 7 de enero de 1981; no ha lugar.)

4. *Seguro de crédito a la exportación.*—Los temas traídos a la casación contemplan una modalidad de «seguro de crédito a la exportación», cuya finalidad es prestar cobertura a los riesgos derivados del fomento de la actividad exportadora, que aquí operó como «prefinanciación con pedidos en firme» mediante la concesión de un préstamo de 500 millones de pesetas por el Banco de Crédito Industrial a MATESA para la fabricación de «stocks» destinados al comercio exterior, operación completada con la formalización de una póliza de seguro de afianzamiento de tal crédito, en la que intervienen, además de la prestataria, Seguros de Crédito y Caución, S. A., como aseguradora y el Banco prestamista como asegurado.

Estafa penal y causa concreta.—La alegación de la aseguradora, para desligarse del cumplimiento del contrato, de que la estafa penada de los

rectores de MATESA comporta que el contrato civil, como encaminado al fraude, careció de verdadera causa, no puede prosperar, pues aún en el ámbito de la causa concreta hay que separar el móvil meramente individual y oculto que abrigue cualquiera de los otorgantes del móvil integrado en la causa o incorporado al contrato, ya que por mucho que se acentúe el criterio subjetivista sobre la materia, siempre será menester para causalizarla que la finalidad de que se trate haya sido perseguida por ambas partes y plasmada en el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo.

Causa y motivos.—La causa no puede ser confundida con el fin individual (mero interés o motivo) que llevó a cada contratante a realizar el negocio, y por ello para que los móviles subjetivos de los otorgantes puedan tener repercusión jurídica es necesario que, reconocidos por ambos contratantes, hayan sido elevados a condición determinante del pacto concertado, actuando a manera de causa impulsiva.

Causa ilícita.—La nulidad radical ordenada por el artículo 1.275 Código civil únicamente se ocasionará si el negocio persigue un fin ilícito o inmoral; lo que aquí no ocurre, pues el proceder reprochable a los condenados socios de la prestataria no vicia la actuación contractual del Banco acreedor, víctima de dolo principal con alcance anulatorio a instancia del legitimado para ello.

Dolo civil causante.—En su concepto caben toda suerte de astucias para conseguir el resultado falaz, de modo que aún no existiendo total coincidencia entre el fraude civil o dolo y la figura presumible de la estafa, por fuerza ha de darse entre uno y otra sustancial conformidad, como señala la doctrina, la Sentencia de 25 de octubre de 1928 e imponen los antecedentes históricos del Digesto y de las Partidas.

Consecuencias del dolo.—No da lugar a la nulidad absoluta, sino a la anulabilidad a voluntad de quien lo sufrió tal como preceptúan los artículos 1.300 y siguientes del Código civil.

Cumplimiento del contrato.—En modo alguno hay violación del artículo 1.256 Código civil, porque no se ha dejado al arbitrio de MATESA la validez y el cumplimiento de los contratos, sino que todas las consecuencias se han derivado del incumplimiento por la misma de sus obligaciones contractuales.

Daño fortuito.—Mal puede darse esta nota en el daño buscado de propósito por el beneficiario del seguro, aparte de que es improcedente traer a capítulo un precepto claramente alusivo al seguro de cosas (artículo 1.791 Código civil) y de que la actuación culposa y hasta la dolosa del deudor en el seguro de crédito no eliminan el riesgo ni descartan la función de cobertura.

Error de hecho en la apreciación de la prueba.—No hay tal error, por desconocimiento de lo proclamado en las sentencias que condenaron a MATESA, pues la Sala de Instancia no ignora la existencia de tales sentencias, antes bien, las ha tenido muy presentes al entender que la cosa juzgada penal no provoca por su sola virtud la nulidad en el orden civil de los contratos en cuestión.

Autoridad de cosa juzgada. Sentencia penal.—La autoridad de la cosa juzgada penal en el proceso civil debe ser entendida, con la más autorizada doctrina, en el sentido de que lo resuelto en la vía punitiva sobre la declaración de responsabilidad criminal y la imposición de la pena no son en sí mismas condición de ninguna norma civil y en consecuencia no podrá afirmarse que existía autoridad de cosa juzgada penal en el otro campo, sino que la vinculación del juez a la sentencia condenatoria tiene lugar en cuanto a la existencia material del hecho, compuesta por la actividad y el resultado, al elemento psicológico del delito y al grado de participación del sujeto, apreciaciones que no trascienden al proceso civil cuando la controverbia atañe a cuestiones diversas y la sentencia penal no opera prejudicialmente, en cuyo sentido enseña la jurisprudencia que tales resoluciones sólo obligan al Juez civil de aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define y castiga.

La interpretación de los contratos.—Constituye facultad privativa del Tribunal de Instancia interpretar y fijar el sentido y alcance de las cláusulas de los contratos y su criterio no puede ser sustituido a menos que resulte manifiestamente erróneo o infrinja alguna de las normas de hermenéutica del Código civil; excepción que no concurre cuando aquí el Juzgador concluye que el Banco prestamista y asegurado dio cumplimiento a la obligación pactada de acreditar, de acuerdo con el uso mercantil, el destino de la suma prestada. (Sentencia de 3 de febrero de 1981; no ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia, recaída en el famoso asunto de MATESA, coincide en lo esencial con sólo secundarias adiciones, según señala su primer considerando, con otras tres sentencias anteriores de 8 de julio de 1977, 30 de diciembre de 1978 y 22 de noviembre de 1979, pronunciadas en relación con el mismo asunto.

5. *Compraventa de apartamento en construcción. Interpretación. Fin económico. Precio de coste. Trato de favor dispensado por el vendedor. Incremento de costes. Buena fe.*—En todo negocio jurídico lo esencial a tener en cuenta, en orden a sus efectos, es conocer la voluntad de los en él intervinientes, con el fin de autenticar cuál fuere la inspiración y propósito a que responde, como para decidir sus consecuencias en derecho, función de la llamada interpretación, que lo mismo puede versar sobre el texto o convenciones escritas o verbales, que respecto del comportamiento contractual, y más en cuanto afecta al fin económico, que tiene tan constante aplicación y trascendencia en la esfera del Derecho privado y que frecuentemente ilumina con patente luz la conducta de las personas en sus relaciones de índole jurídica; la compraventa en cuestión ha tenido como base la contemplación del precio de coste, pues de no ser así resultaría ilógico la concesión de tal amplios beneficios al adquirente, generante en esencia de un indudable trato de favor, y siempre en contemplación a una situación de buena fe contractual derivada de una recíproca confianza, determinada por el hecho de que la construcción pudiera desarrollarse normalmente, tratando en todo momento de alcanzar, dentro de ese trato de favor, una justa equivalencia en las respectivas prestaciones.

Principio de la confianza.—En toda relación jurídica lo fundamental a proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es ataque a la buena fe, que viene determinada por una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales, toda vez que cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta, no deben defraudar esa confianza suscitada, y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella; en el presente caso el comprador debe abonar a la entidad vendedora, como precio en definitiva asignable a la compraventa cuestionada, la suma resultante del incremento producido en el coste inicialmente contemplado por causa del retraso constructivo producido por consecuencia de dilación temporal en la ejecución de la obra, que no ha sido resultado de voluntad de la entidad vendedora, y así derivado de dificultades urbanísticas posteriormente superadas; al pretender el comprador la eficacia y persistencia del vínculo jurídico creado, hay que tener en cuenta las variaciones mencionadas, ya que el pactado escriturariamente fue en simple consideración a las bases de coste contempladas sin dilación producida por causa ajena a la voluntad del vendedor, y no a las surgidas en contra de éste.

Inaplicación de la cláusula «rebus sic stantibus».—Aunque esta doctrina resulta inaplicable en el presente caso, la función de la misma es suplida por el principio de la buena fe del artículo 1.258 C. c. en su significado objetivo de comportamiento o regla de conducta que se señala como pauta general en las relaciones jurídicas, que representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico, teniendo indudablemente su base fundamentadora en la equidad, invocada en el artículo 3.2. C. c., afirmación de que la norma jurídica existe para el adecuado logro de la justicia, sirviendo en consecuencia para la aplicación de ésta, y en el caso ahora examinado para poner remedio a la no equivalencia de las prestaciones que originaría la rigurosa aplicación literal del documento en que se constata la compraventa.

Principio del «no enriquecimiento injusto».—Convalidar la compraventa en cuestión con base exclusivamente en el *quantum* del precio constatado en el documento base, conduciría a incrementar, sin causa justificante, el patrimonio del comprador en evidente perjuicio, también injustificado, del vendedor, que vería empobrecido el suyo.

Extinción de la obligación por imposibilidad de cumplimiento.—No procede aplicar el artículo 1.184 C. c. cuando no se prueba que la entrega del apartamento objeto de la venta sea legal o físicamente imposible, siendo incompatible tal petición con la propia conducta del recurrente, pues mal se compagina la pretensión de liberación de un deudor en sus obligaciones con instar su cumplimiento.

Doctrina de los riesgos. Inaplicabilidad del artículo 1.452 C. c.—Este precepto inspirado en el criterio romano acoge el principio *res perit emptore*, como regla general en la compraventa, según Sentencia de 6 octubre 1965, atribuyendo al comprador el *periculum* y el *commodum* de la cosa comprada desde el momento de la perfección del contrato; pero en su supuesto de

hecho no se incluye el caso de una pretendida alteración en el valor asignado contractualmente a la cosa vendida, habiendo declarado la Sentencia de 9 junio 1949 que no puede equipararse la pérdida, destrucción o deterioro de la cosa por caso fortuito con el de disminución del precio.

Resolución por incumplimiento. Inaplicabilidad del artículo 1.504 C. c.— Este precepto parte del obligado presupuesto del impago referido a cantidad no precisada de ser determinada mediante resolución judicial, ante la discrepancia producida entre las partes, no pudiéndose entender que hay incumplimiento en el caso de discrepancia sobre el *quantum* precisado de decisión judicial que lo fije. (Sentencia de 16 de noviembre de 1979; ha lugar.)

Son hechos que se declaran probados en el primer considerando que la entidad recurrente concedió facilidades al demandado, y a los demás compradores de los apartamentos, aceptando todas las exigencias que le impusieron desde el aplazamiento de pago en quince años, sin pagar intereses y en plazos mensuales por módicas cantidades, incluso con posponer el pago de las letras en caso de retraso en su entrega, hasta por el corto plazo en que la obra había de ser efectuada, así como que el incremento que se reclama en el presente pleito emana de costes reales por aumento de salarios, seguridad social y construcción, producidos durante el período de interrupción de las obras, por causa de su paralización por la autoridad municipal, debido a defectos de índole urbanística posteriormente superados. La demanda fue rechazada en ambas instancias en lo fundamental, pues únicamente se dio lugar a una reclamación por mejoras introducidas de mínima cuantía, y también en ambas instancias se estimó la reconvencción encaminada a obtener la entrega del apartamento. El T. S. estima el recurso interpuesto por la entidad vendedora y en segunda sentencia condena al pago de los incrementos reclamados.

La *ratio decidendi* para estimar el recurso es la infracción del principio de la buena, que se refuerza con invocaciones a la equidad, a la equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos y a la prohibición del enriquecimiento torticero. Curiosa es la cita de la cláusula *rebus sic stantibus*, que no se acepta. Menor interés ofrecen otras declaraciones relativas a motivos que no se estiman: imposibilidad de las obligaciones, doctrina de los riesgos y resolución por incumplimiento. En todo caso hay que señalar la importancia de esta sentencia (Pte. Fernández Rodríguez), no tanto por la cuantía del pleito (el incremento de costes asciende a 124.200 ptas.), cuanto por los principios fundamentales que se manejan, básicos en el Derecho de Obligaciones.

La Sala 1.^a continúa fiel a su concepción restrictiva de la cláusula *rebus sic stantibus*, que no la considera de aplicación al presente caso de incremento en los costes de edificación, probablemente con acierto porque, como señala un sector doctrinal, desde un punto de vista sistemático no estamos ante un principio general de derecho (así, ARECHEDERRA ARANZADI, *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Madrid, 1978, p. 239), si bien llega al mismo resultado que su estimación comportaría con base en lo que sí constituye un verdadero principio general, la buena fe, ahora recogido en el artículo 7.1. C. c.

Como dice DE LOS MOZOS (*El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, p. 45) la buena fe objetiva, recogida en el artículo 1.258 C. c., es un comportamiento de fidelidad que se sitúa en el mismo plano que el uso o la ley, adquiriendo función de norma dispositiva, de donde deriva su naturaleza objetiva que no se halla basada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial. La Sala en la exégesis del contrato descubre un evidente trato de favor dispensado al comprador, manifestado en la fijación del precio de

venta conforme al de coste y en la concesión de muy amplias facilidades para su abono, y viene a decir que es un modo de establecer el precio *per relationem*, no según una cifra concreta, sino conforme a los precios reales de coste en el momento de la construcción. De aquí que el comprador quede obligado a abonar los incrementos que se producen por causas ajenas a la voluntad del vendedor.

En principio, la fijación del precio de coste en la compraventa del apartamento no plantea problemas; los datos fácticos que se contienen en la sentencia dan a entender que el precio es libre, sin que intervengan precios de tasa ni máximos. Pero precisamente la especialidad del caso radica en que normalmente, fuera del caso de la rescisión por lesión, el vendedor no puede alegar «estar perdiendo dinero con el precio fijado». El T. S. acumula, para justificar la solución dada, principios generales, no siempre de fácil delimitación y concreción, cuya última *ratio* me parece ser la equidad, la idea no escrita de justicia; algo que se ha visto, por ejemplo, en la equivalencia de las prestaciones (cfr. ARECHEDEERRA ARANZADI, op. cit., p. 365).

La duda surge sobre la posible generalización de la doctrina aquí sentada a casos análogos. Sin ir más lejos, al que podría plantear, en esta misma *fattispecie* el factor de la devaluación monetaria—cuestión aquí no suscitada—. Pensemos que el contrato se formaliza en 1971 y se aplaza el precio por un periodo de 15 años. ¿No podría invocar el vendedor la misma doctrina para pedir que se actualizaran los pagos parciales que se van realizando, cada vez, en moneda más devaluada? Por lo demás, la inaplicación al caso de la doctrina sobre los riesgos, parece fuera de toda duda.

(G. G. C.)

6. *Interpretación.*—Que el mandato del artículo 1.281 del Código civil ordena al intérprete, cuando no exista duda sobre la intención de los contratantes, estar al sentido literal de las cláusulas, según sus términos claros y sólo si ello no ocurriera así deberá investigar la intención de las partes, es decir, lo efectivamente querido, y hacer prevalecer ésta sobre las meras palabras o expresiones, para lo cual el Código civil da u ofrece la regla establecida en el siguiente artículo 1.282.

Documento auténtico.—Se olvida su no condición de auténtico a los efectos de la casación en tanto fue citado y estudiado en la sentencia impugnada y valorado junto con los demás medios de prueba.

Determinación del precio.—Como en términos generales establece el artículo 1.273 del Código civil, la indeterminación de la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que no haya necesidad de nuevo convenio para ello, que es lo que la Sala de instancia hace al obtener esa cuantificación de las pruebas obrantes en la causa, consideradas en su conjunto, y no sólo del aludido documento (el contrato de compraventa), que no tiene prevalencia y exclusividad. (Sentencia de 15 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

7. *Interpretación contractual. Criterio del Juzgador de Instancia.*—En materia de interpretación de contratos debe predominar la del Juzgador de Instancia, salvo que se acredite que es ilógica, contradictoria o vulnera algún precepto de ley, lo cual no ocurre en el presente caso, pues el contrato se refiere a «una plaza de garaje», concretamente a la «número nueve».

cuyo uso no puede limitarse a un número de vehículos, pues si son dos los que tienen cabida en ella, podrán acogerse en dicha plaza. (Sentencia de 26 de enero de 1981; no ha lugar.)

NOTA: Las partes suscribieron un documento, calificado como opción de compra, cuyo objeto era una plaza de garaje identificada por un número y precio. A la hora de formalizar la escritura de compra-venta el vendedor pretendió incluir una cláusula expresiva de que en la plaza de garaje sólo podría estacionarse un vehículo, oponiéndose a ello el comprador. El Tribunal Supremo se centra en el problema de identificar el objeto del contrato, sin profundizar en la calificación jurídica de éste, ni en la circunstancia, alegada por el recurrente, de que la limitación de uso de la plaza de garaje resultase impuesta por una Ordenanza del Ayuntamiento de la localidad.

8. *Interpretación del contrato con sentido literal claro.*—En el caso actual no tiene prevalencia el módulo interpretativo de los actos coetáneos y posteriores sobre el tenor literal del convenio en cuestión, ante su subsidiariedad.

Novación contractual.—Al haberse asignado el importe de un préstamo y de sus intereses pactados al precio de una compraventa, indudablemente se produce una novación contractual.

Negocio fiduciario.—El convertir, por acuerdo de las partes interesadas, el importe de un préstamo y de sus intereses pactados, en parte integrante de una compraventa, en modo alguno es contrario a la ley, a la moral, ni al orden público. Tampoco es un vínculo fiduciario, ya que para ser tal se habría requerido que se cumpliesen determinadas exigencias jurisprudenciales, tales como la transmisión por una persona (fiduciante) de la plena propiedad de un determinado bien a otra persona (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de retransmitirla a su anterior propietario cuando la obligación asegurada se haya cumplido, y estas exigencias no se dan en este caso.

Imposibilidad de alegación de nuevas cuestiones en el recurso de casación.—Al no haber sido planteada en instancia determinada cuestión, no es procedente alegarla en el recurso, puesto que en éste sus alegaciones y razonamientos han de referirse a lo que en el pleito se haya debatido, sin que sea lícito proponer cuestiones nuevas.

Confesión judicial.—Si ciertamente la confesión hace prueba contra su autor, el hecho de que el demandante hubiese reconocido al rendir tal medio probatorio que el documento que refleja el convenio en cuestión fue redactado por él, en nada desvirtúa el vínculo jurídico de compraventa concertado, ya que la circunstancia de ser redactado un documento por uno de los contratantes, en tanto que no se acredite la concurrencia de dolo, engaño u otro vicio de la voluntad, no quiere decir que su contenido no responda a lo que expresa. (S. T. S. de 27 de junio de 1980; no ha lugar.)

HECHOS: El demandante entrega determinada cantidad a la demandada en concepto de préstamo con interés. Transcurrido algún tiempo, al no

haberle devuelto la demandada el capital y los intereses, suscriben un documento privado en el que la demandada vende al demandante una casa de su propiedad, considerando a cuenta del precio las cantidades que le había dado anteriormente y facultando al comprador para resolver el contrato si en un plazo determinado no le hacía entrega de la casa que, a la sazón, estaba arrendada a una oficina de Correos. Transcurrido el plazo, el demandante no resuelve el contrato y posteriormente la demandada le ofrece el pago de las cantidades que había recibido más los intereses. El demandante se niega a recibir tales cantidades y demanda a la señora, exigiéndole que le otorgue la escritura de venta. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia revoca la sentencia del Juez de Primera Instancia y acoge la demanda interpuesta.

M. D. E.

9. *Contrato vitalicio*.—Por él se han entregado unos derechos con la contraprestación de alimentos, vivienda y asistencia médica y farmacéutica, y no puede prosperar la alegación de que se trata de una donación onerosa porque la calificación hecha por la Sala de Instancia ha de prevalecer sobre la del recurrente, siempre que aquella no sea ilógica o absurda y, además, la propia literalidad del contrato refleja claramente su carácter aleatorio, que le distingue perfectamente de la donación onerosa.

Simulación.—El argumento esgrimido de que el contrato tuvo causa simulada y fue otorgado defraudando los derechos legitimarios de los herederos, ha de rechazarse, pues en lo actuado se deduce con toda claridad que el padre de la recurrente tuvo que otorgar el contrato para obtener un domicilio y atenciones necesarios para los últimos años de su vida, domicilio y atenciones que las hijas no le prestaron. (Sentencia de 6 de mayo de 1980; no ha lugar.)

10. *Documento auténtico a efectos de casación. Sentencia del Tribunal Supremo*.—La sentencia dictada por esta Sala en 12 de noviembre de 1970 es el documento básico en que se apoyan las sentencias de instancia para acceder a la demanda, por lo que no cabe que tenga, a los efectos de este recurso, el carácter de documento auténtico, al haber sido examinada, ponderada, valorada y objeto de análisis en los razonamientos de la sentencia o base del pleito. Además ha de tenerse en cuenta que, como ha declarado esta Sala, no tienen la consideración de documentos auténticos las certificaciones de sentencias y no se advierte, en el presente caso, contradicción entre lo acordado y razonado en aquella sentencia y lo acordado y razonado por el Tribunal sentenciador.

Interpretación de sentencia judicial. Criterios.—Es inadmisibles aplicar la normativa de interpretación de contratos, al ser los supuestos fácticos respectivos totalmente diferentes. Tampoco es procedente desviarse de la interpretación obtenida por la Sala sin que se demuestre que sea absurda o ilógica.

Evicción. Significado.—Según el artículo 1.475 del Código civil, la evicción tiene lugar cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada,

y «privar» significa desposeerle de lo que poseía. Este efecto produce la resolución judicial que ordena el lanzamiento de los compradores, pues la ejecución de esta diligencia implica la más realista expresión de despojo o privación de una cosa.

Requisitos formales de la casación. Alegación de aplicación indebida.—El artículo que se dice indebidamente aplicado contiene tres párrafos (art. 1.475 del Código civil), que responden a supuestos fácticos distintos y la falta de concreción del supuestamente infringido supone incurrir en la causa de inadmisión contenida en el artículo 1.729, núm. 6, de la L. E. C.

Solidaridad de deudores. Supuestos en que se produce.—Surge la solidaridad entre los deudores que se encuentran obligados a la satisfacción del acreedor en virtud de un vínculo de objetivo común y fundamento único. Tal ocurre en el presente caso respecto del pago de los gastos de saneamiento por evicción, pues el vendedor queda obligado por imponérselo la ley, mientras que el demandado lo está en virtud de su declaración espontánea, asumiendo la obligación frente al comprador.

Expromisión. Efectos.—La declaración del demandado no puede afectar a la obligación de saneamiento por evicción que la ley impone al vendedor, de la cual no aparece exonerado por persona legitimada. (Sentencia de 2 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

NOTA: El origen del pleito resuelto por esta sentencia se encontraba en la venta de un terreno realizada en 1962. Posteriormente, después de varios procesos que culminaron con sentencia del Tribunal Supremo en 1970, se declaró judicialmente que la propiedad de dicho terreno no correspondía a los vendedores. Con anterioridad, los compradores habían recibido un documento de persona que no figuraba como vendedor por el que se obligaba a responder de los perjuicios que resultasen a los compradores de tales procesos.

La posición de quien asume la responsabilidad por evicción no es examinada en todos sus detalles por el Tribunal Supremo. Parece claro que se produjo, en el presente caso, un supuesto de expromisión cumulativa, sin causar, por tanto, la liberación del vendedor de su obligación de saneamiento y con la importante consecuencia de vincular solidariamente a los dos deudores. (Véase sobre esta figura: L. DÍEZ PICAZO: «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», I, 1972, págs. 807, 815 y 820).

PEDRO ELIZALDE AYMERICH

11. *Documento auténtico.*—El examen y la valoración de su significado y alcance por los organismos jurisdiccionales, priva a los documentos de autenticidad a los fines de la casación.

Ordenes ministeriales.—En la esfera de un recurso extraordinario como es el de casación, no parece adecuado otorgar el rango de ley a las disposiciones que no pasan de ser meras órdenes ministeriales.

Irrevocabilidad del mandato.—El mandato no se otorgó como negocio jurídico autónomo derivado de la mutua confianza y respondiendo al exclusivo interés de la mandante, sino que fue conferido para el cumplimiento del contrato principal de compraventa, por lo que ha de ceder el principio

general de la revocabilidad sancionado en el artículo 1.733, como la jurisprudencia tiene declarado para tales casos.

Resolución de la compraventa de inmuebles.—Los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil se completan 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 trate 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 la voluntad rebelde de la parte incumplidora, la determinación de la existencia de este *animus* corresponde al Tribunal de Instancia, al igual que la determinación del contratante que ha quebrantado sus obligaciones, una y otra únicamente combatibles por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Rituaria. (Sentencia de 8 de abril de 1980; no ha lugar.)

HECHOS: Se celebró un contrato de compraventa de inmuebles. El comprador se negó a pagar una parte del precio aplazado. Por este motivo, el vendedor ejercitó la acción resolutoria, que prosperó en el Juzgado y en la Audiencia Territorial. El Tribunal Supremo confirmó estos fallos.

12. *Promesa de venta.*—Su especialidad consiste, por consecuencia de lo que dispone el artículo 1.451 del Código civil, en que a lo que las partes se comprometen es a celebrar un futuro contrato sobre las líneas del primero, que puede calificarse de auténtica ley de bases del siguiente y cuya fuerza vinculante queda atemperada a la que deriva de su propia esencia, consistente en «obligarse a obligarse».

Promesa de venta: precontrato.—Nota peculiar de éste es la indeterminación específica de los requisitos esenciales del convenio que los interesados quieren celebrar en definitiva, siendo preciso para conseguir esta finalidad el otorgamiento de un futuro contrato por el cual se completen los requisitos que en el primero quedaron indeterminados, de tal manera que siguiendo la pauta clara y precisa que señalan los jalones del convenio imperfecto, perfeccionado y consumado, no se requiera una nueva manifestación de voluntad cuando ésta viene ya suficientemente expresada en el convenio originario.

Promesa de venta y compraventa.—No sigue nuestro ordenamiento jurídico, según reiterada doctrina jurisprudencial, el principio de equivalencia entre ambas figuras, acogido en el artículo 1.589 del Código francés, con base en la regla antigua «*paclum de vendendo est venditio*», entendiéndose que la promesa de venta equivale a la venta siempre que existe consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio, ya que ambas partes han contraído obligaciones que son en esencia idénticamente iguales a las que asumen el comprador y el vendedor.

Promesa de venta y compraventa.—Su distinción es clara en el aspecto histórico, constatado concretamente en los «Motivos y Comentarios» redactados por la Presidencia de la Comisión elaboradora del Proyecto de Código civil español de 1851, determinante de una interpretación moralmente auténtica de su espíritu y disposiciones.

Promesa de venta y compraventa.—La interpretación lógica exige que la voluntad de los contratantes sea respetada, distinguiendo el contrato definitivo de compraventa de la mera promesa de compraventa, aplicando al primero las reglas de este específico contrato y a la segunda simplemente las normas generales relativas a las obligaciones y contratos, siempre que se pruebe que los contratantes al pretender vender y comprar quisieron excluir los efectos de la compra actual.

Interpretación del contrato.—Es certera la conclusión de la resolución impugnada de que existe real y efectiva compraventa, lo que deduce de que se hubiera producido acuerdo en orden a la cosa a vender y al precio asignable a tal venta, solamente supeditado a la que correspondiese en asignación oficial a la cédula de calificación definitiva, con percepción de cantidades a cuenta de tal precio y establecimiento de «pacto comisorio expreso».

Determinación del precio.—En nada obsta a esta conclusión que el importe definitivo del precio quede supeditado al máximo que autorizase la calificación definitiva de las viviendas, puesto que a tenor del artículo 1.447 Código civil el precio se tendrá por cierto cuando se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada, lo que hace las veces de condición.

Interpretación del contrato.—Los convenios jurídicos no se califican por las denominaciones que les atribuyan los contratantes, sino por lo que real y efectivamente corresponda por su intrínseca naturaleza y contenido obligatorio.

Compraventa.—Siendo el contrato de compraventa un negocio jurídico de naturaleza y efectos puramente obligatorios que sirve de título traslativo y adquisitivo, no cabe confundir ese título obligatorio con el Derecho real sobre la cosa, generado por la tradición, de modo que hay que distinguir el momento de la perfección del contrato, producido por la coincidencia del consentimiento sobre la cosa y el precio, de la consumación, emanante de la tradición real o ficta de la cosa, que determina la transformación del original «*ius ad rem*» en un «*ius in re*», mediante el cual se transmite el dominio de lo comprado.

Compraventa sin tradición.—En el caso de realidad de contrato de compraventa no seguida todavía de tradición, cual sucede en el supuesto ahora examinado, si bien no cabe considerar propietario al comprador, en tanto dicha tradición no se produzca, no impide que el comprador tenga facultad de exigir el cumplimiento contractual y, por tanto, la entrega de la cosa vendida.

Falta de consentimiento «uxoris».—La violación alegada del artículo 1.413 del Código civil hay que desestimarla, aparte de por tratarse de una cuestión nueva, porque de esa falta sólo puede generar anulabilidad del acto a instancia de la mujer, o sus herederos, pues ella es la destinataria del sistema protector instaurado y, por ello, la única legitimada para ejercitar la acción.

Falta de consentimiento «uxoris».—Sería arbitrario y opuesto al principio de que nadie puede ir contra sus propios actos si se permitiera al vendedor impugnar el contrato fundándose en la inobservancia de un requisito a él sólo imputable, y cuando su mujer debidamente demandada no ha instado la ineficacia.

Interpretación del contrato.—Es correcta la conclusión de la sentencia impugnada cuando, para fijar el precio por remisión «al que autorice la calificación definitiva», atiende al fijado, no por el Decreto 1.009/1974, de 29 de marzo, sino al que resulta de la aplicación de las normas de la legislación vigente en la fecha de otorgamiento del contrato o de la primera entrega de cantidades a cuenta del precio, esto es, el señalado por el Decreto 477/1972, de 4 de marzo.

Incongruencia.—No existe este defecto porque en la súplica del escrito inicial se solicite que se condene a los demandados «a determinar el importe y vencimiento de los sesenta efectos cambiarios», y en el fallo se disponga que esa determinación se hará en ejecución de sentencia, ya que se trata de una manifestación complementaria de la solicitud, que no altera los pronunciamientos principales y es simplemente conducente a la efectividad del fallo.

«Compensatio morae».—El último párrafo del artículo 1.100 Código civil, interpretado «a contrario sensu», previene, en materia de «compensatio morae» derivada de la «exceptio non adimpleti contractus», que la mora se produce para el contratante incumplidor cuando el otro se había allanado a cumplir lo que le incumbía. (Sentencia de 24 de mayo de 1980; no ha lugar.)

13. *Arrendamiento de empresa. Calificación.*—Habrà que atender a las circunstancias concretas del caso para determinar la índole de la modalidad contractual en conflicto, teniendo presente que según S. de 10 de marzo de 1969 el aspecto referente a si lo arrendado debe ser conceptuado de industria o de local de negocio, constituye un tema de interpretación de las declaraciones contractuales de las partes, al que serán aplicables las reglas de hermenéutica contenidas en los artículos 1.281 ss. C. c., y por ello la exégesis realizada por la Sala sólo podrá ser impugnada, en principio, invocando la vulneración de las normas citadas al amparo del número 1.º del artículo 1.692 L. E. C., si bien teniendo que fundarse la calificación jurídica en datos de hecho regirán para tal impugnación las normas procesales pertinentes del núm. 7.º del citado precepto, sin olvidar que por cuanto el resultado de la tarea calificadora no puede comprobarse ni ser enervado por la sola virtud de ningún documento, carecerán de eficacia demostrativa como auténticos para evidenciar el error de hecho los mismos sobre cuyo alcance se ha debatido en el litigio.

Diferencia con el arrendamiento de local de negocio.—Se tratará de la locación de una empresa mercantil cuando el contrato versa sobre una organización patrimonial económicamente productiva, integrada por un conjunto organizado y dispuesto («aviado») con esta pluralidad de elementos materiales e inmateriales, para lograr la explotación que constituye la finalidad de una empresa determinada, y a tenor del artículo 3.º, párrafo 1.º, L. A. U., serán menester la preexistencia y la continuación de tal actividad económica; y no será operante dicho régimen cuando los contratantes presuponen la desaparición de la industria anterior para iniciar *ex novo* otra diferente el arrendatario, situación que no se producirá por el hecho de

que éste amplíe, por su conveniencia la explotación, añadiéndole un negocio nuevo, o introduzca sensibles mejoras en la maquinaria, menaje o mobiliario de la industria arrendada (SS. de 30 de noviembre de 1950, 15 de diciembre de 1953, 17 de mayo de 1955, 19 de junio de 1963, 29 de diciembre de 1971, 1 de julio de 1972 y 8 de noviembre de 1974, entre otras).

Empresa preexistente al arrendamiento.—Se declara probada la innegable realidad económica de una empresa en explotación (tienda de comestibles), fruto de la labor creadora de la arrendadora y de su cónyuge, con dos decenios de antigüedad al contrato, deduciéndose que lo arrendado es una empresa en funcionamiento; sin que a ello obste la autorización de la arrendadora para instalar una máquina de asar pollos, que supone únicamente ampliación de la industria, ni la autorización para vender los artículos que se venden en todo supermercado, que no significa la iniciación de un giro comercial antagónico al desarrollado en el establecimiento primitivo, sino únicamente mera modalidad en la explotación.

Defectos del recurso.—No puede invocarse error de hecho en la valoración de la prueba testifical, pues el artículo 1.248 C. c., constituye una simple recomendación a los organismos jurisdiccionales, sin restringir su libre arbitrio en la prudente ponderación de los testimonios, ateniéndose a la sana crítica; carece de la nota de autenticidad a efectos de la casación el propio documento básico de la contienda, objeto de minuciosa operación interpretativa por los órganos jurisdiccionales de una y otra instancia. (Sentencia de 14 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

14. *Arrendamiento rústico. Resolución por expiración de plazo. Concepto procesal de desahucio.*—El desahucio que conduce al lanzamiento del demandado arrendatario, y que conforme a su etimología supone «arrojarle» de la finca u objeto arrendado, es impensable sin que previamente se haya decretado la resolución o extinción del contrato, y sin que a tal conclusión pueda obstar el criterio de la Ley procesal fundamental que, atendiendo a aquel objetivo, habla efectivamente de «desahucio», frente a otras leyes posteriores que, con mayor precisión técnica y desde un punto de vista sustantivo, hablan de «resolución» del contrato, lo que, en todo caso, no afecta a la finalidad de esta clase de juicios sumarios, ni a la limitación de efectos de cosa juzgada que las sentencias dictadas producen.

Unidad de identificación del objeto arrendado.—Lo arrendado incluía desde el principio porciones cultivadas y otras no cultivadas, sin que en modo alguno pueda entenderse que las posteriormente cultivadas formen parte de contratos de arriendo posteriores, puesto que ello no modifica el objeto del contrato ni da nacimiento a nuevas relaciones arrendaticias con plazo de duración diferente.

Cesión de suelo para plantación de viñas. Cuestión de hecho.—Se pretende que la plantación de viñas en parte del terreno arrendado ha originado un contrato de cesión del suelo para plantar viñas por el tiempo que duren las cepas plantadas, tácitamente aceptado por los recorridos; pero no hay en los hechos probados expresión inequívoca del supuesto asentimiento tácito de los cedentes del uso del suelo, y, sobre todo, no se probó que las parcelas plantadas de vides se excluyeran del contrato de arrendamiento.

Recurso extraordinario de revisión. Naturaleza y finalidad.—Establecido con cierto paralelismo con el de casación en las diversas disposiciones que lo han regulado, pretende la posible corrección de errores *de facto* o de derecho en que haya podido incidir la sentencia de segunda instancia, y, por tanto, su efecto lleva al conocimiento de este Tribunal, no la integridad de la cuestión debatida, lo que implicaría una tercera instancia, sino los limitados aspectos permitidos por los motivos que taxativamente lo autorizan; habiéndose precisado respecto al alcance del mismo recurso: a) Que la fijación de los hechos es facultad del juzgador de instancia, pero no tan absoluta que impida al Tribunal la censura del uso que aquél haga de su potestad, pudiendo revisar la apreciación sobre los hechos, ya porque vulneren normas obligatorias concretas determinantes del valor de ciertos elementos de prueba o porque el Juzgador omita los fundamentos de su valoración. (SS. de 27 de junio de 1952 y 18 de diciembre de 1961); b) Que cuando el recurso se apoye en la injusticia notoria por infracción de precepto legal ha de puntualizarse en qué consista tal injusticia, la cual, además, ha de ser evidente (S. de 21 de diciembre de 1962); c) Que la revisión es análoga por su naturaleza, tramitación y fines al recurso de casación, y por ello está condenada al fracaso si no cumple con todos los requisitos formales que las leyes de procedimiento previenen (S. de 24 de junio de 1963), sin que el recurrente pueda sustituir el criterio del Juzgado por el suyo. (Sentencia de 28 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

15. *Arrendamiento rústico. Extinción por vencimiento de plazo. Notificación de prórroga hecha de mala fe. Ineficacia.*—Se trataba de dos contratos de arrendamiento de fincas rústicas otorgadas por la usufructuaria, con renta anual superior en ambos casos a las cinco mil pesetas, señalándose como lugar de pago el Banco H. A., de Ecija, mediante ingreso en cuenta corriente, aunque aparecía la arrendadora como vecina de Sevilla, pero fijándose para cumplimiento una casa en Ecija, en cuyo partido está situada la finca, habiendo firmado el documento los nudo propietarios igualmente residentes en dicha ciudad; debe considerarse de mala fe la notificación para prórroga de los contratos hecha por el arrendatario, también residente en Ecija, ante el Notario de Fuentes de Andalucía, alegando que se encontraba de paso en dicha localidad, cuando lo cierto fue que se desplazó a dicha población con tal objeto, siendo aquélla ineficaz para lograr la prórroga de los contratos, actuando por sí y en representación de los demás arrendatarios. (Sentencia de 12 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

16. *Arrendamientos rústicos. Carácter imperativo de la legislación. Doctrina general.*—Según ha recordado la doctrina general (SS. de 18 de febrero de 1955, 8 de mayo de 1958, 22 de febrero de 1962 y 23 de mayo de 1973, entre otras), las normas relativas a los arrendamientos rústicos sometidos a la legislación especial tienen naturaleza imperativa, como lo proclama el artículo 1.º, párr. 1.º, del Reglamento de 1959, que prohíbe la modificación de sus preceptos por pacto en contrario de los contratantes, y en su designio de alcanzar la permanencia de la locación, aunque adaptándola a las pautas establecidas en preceptos inderogables por la voluntad de las partes, dispone que las cláusulas *contra legem* se tendrán por no puestas y serán

sustituidas por las disposiciones reguladoras del supuesto correspondiente.

Duración. Plazos mínimos. Ambito de la autonomía de la voluntad.—Tratándose de duración del arrendamiento, las notas de imperatividad e indelegabilidad que caracterizan a la legislación del colonato se traducen en la exigencia de aplicar, a pesar de lo estipulado por los otorgantes, los artículos 9.º y ss. del Reglamento, que si autorizan un cierto ámbito de libertad negocial, preceptúan que los contratantes han de proceder «ajustándose necesariamente a los plazos mínimos» señalados, que son de seis años cuando la renta es igual o superior a 5.000 pesetas, con derecho del colono a prorrogar el arrendamiento por otro período igual, siempre que su unilateral decisión sea notificada al arrendador en los términos establecidos con carácter constitutivo en el artículo 10 del Reglamento, sin cuyo cumplimiento el arrendador puede tener por finalizado la situación nacida del contrato.

Interpretación de la cláusula de dar «por cumplido este contrato», «ampliándolo por dos años más».—Es acertada la interpretación de la Sala de que, al no haberse ejercitado el derecho de prórroga, quedó extinguido el contrato, y de que el convenio «ampliándolo por dos años más» con elevación de la renta, no constituyó mera prolongación del primitivo negocio, ya fenecido, sino la creación *ex novo* de una situación locativa con distinta merced y dotada de independencia, cuya duración habrá de sujetarse a los plazos mínimos, y no a lo pactado. (Sentencia de 1.º de noviembre de 1980; no ha lugar.)

17. *Arrendamiento rústico. Extinción «ope legis» por transcurso del plazo. Inexistencia de tácita reconducción.*—Según Sentencia de 20 de marzo 1957, la tácita reconducción no se produce en los vínculos arrendaticios sujetos a la legislación especial, y tampoco puede aplicarse al caso la doctrina jurisprudencial que mantiene la vigencia del vínculo arrendaticio en tanto no se sancione judicialmente su resolución, pues una cosa es la sanción ejecutoria derivada de causas que, de producirse, facultan al arrendador para que el vínculo arrendaticio no persista, y otra la cesación automática de sus efectos por disponerlo preceptivamente la ley sin posibilidades de reconducciones tácitas, porque en este caso no se trata de resolver una relación arrendaticia, sino de obtener por vía judicial la efectividad de una secuencia extintiva que por ministerio de la ley ya viene producida.

Retracto rústico. No procede por haberse extinguido el arrendamiento.—Con anterioridad a producirse la venta base de la acción de retracto promovida, ya no tenía el actor el carácter de arrendatario de la finca en cuestión por extinción *ope legis* del contrato. (Sentencia de 31 de octubre de 1981; no ha lugar.)

18. *Aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil.*—Nada obsta a que se dirija la acción derivada del artículo 1.902 del Código civil conjuntamente con la fundada en el artículo 1.903, ya que nada se opone a que una empresa responda de los empleados de otra cuando la recurrente se reservó la vigilancia de ellos.

Solidaridad.—La condena solidaria de los demandados al pago de la suma indemnizatoria no implica aplicación indebida de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil. (Sentencia de 17 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—Se celebró un contrato por cuya virtud un contratista se comprometió a realizar una obra. Ya iniciada ésta, el contratista subcontrató con una empresa la realización de ciertas tareas de construcción. Un operario de la empresa subcontratista ocasionó determinados daños al propietario de la obra (el comitente). El Juzgado, la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo condenaron solidariamente al contratista, al subcontratista y al operario a reparar los daños causados al propietario de la obra (el comitente) en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil.

NOTA.—1. *La consideración del subcontratista como dependiente.*—De acuerdo con los hechos referidos, parece claro que el problema tendría que haber sido resuelto por el cauce del artículo 1.596 del Código civil, pues el contratista y el propietario perjudicado habían celebrado un contrato de obra. Sin embargo, el demandante exigió la responsabilidad solidaria de los que intervinieron en la construcción por el cauce de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil. De esta manera llega el asunto al Tribunal Supremo, que considera procedente la aplicación de estos artículos. La responsabilidad del subcontratista se explica por la circunstancia de que es «dependiente» del contratista.

A nuestro juicio, es dudoso que el subcontrato de obra genere una relación de dependencia, que justifique la aplicación del párrafo 4.º del artículo 1.903. Nuestro Tribunal Supremo, en las Sentencias de 5 de julio de 1979 (Repertorio Aranzadi, núm. 2.931) y 18 de julio de 1979 (Repertorio Aranzadi, núm. 2.895, y este ANUARIO, 1980, fasc. 3.º, págs. 805-806), ha señalado que no procede la aplicación del artículo citado cuando una empresa trató a otra empresa.

En nuestra doctrina (cfr. MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, XII, 1907, pág. 609; ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, pág. 148, y Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, 1979, pág. 664) se afirma que es un requisito necesario para la aplicación del párrafo 4.º del artículo 1.903 que exista una relación de autoridad y subordinación que —pensamos nosotros— no aparece con claridad en el contrato y el subcontrato de obra. Hay que tener en cuenta que, por lo general, el contrato y el subcontrato de obra dejan subsistir la independencia del contratista y del subcontratista en la ejecución de la prestación, sin que sea un argumento en contra que el propietario (el comitente) esté facultado para comprobar si aquéllos realizan las obras encomendadas de acuerdo con lo convenido y la *lex artis*. Además, el término «dependiente», que aparece en el artículo 1.903, párrafo 4.º, del Código civil, y el término «doméstico», que aparece en el artículo 1.901 del Proyecto de 1851, no definen al contratista y al subcontratista.

En el Derecho comparado se aprecia que los artículos de los Códigos civiles (artículos 1.384 del Código civil francés, 2.049 del Código civil italiano y 831 del BGB) que se asemejan al párrafo 4.º del artículo 1.903 de nuestro Código civil, se expresan en términos similares o más amplios y, sin embargo, al ser interpretados, la doctrina y la jurisprudencia entienden comúnmente que el contrato y el subcontrato de obra no dan lugar a una relación de dependencia (Cfr., H. L. y J. MAZEAUD y CHABAS, *Leçons de Droit civil. Obligations. Théorie générale*, 6.ª ed., París, 1978, págs. 476 y ss., y RODIERE-VAN CAMELBEKE, *La responsabilité dans la jurisprudence*, París, 1978, págs. 116 y siguientes; VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova, 1967, págs. 363 y ss., y TORRENTE-PESCATORE, *Codice civile annotato*, Milano, 5.ª ed., art. 2.049, y LARENZ, *Besonderer Teil*, 11.ª ed., München, 1977, pág. 574).

2. *El carácter solidario de la responsabilidad, ex artículo 1.903.*—Aunque nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia que anotamos, señala que la responsabilidad del empresario tiene carácter solidario, hay que destacar que sólo puede tratarse de una responsabilidad solidaria *sui generis* (SANTOS BRIZ habla de una solidaridad impropia, en su monografía *La responsabilidad civil*, Madrid, 1970, pág. 346), porque, según el artículo 1.904, el empresario puede repetir de sus dependientes lo que hubiese satisfecho. Si el dependiente es solvente, y abona al empresario lo que éste ha satisfecho al tercero perjudicado, estamos en presencia de un culpable que finalmente queda indemne. Puede pensarse, por tanto, que el riesgo del empresario es la insolvencia del dependiente, que puede hacer infructuosa la repetición dirigida contra éste.

A. C. S.

19. *Daños ecológicos. Contaminación de mejilloneras por vertido de crudos de petróleo. Falta de prueba.*—La reclamación de daños y perjuicios ejercitada por los dueños de las mejilloneras se rechaza por falta de prueba, en primer lugar, del daño causado, dado que en la fecha de producirse el vertido del crudo, el mejillón, hipotéticamente dañado, no había podido desarrollarse desde que se levantó la veda para su producción en un plazo escaso de mes y medio, y en segundo lugar por negarse relación causal, pues en la misma época fueron varios los petroleros sancionados por la Comandancia de Marina con motivo del vertido de crudos en aguas de la bahía y, sobre todo, porque el petróleo vertido por el barco demandado navegó impulsado por el viento hasta un lugar muy alejado de donde estaban las mejilloneras de los actores, en donde fue atacado y destruido.

Relación de causalidad.—Por ser cuestión de derecho la relación de causalidad debe ser incluida dentro de la calificación jurídica, y su crítica en casación ha de hacerse al amparo del núm. 1.º del art. 1.692 LEC; del hecho de que una parte del petróleo que llevaba el buque «Compostilla» se derramase por la bahía de La Coruña no se evidencia necesariamente que dañase las mejilloneras de los recurrentes, situadas en lugares muy apartados, y aunque la Sala declare que los daños fueron debidos a los numerosos vertidos de crudos procedentes de diversos petroleros, entre los que de forma indiscriminada y no probada pudo figurar el combustible derramado del expresado buque, no se determina la responsabilidad de cada uno.

Error de hecho. Documento auténtico. Acta notarial.—No tiene el valor de documento auténtico a efectos de la casación, por constatar hechos anteriores en casi tres meses a la fecha del accidente, por no patentizar de modo claro, palpable y evidente lo contrario de lo que afirma la decisión judicial, y por necesitar aclaraciones e interpretaciones en relación con las demás pruebas practicadas, careciendo de autonomía y autosuficiencia.

Prueba pericial.—El informe emitido por el director del Instituto Español de Oceanografía alude de manera general a los efectos de los productos detergentes sobre la mancha de petróleo, sin referirse a la cuestión debatida; el informe del Departamento de Química Analítica de la Facultad de Ciencias de la Universidad de Santiago, ya fue tenido en cuenta por las sentencias de instancia y no puede considerarse auténtico.

Valor de una hoja de periódico.—La hoja del periódico «La Voz de Galicia» no ha sido adverbada ni contiene signo de garantía sobre su autenticidad extrínseca. (Sentencia de 19 de junio de 1980; no ha lugar.)

Los hechos objeto de este pleito presentan singular actualidad, tanto a nivel nacional como internacional. Las justas aspiraciones de la sociedad a una mejor calidad de vida se enfrentan casi a diario con catástrofes ecológicas de variada naturaleza, de las que no son las menos importantes las producidas por el vertido de crudos petrolíferos en el mar. Si a nivel social se produce el angustioso interrogante de si las medidas de precaución que pueden adoptarse resultan suficientes en todos los casos, a nivel jurídico hay que preguntarse si contamos con adecuados instrumentos para hacer efectiva en cada caso la responsabilidad que puede surgir.

G. G. C.

20. *Culpa extracontractual. Independencia respecto de la responsabilidad civil derivada de delito.*—Según reiteradísima jurisprudencia, la culpa extracontractual basada en el artículo 1.902 C. c. es exigible, aunque la culpa o negligencia en que se haya incurrido no tenga la antijuridicidad y tipicidad propias de las infracciones de carácter delictivo, y aunque ambas sean expresivas de un principio de culpa, se regulan por normas distintas y se ventilan en diferentes jurisdicciones, por lo que la sentencia absolutoria recaída en juicio penal no prejuzga la valoración que de los hechos pueda hacerse en la vía civil.

Responsabilidad técnica del jefe de obra. Muerte al izar unas virolas.—El recurrente, de profesión ingeniero industrial, tenía el cargo de jefe de obra, estando al frente de las que su empresa realizaba el día de autos, consistentes en izar unas virolas destinadas a la construcción de una chimenea, no haciendo comprobación algunas de las condiciones de seguridad del anclaje del sistema de elevación por poleas empleado a tal fin, el cual no era más que el apoyo de las tapas de unos depósitos, existentes con anterioridad de varios años y cuyas características técnicas eran desconocidas para la dirección de la empresa, siendo el fallo de este anclaje, debido a su insuficiente cimentación, la causa eficiente del siniestro causante de la muerte del obrero, debiendo imputarse tal fallo al recurrente por la omisión del debido celo y diligencia.

21. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente de trabajo. Electrocutación al manejar soplete sin debidas precauciones.*—Son hechos determinantes del accidente el que el aparato de soldadura eléctrica con el que trabajaba la víctima no se hallaba en perfectas condiciones de funcionamiento, incumpléndose lo dispuesto en el apartado primero b) del artículo 51 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 marzo 1971, y teniendo aquélla la categoría de peón, se le habían encomendado por la empresa funciones de oficial mecánico, en desarrollo de las cuales trabajaba al ocurrir el accidente, derivándose de tales hechos la culpabilidad de la empresa.

Compensación de culpas. Concurrencia de culpa de la víctima.—Se declara probado que la culpabilidad no fue solamente de la empresa, sino que el productor fallecido también contribuyó a la producción del evento dañoso, lo que es tenido en cuenta por el Juzgador a la hora de fijar la cuantía de la indemnización. (Sentencia de 29 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

22. *Culpa extracontractual. Daños por accidente de circulación. Interpretación del artículo 12 del Reglamento del Seguro Obligatorio de 19 noviembre 1964.*—Dicho precepto hay que interpretarlo como subordinado al artículo 1.º y concordantes de la Ley de 1962, para el caso de que haya varios sujetos concurrentes en la producción del daño y su conducta no pueda clarificarse y polarizarse en uno solo de los protagonistas, de tal modo que exista situación de duda e indeterminación de culpa, lo que daría lugar al reparto proporcional que en aquél se establece.

Colisión mutua. Responsabilidad exclusiva de una de las partes.—Son hechos probados: a) circulación de los dos vehículos en la misma dirección; b) marcha normal y a baja velocidad del camión alcanzado por el turismo; c) carga excesiva —nueve personas— en ese turismo y «bastante» velocidad en su marcha, y d) choque de este vehículo contra la parte trasera del camión precedente, sin advertencia de su conductor y resultado de siete muertos y dos heridos; de tales hechos se deduce que el conductor del camión es ajeno al daño por ser su comportamiento en la circulación normal y pasivo en cuanto al accidente en sí, no siendo «interviniente» en sentido legal, puesto que la ley no puede hacer responsable a todos los que en el momento del accidente circulan (conclusión absurda), sino sólo a aquéllos que fueron causa de la colisión, entendiéndose por causalidad no la meramente material o física (el roce, contacto o choque), sino la psíquica (acción u omisión culposa o negligente).

«Voluntas legis» de resarcimiento a toda costa.—La intención legal de resarcir a toda costa no puede entenderse como un propósito indiscriminado de exigencia reparadora del daño, sin consideración a la conducta reprochable según normas generales; por ello no puede atribuirse a las compañías aseguradoras la obligación de resarcimiento proporcional, con el solo requisito de la «intervención» de los vehículos respectivamente asegurados, abstracción hecha de presupuestos subjetivos.

Presunciones. Defecto del recurso.—La vulneración de los artículos 1.249 y 1.253 del C. c. no puede aducirse en forma simultánea por el cauce exclusivo de un solo motivo, porque ello produce una mezcla de la cuestión de hecho con la jurídica; según la doctrina legal, para impugnar la prueba de presunciones, si son dos los elementos que en ella juegan, el del hecho demostrado y el de la inferencia lógico-jurídico, es claro que el ataque ha de ser dual y diferenciado, por una vía, demostrando que el hecho de que se partió no estaba suficientemente probado y, por la otra, con la demostración de que el razonamiento que sirvió de puente a la presunción no cumplió el mandato legal, que alude a las reglas del criterio humano, con toda la relatividad de su exigencia.

Presunciones. «Quaestio juris».—En la sintética exposición del motivo no se aduce, ni por tanto, se demuestra la incorrección del razonamiento judicial, ni que la deducción obtenida por la instancia sea absurda o desproporcionada (Sentencia 5 junio 1978), ilógica o inverosímil (Sentencias de 12 junio 1962 y 3 julio 1963), por lo que se impone su mantenimiento de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial que indica que hay que estar al razonamiento del juzgador y no al más interesado y parcial de la parte (Sentencias 25 abril 1957, 13 febrero 1960 y 17 mayo 1968), sobre todo, como aquí ocurre, cuando es tan inevitablemente racional la conclusión a que llega la Sentencia. (Sentencia de 6 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

De pasada se afirma que en el penúltimo considerando que en materia de accidentes de circulación no hay responsabilidad objetiva, sino más bien inversión del *onus probandi*. No resultaría difícil citar numerosas Sentencias en que se afirma lo contrario, o se dice que se trata de responsabilidad cuasi objetiva. En todo caso el razonamiento del T. S. se encamina a rechazar una conclusión aberrante, a saber, que la mera implicación en una colisión obliga a responder, aunque se demuestre que el supuesto culpable ha tenido una conducta absolutamente irreprochable. A destacar también el concepto de relación de causalidad, no meramente física, sino psíquica. ¿Una involución en la doctrina jurisprudencial?

G. G. C.

23. *Cosa juzgada. Sentencia penal condenatoria. Indemnización de daños corporales. Falta de prueba en ejecución de sentencia penal. Acción civil complementaria.*—No es de apreciar que concurra la identidad de causa para que se pueda apreciar el fenómeno de la cosa juzgada, ya que la sentencia penal tomó como *causa iudicandi* la obligación genérica indemnizatoria de abono en favor de los ahora recurridos, y a cargo de los ahora recurrentes, de los gastos legítimos de curación de sus lesiones, y de los jornales correspondientes a los días que no pudieron trabajar, mientras que en el presente juicio civil lo que se decide es la exacta cantidad de abono que procede por derivación de ese genérico pronunciamiento, no estándose en presencia del supuesto de plena identidad decisoria, sino de mero aspecto complementario concreto de lo genéricamente decidido antes.

Daños a precisar en ejecución de sentencia penal.—La condena a indemnizar los gastos que fueren debidamente acreditados en ejecución de sentencia penal, en modo alguno impide en tanto no se haya efectuado aquella concreta determinación, el hacerlo mediante el planteamiento de juicio civil dirigido a esa finalidad, porque en tal aspecto la referida ejecutoria penal es un título de crédito, creador de un vínculo obligacional, al que puede darse efectividad en el marco procedimental civil.

Carácter complementario de la jurisdicción civil.—Según reiterada doctrina legal la jurisdicción civil no tiene como misión subsanar errores o suplir omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra jurisdicción, pero sí la de ser su mero complemento determinado concretamente la cantidad de precedente abono, correspondiente al reconocimiento genérico de una obligación indemnizatoria producida en una sentencia penal. (Sentencia de 27 de enero de 1981; no ha lugar.)

Los perjuicios por el accidente base de la demanda son de nacionalidad francesa y, después del mismo, se trasladaron a su país para su curación, lo que explica suficientemente que al celebrarse el juicio de faltas no se pudiera aportar prueba sobre la cuantía de los daños. Cuando se haga el balance de la aplicación de la legislación sobre accidentes de circulación no podrá menos de citarse como benéfica la doctrina de esta sentencia que matiza la más conocida de no ser la jurisdicción civil un medio de subsanar errores de las partes en el proceso penal. La doctrina aquí sentada. (Pte. A. Fernández Rodríguez) es de aprobar plenamente.

G. G. C.

24. *Culpa extracontractual. Daños por excavación en finca colindante. Contenido de la obligación de reparar.*—La obligación de reparar que incumbe al autor del daño tiene por finalidad reponer las condiciones de habitabilidad de los edificios afectados, restituyéndolos a su anterior estado, lo que se lleva a efecto con su realización material, o, como en el presente caso acaece, satisfaciendo la cantidad necesaria para que la reparación pueda efectuarse.

Facultad moderadora de los Tribunales.—Es facultad privativa de los Tribunales de instancia moderar a su prudente arbitrio la responsabilidad del agente, reduciendo, en la proporción que estimen, la cuantía de la indemnización, lo que en el presente caso se ha hecho valorando las distintas pruebas practicadas, especialmente las periciales, y teniendo en cuenta, además, todas las circunstancias y factores concurrentes en los edificios dañados por la actuación culposa de la empresa constructora que llevaba a efecto la erección de un edificio contiguo, el valor de tales inmuebles, en mal estado de conservación dada su antigüedad y las abundantes grietas existentes con anterioridad a los daños cuya cuantía se reclama. (Sentencia de 20 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

25. *Culpa extracontractual. Daños por accidente de circulación. Sobreseimiento del procedimiento penal por indulto. Prescripción. «Dies a quo». Doctrina general.*—Es doctrina reiterada de esta Sala, que tuvo su inicio en S. de 26 de junio de 1909, reiterada en las de 24 de septiembre de 1965, 18 y 23 de marzo de 1968, 27 de enero de 1970, 19 de noviembre y 19 de diciembre de 1971 y 13 de noviembre de 1972, que según los artículos 111 y 114 L. E. Crim., promovido juicio en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo asunto, mientras el proceso penal estuviere pendiente, y si tales preceptos se ponen en relación con el artículo 1.969 C. c., el plazo de prescripción de las acciones ejercitadas al amparo del artículo 1.902 de dicho Código, empezará a contarse desde que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, en su caso, hayan adquirido firmeza, lo que se produce por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el término sin interponerlos, con independencia, a estos efectos, de cuándo sea declarada la firmeza y cuándo sea notificada. (Sentencia de 22 de octubre de 1981; no ha lugar.)

26. *Culpa extracontractual.*—La acción u omisión determinante del daño indemnizable a la que se refiere el artículo 1.902 del Código civil, se presume siempre culposa, a no ser que el autor del mismo acredite, en debida forma, haber actuado con el cuidado y diligencia que requerían las circunstancias de lugar y tiempo.

Responsabilidad objetiva.—Se acepta de forma moderada y sin excluir en modo alguno el estricto principio de la responsabilidad por culpa.

Valoración jurídica de los hechos.—Si los actos productores del daño y las circunstancias que los rodean son cuestión de hecho, la valoración jurídica de los mismos, como constitutivos o no de culpa, es tema abordable en casación. (Sentencia de 18 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

HECHOS: Se discute si la rotura de un pantano, que determinó que un tercero sufriese un daño, tiene su causa en la conducta negligente del propietario o en un evento de fuerza mayor. El Juzgado considera que se debe a la conducta culposa del propietario del pantano. La Audiencia Territorial entiende que se debe a un evento de fuerza mayor. No prospera el recurso de casación.

27. *Culpa extracontractual. Responsabilidad por el hecho de otro. Culpa «in vigilando» del padre. Pérdida de la visión de un ojo. Carácter de la responsabilidad.*—La responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos ejecutados por los hijos constituidos *in potestate*, a tenor del artículo 1.903, párr. 2.º C. c., se justifica tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a los primeros incumbe; omisión de la obligada diligencia *in custodiendo* o *in vigilando* que el legislador contempla partiendo de la presunción de culpa concurrente en quien desempeña los poderes y deberes integrantes de la patria potestad, con inversión de la carga de la prueba, de manera que la demostración del empleo de las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso ha sido entendida por la doctrina jurisprudencial con marcada severidad, exigiendo una «rigurosa prueba de la diligencia empleada», atemperándose a las circunstancias del lugar y tiempo del caso concreto (SS. de 24 de marzo de 1953, 25 de marzo de 1954, 3 de octubre de 1961, 11 de marzo de 1971, 10 de mayo de 1972 y 14 de abril de 1977), lo que significa la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a responder a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad.

Inexistencia de prueba liberatoria.—Inexistente toda prueba liberatoria de la presumida culpabilidad del demandado, ha de tenerse por manifiesto que el empleo de una navaja por un menor que no pasa de los ocho años, en modo alguno puede calificarse de «un juego de niños», como no es menos evidente la culpa *in vigilando* de quien ejerciendo la potestad paterna se despreocupa de que un hijo de corta edad porte instrumento tan peligroso, que utilizó en presencia de otros niños no mayores que él.

Prescripción. Interrupción por prestación de la demanda de pobreza.—Según reiterada jurisprudencia la presentación de la demanda de pobreza constituye propiamente «ejercicio de la acción ante los Tribunales» a los

efectos del artículo 1.973 C. c., cuando en la pretensión incidental se expresa la índole y el objeto del litigio en que se habrá de utilizar el beneficio impetrado por el actor (SS. de 1.º de diciembre de 1968, 9 de julio de 1975 y 9 de junio de 1976).

Prevalencia de la jurisdicción penal. Actuación de los Tribunales tutelares de menores. «Dies a quo» del plazo de prescripción.—El término para la prescripción anual no comienza hasta que finaliza la intervención del Tribunal Tutelar, pues la rotunda declaración del artículo 114 L. E. Crim. no admite distingos de ninguna especie y, por consiguiente, sea cual fuere la jurisdicción, ordinaria o especial, que conozca del ilícito penal dentro de sus privativas atribuciones, su actuación impide y excluye la de la jurisdicción civil.

El Reglamento no puede contradecir la Ley.—El artículo 63 del Reglamento de 11 de junio de 1948, no guarda la debida concordancia con el artículo 14 de la Ley Fundamental de los Tribunales Tutelares de Menores, al que dice desarrollar; en todo caso la literalidad de su texto no impone al perjudicado la obligación de promover la acción civil que pueda corresponderle desde la apertura de las diligencias contra el menor, sino que simplemente le faculta para prepararla mediante una medida precautoria o de aseguramiento para prevenir una posible insolvencia del responsable civil (SS. de 29 de diciembre de 1962, 6 de mayo de 1963 y 8 de mayo de 1965).

Cuantía de la indemnización.—El *quantum* del resarcimiento comporta en su fijación un problema fáctico remitido a la prudente ponderación del Tribunal Sentenciador, al que no le vinculan los dictámenes de los peritos; y no puede sostenerse sin agravio a potísimas consideraciones de justicia que se imponen por su misma evidencia, que haya de tenerse por excesiva la cifra de 500.000 ptas. para indemnizar la pérdida total de la visión de un ojo, en un niño de siete años de edad, al tiempo del suceso, que habrá de sufrir el resto de su vida las previsibles graves limitaciones de orden laboral, y otros aspectos, que arrastra el cercenamiento de órgano tan importante. (Sentencia de 17 de junio de 1981; no ha lugar.)

Sentencia importante por confirmar el carácter de responsabilidad basada en el riesgo (al menos al 50 por 100, según literalmente dice el T. S.) de la que incumbe a los padres por los hechos ilícitos de los hijos sometidos a su potestad. Doctrina de aplicación frecuente al haberse incrementado el número de daños causados por menores, debido a que la sociedad de consumo pone en sus manos toda clase de aparatos y juguetes de complicada técnica, susceptibles de dañar a las personas más gravemente que los objetos clásicos (piedra, palo, cuchillo, etc.). La evolución social, en este caso, ha ratificado las razones que aconsejaron invertir la carga de la prueba en el último párrafo del artículo 1.903, si bien ello mismo acaso conduzca en un futuro no muy lejano a introducir el seguro obligatorio de tales daños. La proyectada reforma de la patria potestad prevé la siguiente redacción del artículo 1.903, pár. 2.º: «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda» (proyecto del Gobierno publicado en el «B. O. de las Cortes» del 14 de septiembre de 1979). El texto contiene importantes novedades respecto del vigente, aunque no procede su comentario hasta su aprobación definitiva.

La referencia a «potísimas consideraciones de justicia que se imponen por su misma evidencia» refleja cierta severidad en el T. S. ante la discusión del *quantum* de la indemnización concedida de medio millón de pesetas por la pérdida de un ojo. Pienso que al tratarse de una indemnización que ha de soportarse exclusivamente por un patrimonio particular (el del padre del agresor) se comprende perfectamente la actitud de «regateo», lo que no ocurriría de haber intervenido una aseguradora. Con todo, estimo sobradamente fundadas las consideraciones de la sentencia para mantener la cuantía de la indemnización.

G. G. C.

28. *Interrupción de la prescripción de una acción de responsabilidad por daños. Demanda de pobreza.*—Tiene declarado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 25 de enero de 1945, 8 de junio de 1946 y 16 de diciembre de 1966, que interrumpe la prescripción, por significar ejercicio de la acción ante los Tribunales, la demanda de pobreza si, como aquí acontece, no adolece de defecto alguno y queda constancia del objeto del litigio que se propone entablar el actor después de fenecido este incidente.

Carencia de registro de entrada en un Juzgado de Paz.—Esta falta no puede perjudicar a la parte que instó la actuación judicial, por lo que ha de concluir que, al no existir otro dato que lo contradiga, la demanda fue presentada en la fecha que en la misma consta y, por tanto, con virtualidad suficiente para interrumpir la prescripción. (Sentencia de 17 de abril de 1980; desestimatoria.)

4. Derechos reales

29. *Acción reivindicatoria desestimada. Error de derecho en la apreciación de la prueba.*—La violación que se denuncia del artículo 1.227 del Código, en relación con el documento privado de venta, no puede prosperar, porque, si ciertamente la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros, sino desde los momentos que prescribe aquel artículo aquí los que lo alegan no entran en consideración de terceros, sino como herederos de quien redactó el documento, al que no son ajenos en cuanto tiene eficacia respecto de ellos por imperativo del artículo 1.257 del Código civil.

Error de hecho en la apreciación de la prueba.—No puede atacarse por esta vía la realidad del contrato aduciendo el documento mismo, valorado e interpretado por la sentencia recurrida y elemento central del litigio, lo que impide su utilización para los fines alegados, según reiterada doctrina jurisprudencial.

Prueba de la venta. Valor del reconocimiento unilateral.—El propio interesado reconoció que hubo aceptación y consentimiento del comprador, y también reconoció que, a causa de aquella venta, ni la propiedad ni la

posesión de la finca son suyas; reconocimiento unilateral, pero vinculante para quien lo hizo, con su indefectible valor probatorio que sus herederos no pueden discutir ni impugnar con meras conjeturas, presunciones y deducciones.

Falta de consentimiento «uxoris».—Aparte de la incorrección procesal cometida, al citar preceptos genérica e indiscriminadamente, lo cierto es que el argumento fundamental, basado en la carencia de facultades dispositivas por el marido respecto de los bienes gananciales, ha de decaer cuando aquellas facultades estaban amparadas por la redacción entonces vigente del artículo 1.413 del Código.

Tradición fingida.—El reconocimiento de la propiedad contenido en el documento privado, junto con la entrega de la primera copia de la escritura en que consta el título adquisitivo del vendedor, significa que tuvo lugar la tradición fingida que permite el párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código civil, porque puede producirse, aunque la venta conste en documento privado, si se entrega dicho título adquisitivo que justifica la propiedad de quien vende, según se dijo, entre otras, en las Sentencias de 25 de octubre y 19 de diciembre de 1924, 24 de diciembre de 1929 y 16 de febrero de 1970.

Posesión tolerada.—La continuidad en la posesión por parte del vendedor no estaba basada, sino en la mera tolerancia de quien éste reconoce era el verdadero poseedor jurídico, que, según el artículo 444 del Código, no afecta a la posesión.

Posesión mediata.—Se da lugar, pues, al segundo de los supuestos del artículo 432, de un simple tenedor de la cosa perteneciendo el dominio a otra persona, que conserva la posesión mediata.

«Possessio ad usucapionem».—El repetido vendedor no pudo estar amparado por la presunción del artículo 434, que le permitiese utilizar a su favor la usucapión decenal del artículo 1.957, en relación con el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, porque, como declaró la sentencia recurrida, carecía no sólo de justo título (pues, a pesar de la inscripción, el titular de la misma reconoció que el título lo había transmitido a otro), sino también de buena fe, que tampoco pueden alegar sus herederos, sino a partir de la muerte de su causante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 442 Código civil. (Sentencia de 22 de abril de 1980; no ha lugar.)

30. *Acción reivindicatoria.*—El pleito de reivindicación no es simplemente de cabida de fincas, sino de identificación en todos sus aspectos, de tal manera que si no pueden determinarse los linderos exactos de dos fincas, es evidente que para que pueda prosperar la acción reivindicatoria lo primero que debe hacerse es pedir un deslinde.

Identificación de fincas.—El problema de la identificación es de los atribuidos, por su carácter fáctico, a la competencia exclusiva del Juzgador; sin embargo, es revisable por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando existan documentos auténticos, que acrediten, por sí solos, sin acudir a mayores razonamientos, y por sim-

ple contradicción, un resultado distinto del admitido por el Tribunal de Instancia.

Identificación de las fincas y el Registro de la Propiedad.—El Registro, por sí solo, no lleva consigo ni produce una verdadera y auténtica identificación real sobre el terreno, teniendo en cuenta que el Registro de la Propiedad tiene un simple contenido jurídico, no garantizando, en consecuencia, la realidad física y concreta situación sobre el terreno de la finca inmatriculada, puesto que tal situación puede o no concordar con la realidad existente.

Accesión, mala fe.—La declaración de mala fe que contemplan los artículos 362 y 363 del Código civil, contraria a la presunción que previene el artículo 434 del mismo cuerpo legal, requiere que la edificación se hubiese realizado a sabiendas de que no había derecho a hacerla.

Accesión invertida.—Ante la falta de regulación legal específica, la solución indemnizatoria del valor del terreno ocupado, por la notoriedad del superior valor de lo construido en relación con el suelo, se estima acorde con los principios esenciales de justicia, sancionados por los Códigos modernos, superando la rigurosa aplicación que hacía el Derecho Romano de la regla «*superficies solo cedit*», con la consecuencia de que se apreciase la facultad, no satisfactoria, de exigir al constructor que derribará la edificación.

Congruencia.—La amplitud de la alzada, en caso de revocación de la resolución impugnada, posibilita hacer nueva declaración sobre todas y cada una de las pretensiones formuladas en la fase procesal de primera instancia, al no vedarlo el principio de congruencia impuesto por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.—Se produce una clara violación de este artículo cuando se ejercita la acción reivindicatoria, sin haberse entablado demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente.

Terceros hipotecarios de buena fe.—No cabe la reivindicación frente a los terceros hipotecarios de buena fe, tanto se trate de adquisición del verdadero dueño como de adquisición producida *a non domino*.

Presunción de buena fe. Artículo 34 de la Ley Hipotecaria.—La presunción de buena fe que tal precepto acoge, aunque es de índole *iuris tantum*, precisa para su destrucción la justificación de que los adquirentes tuviesen la convicción de la existencia de inexactitud o de vicios excluyentes de la buena fe hipotecaria.

Accesión.—No son aplicables los artículos 362 y 363 del Código civil, ya que la figura de la accesión, que estos preceptos contemplan, parte del indeclinable presupuesto de que sus efectos se proyecten en relación al edificante y de que además haya actuado de mala fe; pero no con alcance a adquirentes con carácter de terceros hipotecarios protegidos. (Sentencia de 12 de abril de 1980; ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de unas parcelas construyó unas viviendas, que vendió a determinadas personas. Un propietario colindante alegó que parte

del terreno en el que se construyeron las viviendas era de su propiedad. El juzgado desestimó la demanda; la Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada, señalando que la finca en cuestión era propiedad del apelante. Se interpuso recurso de casación, que fue acogido por el Tribunal Supremo.

31. *Documento privado. Efectos contra tercero (acreedor embargante).*—El documento privado de compraventa aportado por el tercerista no puede tener valor para el fin pretendido, al no cumplir las exigencias del artículo 1.227 del Código civil en cuanto a la eficacia de su fecha, pues la normativa legal atiende a datos objetivos, que aquí no concurren, con independencia de que el acreedor embargante haya podido tener conocimiento del mismo, que sería irrelevante. (Sentencia de 9 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

32. *Acciones declarativas del dominio y reivindicatoria. Diferencias.*—Ambas acciones coinciden en cuanto a los requisitos para su estimación respectiva, pero difieren esencialmente en no ser la declarativa, a diferencia de la reivindicatoria, una acción de condena, y habiéndose pretendido por el Estado como principal una declaración de su dominio, sólo pidió su reintegro como consecuencia de la declaración, a lo que no accedió la sentencia recurrida, aunque declaró el dominio público de los terrenos.

Competencia de la jurisdicción ordinaria respecto al dominio público. Alcance.—Es preciso delimitar la impugnación del dominio público del Estado de lo que es meramente impugnar una concesión administrativa, pues la sentencia recurrida concede el dominio, pero no resuelve sobre la concesión, es decir, que el litigio versó sobre una cuestión de Derecho civil, como es una declaración de dominio sobre bienes inmuebles. Esta declaración compete a esta jurisdicción, pues no se trata de revisar acto administrativo alguno, sino de declarar un dominio público preexistente, y la pretensión no se funda en el Derecho administrativo, sino en la doctrina civil de las acciones que protegen el dominio, pudiendo el Estado, como los particulares, acudir a los Tribunales Ordinarios.

Concesión administrativa sobre bienes de dominio público. Su eficacia.—Esta concesión no implica una cesión plena del dominio al particular concesionario, pues la Administración no se desprende de su titularidad constante e inderogable, sino sólo la explotación de los bienes. La concesión tiene naturaleza esencialmente administrativa, siendo inaceptable pretender que transforma los bienes sobre que recae en propiedad privada, pues ello supondría desconocer los caracteres constitucionales del dominio público y las facultades que la Administración se reservó en la Orden de concesión.

El dominio público y el Registro de la Propiedad.—Ni siquiera la inscripción registral de los terrenos como dominio privado puede primar frente a la protección que, al dominio público, se concede por Ley.

Bienes de dominio público. Caracteres.—El dominio público está fuera del comercio y es inalienable, imprescriptible e inembargable, según se reconoce en el artículo 132, p. 1, de la Constitución, llevando ínsita una facultad de la Administración para su recuperación de oficio.

Desafectación del dominio público. Requisitos.—No se produce desafec-

tación de los bienes, es decir, cese de su demanialidad, porque no sean de uso público, sino objeto de una concesión administrativa, ya que la desafectación hubiera requerido un acto administrativo formal, previo al oportuno expediente (arts. 120 y 121 de la Ley del Patrimonio del Estado); en consecuencia, como los bienes concedidos continúan siendo de dominio público, su prescripción no es posible. (Sentencia de 11 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

HECHOS.—Por R. O. de 11 de junio de 1913 fue otorgada una concesión para ocupar terrenos de dominio público en un barranco de la isla de la Gomera. Esta concesión, así como ulteriores transferencias de la misma, debidamente autorizadas por la Administración, fueron inscritas en el Registro de la Propiedad. En 3 de abril de 1965 los causahabientes de quienes entonces figuraban como concesionarios proceden a dividir una finca rústica y posteriormente a vender una de las fincas resultantes. La entidad adquirente inmatriculó la finca en el Registro y, al publicarse los correspondientes edictos, se advierte que comprendía en sus linderos bienes de dominio público. El Abogado del Estado ejerció las correspondientes acciones, que fueron rechazadas en Primera Instancia por estimarse incompetencia de jurisdicción, pero prosperaron en apelación.

NOTA.—La sentencia reseñada (Pte.: Santos Briz) tiene especial interés por abordar prácticamente la totalidad de la llamada «teoría general del dominio público», señalando claramente los principios generales de su régimen jurídico.

1. La competencia en la materia de la jurisdicción civil, expresada por algunas disposiciones sectoriales (arts. 254 a 256 de la Ley de Aguas de 1879, 6 de la Ley de Costas, de 1969, 115 de la Ley de Minas de 1973, 15 de la Ley de Montes de 1957), se proclama con carácter general por exigencia de las cuestiones litigiosas que se plantean; concretamente la atribución del dominio a su titular. La aplicación de este criterio en relación con los bienes de dominio público encierra, en ocasiones, dificultades, al encontrarse la «cuestión de propiedad» ligada con el enjuiciamiento de actos administrativos, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. En estos casos no cabe otra solución que la aplicada por el Tribunal Supremo en esta sentencia: decidir sobre la titularidad del dominio y remitir a la vía correspondiente el control de la legalidad de los actos administrativos. La complejidad que entraña el régimen vigente podría ser superada mediante la unificación en la jurisdicción contencioso-administrativa de todos los litigios relativos a propiedades públicas, como corresponde a su naturaleza jurídico-pública (en este sentido se pronuncia J. Bermejo Vera en «Enjuiciamiento jurisdiccional de la Administración en relación con los bienes demaniales». R. A. P., núm. 83, págs. 99 a 192).

2. Desde el punto de vista del Derecho privado los bienes de dominio público están fuera de comercio. Sólo admiten un tráfico jurídico-público, limitado, además, a la explotación o aprovechamiento de los bienes, sin llegar a modificar la naturaleza y propiedad pública de los mismos.

El título ordinario habilitante para el aprovechamiento particular de bienes de dominio público es la concesión administrativa. El concesionario se configura así como titular de un auténtico derecho real administrativo, pero nunca como propietario de los bienes que constituyen su objeto (véase en este sentido: J. González Pérez, «Los derechos reales administrativos», Civitas, 1975; F. Fuentes Bodelón, «Derecho Administrativo de los bienes», E. N. A. P., 1977, pág. 118; F. Garrido Falla, «Tratado de Derecho Administrativo», I. E. P., 1975, vol. II, pág. 447).

3. La protección legal del dominio público y su primacía frente al Registro de la Propiedad se declara tajantemente en la sentencia reseñada. Este criterio, exigido por la misma naturaleza y finalidad del dominio público, encuentra, en ocasiones, grandes dificultades para lograr su plena efectividad, especialmente por el juego del principio de fe pública registral, que, precisamente, no era aplicable en el litigio a que se refiere esta sentencia (sobre esta cuestión véase la obra de R. Parejo Gámir: «Protección registral y dominio público». EDERSA, 1975).

4. Resulta especialmente afortunada la enunciación de los caracteres del dominio público, actualmente proclamados por la Constitución, cuyo artículo 132 dispone que «la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación». Lógicamente la claridad de este precepto constitucional ha de reflejarse en la jurisprudencia mediante una aplicación sin reservas de tales principios, que anteriormente encontraba dificultades en el mismo Derecho positivo.

5. El examen de la desafectación, como cesación de la condición de dominio público, se realiza por la sentencia con expresa referencia a la Ley del Patrimonio del Estado, que la configura como acto administrativo expreso, sometido a especiales formalidades. Dejando a un lado los supuestos de desafectación por Ley formal, parece cerrada la posibilidad de admitir que tal efecto se produzca sin intervención de la Administración (sobre esta figura, además de los autores citados anteriormente, véanse: R. Parejo y J. M. Rodríguez Oliver: «Lecciones de dominio público». I. C. A. I., 1976; J. M. Sala, «La desafectación de los bienes de dominio público», I. N. A. P., 1980).

P. E. A.

33. *Propiedad horizontal. Naturaleza jurídica. Doctrina general.*—La propiedad especial de casas divididas por pisos, que constituye la llamada propiedad horizontal, supone, además de la propiedad exclusiva de los pisos o locales integrantes de un edificio, una copropiedad conjunta e inseparable sobre los elementos comunes del inmueble, de lo que deriva la necesaria reglamentación de esta coexistencia de propiedades privadas y comunes dentro de una misma finca, y así lo establece el artículo 396 C. c., según el cual esta peculiar forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales, y, en lo que éstas permitan, por la voluntad de los interesados, por lo que su ordenamiento jurídico está constituido por la Ley de 1960, como norma especial reguladora de la institución, las estipulaciones convenidas por los propios interesados, que integran el título constitutivo de la propiedad horizontal del edificio, y las normas relativas a la comunidad de bienes, respecto de los elementos comunes del mismo.

La fachada del edificio es un elemento común.—La fachada del edificio del que forma parte el local de su propiedad, como muro o pared maestra que es de aquél, constituye uno de los elementos comunes sobre el que recae un derecho de copropiedad con los demás dueños de los pisos o locales del inmueble, lo que impide a cada uno de éstos disponer en exclusividad del mismo y sin consentimiento del resto de los copropietarios, pues, como dice el preámbulo de la Ley de 1960, las posibilidades de la máxima utilización de cada partícipe están limitadas tanto por la concurrencia de los derechos de igual clase de los demás cuanto por el interés general, que se encarna en la conservación del edificio, tendiendo las normas de dicha

Ley a asegurar que el ejercicio del derecho propio no se traduzca en perjuicio del ajeno ni en menoscabo del conjunto.

Régimen de los elementos comunes.—El régimen de copropiedad sobre los elementos comunes viene a constituir una comunidad de bienes, a la que ha de ser aplicable, cuando los interesados nada hayan convenido sobre ello, la normativa general del C. c., y en particular el artículo 397, que prohíbe a todo condueño, sin el consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, lo que recoge también el artículo 7.º de la Ley de 1960.

Título constitutivo que autoriza a aprovechar la fachada a los propietarios de la planta baja. Interpretación.—La Sala interpreta el título constitutivo de la propiedad horizontal, no en el sentido de la prohibición de colocar anuncios en la fachada a los propietarios de locales no situados en la planta baja, sino la de ser necesario para ello la correspondiente autorización de la Junta de Propietarios, y esta interpretación ha de mantenerse al no haber sido adecuadamente impugnada.

Acuerdo de la Junta por mayoría no consintiendo colación de anuncios luminosos en la fachada.—Al no autorizar la Junta por mayoría la colación de los anuncios y ordenar la retirada de los mismos, no hizo modificación alguna de las reglas contenidas en el título constitucional de la propiedad horizontal, toda vez que nada se había estipulado en éste en orden a la colocación de rótulos en la fachada del inmueble, a excepción de la correspondiente a la planta baja, habiéndose limitado aquélla a no consentir la colocación de los mismos, realizada por exclusiva voluntad del recurrente y sin dar previamente cuenta de ello a la Comunidad para obtener la oportuna autorización, ya que los anuncios luminosos adosados a la fachada suponen una alteración de la misma que afecta a la configuración, estado exterior y estética del edificio. (Sentencia de 4 de julio de 1980; no ha lugar.)

34. *Error de hecho en la apreciación de la prueba.*—No pueden aducirse con este fin los mismos documentos que ya tuvieron en cuenta los Juzgadores de instancia, aparte de que los mismos son privados y carecen de efectos contra tercero—cuya cualidad tiene la entidad demandada—por no concurrir ninguno de los supuestos de excepción del artículo 1.227 Código civil.

Tercería de dominio. Requisitos.—Como reiteradamente ha declarado esta Sala, entre otras, en la Sentencia de 18 de mayo de 1978, viene a ser una acción reivindicatoria que sólo puede prosperar acreditándose cumplidamente los tres requisitos siguientes: a saber, el dominio del actor, identificación de la cosa reclamada, y posesión o detención de la misma por el demandado, habiéndose declarado, además, que tales requisitos son hechos cuya declaración corresponde a los Tribunales de Instancia y su criterio ha de respetarse en casación a menos que prospere la impugnación que se formule por la vía del número 7 del artículo 1.692 Ley Enjuiciamiento Civil.

Artículo 464 del Código civil. Defecto del recurso.—La violación alegada de este artículo, cuyo primer párrafo en el sentir del recurrente al hablar

de «posesión» no incluye la «propiedad» no puede prosperar por la simple razón de que el motivo presupone, según la particular apreciación del recurrente contraria a la obtenida por la Sala de Instancia, que la propiedad de las cosas embargadas le pertenece.

Tercería de dominio y artículo 464 Código civil.—Ese motivo olvida también la doctrina de esta Sala recaída en pleitos sobre tercería de dominio, en la que se ha seguido la dirección germanista en la interpretación del artículo 464, a tenor de la cual su párrafo primero sienta el principio de irreivindicabilidad de la posesión adquirida de buena fe, como lo atestigua utilizar en el segundo inciso la idea de reivindicación que no se utiliza nunca tratándose de recuperar una mera posesión, por tanto la posesión de las cosas muebles a estos efectos se refiere a título de dominio y el precepto sanciona la irreivindicabilidad de los bienes muebles; doctrina seguida, aunque para distintas consecuencias, por las Sentencias de 11 de julio y 19 de diciembre de 1900, 3 de marzo de 1951, 1 de diciembre de 1910, 8 de octubre de 1929 y 5 de diciembre de 1924. (Sentencia de 3 de marzo de 1980; no ha lugar.)

35. *Arrendamiento rústico. Individualización de las fincas. Retracto. Incongruencia.*—Hay incongruencia si el contrato de arrendamiento recae sobre dos fincas independientes y sobre ellas se ejercita el retracto con tal carácter, mientras que la sentencia lo estima sobre dichas fincas consideradas unitariamente, ya que lo a considerar en materia de retracto es el objeto tal como el retrayente lo contempla en relación con el vínculo arrendaticio, y no con base en la configuración distorsionada que el propietario arrendador puede haber establecido con el comprador, pues de no entenderlo así se conduciría al absurdo de alterar los derechos del arrendatario por la exclusiva voluntad del propietario mediante la simple alteración descriptiva de las fincas objeto del arrendamiento.

Cosa juzgada. Juicio de desahucio y juicio de retracto.—La identidad de los litigantes no deja de producirse por el hecho de la distinta situación procesal que las partes mantienen en uno y otro pleito, no ocurriendo así con los elementos objetivos y de acción, pues una cosa es el ejercicio de una acción con respecto a una unidad de finca y otra con relación a fincas independientes, y también se rompe la identidad cuando se ejercitan acciones que tienen distinta *causa petendi* como ocurre con la de desahucio y la de retracto.

Carácter rústico de las fincas retraídas. Valor en venta que excede del duplo de otra igual sita en la zona.—El valor superior al duplo, determinado por la circunstancia de proximidad a carretera, con camino en su lindero este, por el que circulan toda clase de vehículos, además de la existencia en las inmediaciones de algunas casas y un aserradero, conduce a que no se dé el carácter de finca rústica a efectos del retracto; tal proximidad no quiere decir inmediatez, situación de contacto directo o colindancia, sino simplemente cercanía adecuada que revaloriza, como ocurre en el presente caso en que la finca en cuestión dista 55 metros de la carretera.

Abuso de derecho. Artículo 7.2. C. c. Precio de venta muy inferior a la

valoración pericial.—No puede apreciarse abuso de derecho o ejercicio anti-social del mismo porque para ello se hubiera precisado la realidad de un daño efectivamente producido para un tercero, y en materia de retracto no puede apreciarse con base en la mera distorsión en el precio cuando no consta que éste haya sido efectivamente superior al concertado contractualmente; la mayor valoración pericial sólo implica un hipotético beneficio de futuro derivado de meras posibilidades especulativas, que por su propia naturaleza no puede impedir la finalidad social de posibilitar el acceso a la propiedad por parte de los trabajadores de la tierra. (Sentencia de 7 de noviembre de 1980; ha lugar.)

Sentencia prolija, acaso por un deseo de mayor claridad o motivada quizá por la complejidad del planteamiento. No es habitual que la demanda de retracto pida que se declare rescindida *ex lege* la transmisión base del derecho de adquisición preferente, como ocurre en este caso y aceptan las sentencias de instancia; el retracto arrendaticio no produce *rescisión* de la venta, como es sabido, si al término se le quiere dar su sentido técnico.

Me parece acertada la *ratio decidendi* consistente en dar relevancia a la individualización de las fincas, tal como se realizó en el contrato de arrendamiento y no a la posterior efectuada por el arrendador con el comprador. Es cierto que el acto de individualización de inmuebles es atributo de la propiedad, pero aquí se interpone una relación arrendaticia que ulteriormente puede servir de base al ejercicio de un derecho real de adquisición de origen legal, especialmente protegido por su finalidad social.

La desproporción entre la valoración pericial que el T. S. acepta, superior a los cuatro millones de pesetas, y la que figura en la transmisión, de 300.000 pesetas, en cuyo precio se incluyen también otras fincas no arrendadas, arguye simulación que el recurrente utiliza para invocar la equivalencia de las prestaciones y el principio de buena fe. Pero el T. S. no estima el abuso por falta de prueba del daño o perjuicio sufrido por el vendedor, pues no se justificó el precio realmente pagado.

G. G. C.

36. *Aparcería. Retracto. Pluralidad de aparceros. Falta de consentimiento unánime. Prueba.*—La probanza de la no unanimidad de todos los colonos para que los otros cultivadores puedan ejercitar el retracto, es una cuestión de hecho cuya apreciación es incumbencia del juzgador de instancia, por lo que la terminante declaración de la Sala de que se intentó y no se logró la unanimidad, deberá ser respetada en casación al no combatirse por el cauce marcado; en el presente caso dicha declaración se basa en un requerimiento notarial doble, el de los coaparceros y el de la dueña, a lo que el tercer aparcerero no contestó al no interesarle el retracto, lo que es suficientemente indicativo del desacuerdo en cuanto a la unanimidad del ejercicio de su acción, la cual fue ejercitada por los otros dos.

Indivisibilidad del ejercicio del retracto. Analogía con el artículo 1.515 C. c. No han podido infringirse los artículos 1.518 y 1.521 C. c., que no estudian ni contemplan el tema de la pluralidad de retrayentes, cosa lógica si se tiene

en cuenta que las particularidades de este retracto fueron establecidas por la legislación especial de arrendamientos rústicos y no por el Código civil, en cuyo articulado sólo podría encontrarse un supuesto con cierta semejanza o analogía en el artículo 1.515.

Consignación para retraer. Falta de proporcionalidad con el número de jornales que cultiva cada uno.—Ni en el artículo 16.6 del R. A. A., ni en el artículo 1.515 C. c., se exige la determinación *a priori* de la proporción en el retracto de cada comprador conjunto, de suerte que si la consignación hecha por los retrayentes no guarda exacta proporción numérica con el número de jornales que cultiva cada uno, ello no puede afectar a la eficacia del retracto, ni al derecho e interés del que forzosamente vende, que lo ve cumplido mediante la percepción del total valor y a quien le es o le debe ser indiferente la distribución del importe dinerario que aquellos consignaron, cuestión que a ellos corresponde regular en el ámbito de su privada autonomía.

Defectos formales del recurso.—No puede fundamentarse el recurso de injusticia notoria ni en la infracción de preceptos fiscales, ni en la de normas de carácter procesal. (Sentencia de 27 de octubre de 1980; no ha lugar.)

Ajustada sentencia (Pte. de la Vega Benayas) en un caso de pluralidad de legitimados para el ejercicio de un derecho de adquisición preferente, cuya normativa aparece insuficientemente regulada. Se hecha en falta la existencia de una parte general de tales derechos, que la doctrina dificultosamente construye. Conviene advertir que la precedencia cronológica del C. c. sobre la L. A. R. no supone, sin más, inaplicabilidad de los preceptos de aquél al retracto rústico. Sobre la problemática que plantea el artículo 1.515 C. c. vide GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil*, t. XIX (Madrid, 1980), p. 549 s.

G. G. C.

5. Derecho de familia

37. *Desheredación por adulterio.*—La apreciación de la indignidad por adulterio, como causa de desheredación, requiere su manifestación forzosamente en testamento, cual expresamente exige el artículo 850 Código civil.

Indignidad por adulterio.—El hecho de que la hoy viuda viviera con un hombre en el domicilio en que habitaba, y con el que contrajo matrimonio unos dos años después de quedar viuda, en modo alguno determina la apreciación de la causa de indignidad del número 5.º del artículo 756 Código civil, en la redacción anterior a la Ley de 26 de mayo de 1978, por la que se rige esta sucesión, dada la fecha del fallecimiento del marido, puesto que se requería entonces la existencia de una sentencia penal previa, no recaída en este caso.

Ley de despenalización del adulterio.—La citada Ley de 26 de mayo de 1978 no tiene eficacia retroactiva.

Interpretación del artículo 834 del Código civil.—La interpretación sociológica y de equidad del citado artículo ha de guardar relación con la situación ambiental al tiempo en que se produjo el fallecimiento del causante y, cuando ese artículo habla del cónyuge que «no se hallare separado», evidentemente se está refiriendo a la separación judicial y no a la de mero hecho o amistosa, como así se deduce de la referencia que se hace a los cónyuges que estuviesen separados en virtud de demanda.

Defecto del recurso.—Lo es la relación indiscriminada de preceptos legales de aspecto fáctico-jurídico independiente, con la ausencia de la precisa claridad y precisión.

Efectos de la separación de hecho en la sociedad de gananciales.—No figura ésta como causa taxativa de disolución de dicha sociedad, que el artículo 1.417 contrae a la disolución o nulidad del matrimonio, y no apareciendo en los autos pruebas fidedignas y fehacientes, como la resolución judicial o notarial o incluso, el documento privado fidedigno, del momento en que se inició tal separación, hay que concluir que la sociedad de gananciales persistió, y más en cuanto se ha comprobado el propósito de mantenerla por la voluntad y comportamiento de los cónyuges al adquirir bienes ambos a título privativo con la concesión por el marido de la licencia marital, y no hay prueba eficaz reveladora de destrucción de la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 Código civil. (Sentencia de 7 de marzo de 1980; no ha lugar.)

38. *Error de hecho en la apreciación de la prueba.*—A estos efectos no tiene la condición de auténtico el mismo documento examinado por la Sala de Instancia y que declara judicialmente la incapacidad mental del vendedor.

Venta en documento privado por un capaz y por un incapaz. Cuestión nueva.—La declaración de la validez del contrato otorgado en cuanto hace referencia a la vendedora, dado el contenido de la súplica, no pudo ser hecha más que incurriendo la Sala en incongruencia, ya que no fue solicitada ni tratada en los autos, siendo por tanto cuestión nueva.

Sociedad continuada de gananciales en Aragón. Naturaleza.—Es una comunidad de bienes con las características de la comunidad germánica, por lo que los componentes de la misma no tienen la propiedad de los bienes sino que únicamente les pertenecen cuotas ideales de dicha comunidad. (Sentencia de 27 de mayo de 1980; no ha lugar.)

6. Derecho de sucesiones

39. *Actos propios.*—La doctrina legal de que «nadie puede ir contra sus propios actos» no puede invocarse con éxito porque los recurrentes parten de un hecho, cual es la desigualdad de los lotes hereditarios, no admitidos por la Sala «a quo».

División de herencia. Igualdad de las adjudicaciones.—La circunstancia de que para el pago de lotes se adjudiquen bienes de distinta naturaleza

no implica, por sí, que se contravenga la igualdad dispuesta, ya que el artículo 1.061 Código civil, 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 (Sentencia de 25 de junio de 1977 y otras) que 'la formación de los lotes depende de las circunstancias de cada caso y de la naturaleza de lo que se reparta sin que sea precisa una igualdad matemática y absoluta.

Actos propios. Conducta procesal previa.—Habiendo los recurrentes admitido en pleito anterior la igualdad que ahora niegan, a tal aceptación han de estar y conformarse, ya que su representación así lo reconoció con plenos efectos, de modo que el que en este litigio adopten una posición contradictoria con su conducta anterior implica una falta de probidad.

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—Este motivo, basado en el contenido de ciertos documentos aportados, es desestimable, ya que en su desarrollo se incurre en el error de considerar un quebranto de la igualdad de las hijuelas la circunstancia de que se hayan pagado con bienes de distinta naturaleza, lo que no es cierto.

Error de hecho en la apreciación de la prueba.—No puede invocarse con este fin un documento interpretado y examinado por la sentencia impugnada y que además no revela en modo alguno la equivocación del juzgador.

Administrador judicial de cosa común.—El artículo 398, párrafo 3.º, del Código señala como requisitos previos para el nombramiento de un administrador judicial que no resulte mayoría o que el acuerdo de ésta resulte gravemente perjudicial a los interesados y medie instancia de parte. (Sentencia de 17 de junio de 1980; no ha lugar.)

40. *División de comunidad hereditaria. Incongruencia.*—No la hay, porque si las partes estaban de acuerdo en dividir todos los bienes comunes, era necesario la inclusión de la casa omitida en perfecta congruencia con lo pedido, que no se altera por el hecho de que la adición de este bien como objeto concreto se hiciese por la actora en trámite de réplica, atemperando su proceder a la referida petición de los demandados de dividir toda la indivisión, que es justo lo que concede la sentencia impugnada, sin que tampoco pueda pensarse que con ello otorga más de lo pedido.

Acumulación de acciones.—No existe infracción del principio procesal que prohíbe acumular acciones después de contestada la demanda, porque no se ejercitó más que una sola acción, aunque se ampliara su objeto con el de aquel bien concreto y aunque en la demanda y en la súplica se pidan modos distintos de la división judicial solicitada.

Reconventio reconventionis.—No se ha vulnerado la prohibición de proponer reconvencción después de la contestación a la demanda, pues aquí, ante la reconvencción formulada en la que se pedía la división de toda la comunidad con el procedimiento del artículo 1.061 Código civil, la parte actora se avino a ambas cosas.

Adición de un objeto material.—No ha habido tampoco infracción del párrafo 2.º del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque no ha

habido una nueva pretensión que altere las peticiones fundamentales de la demanda, sino solamente una ampliación por adición de un objeto material a los bienes comunes cuya división se pidió inicialmente, y esta ampliación está permitida de modo expreso por el artículo que se dice infringido. (Sentencia de 4 de julio de 1980; desestimarse.)

II. DERECHO MERCANTIL

41. *Descuento de letras documentadas.*—Es un negocio jurídico autónomo que no se identifica con ninguna de las figuras contractuales recogidas en el Código de comercio y que la doctrina-científica define como contrato por el cual el Banco, previa deducción del interés, anticipa al cliente el importe de un crédito no vencido contra tercero, mediante la cesión, salvo buen fin, del crédito mismo.

Nota esencial de este contrato.—Es esencial la cláusula «salvo buen fin» en el sentido de que el descuento se concede a condición de que el título sea pagado por el tercero deudor en la fecha de su vencimiento.

Nota esencial de este contrato.—El Banco no penetra en el contrato de compraventa ni adquiere el dominio de las mercancías vendidas mediante los títulos que las representan, pues se limita al cumplimiento del mandato de entrega recibido del vendedor, si bien tales documentos le conferirán sobre las mercancías vendidas el privilegio del comisionista del artículo 276 Código de comercio.

Nota esencial de este contrato.—Por cuanto se trata de una dación para pago, esto es, que el crédito descontado se cede «pro soluto» y no «pro soluto», el Banco asume la obligación fundamental de diligente gestión, teniendo que presentar al cobro la letra por la debida oportunidad y levantando en su caso el protesto por falta de pago, a no ser que en la cambial figure la cláusula «sin gastos», en cuya virtud el librador dispensa al tenedor de la obligación de protestar los efectos impagados, asumiendo sin tal requisito la responsabilidad en vía de retorno por ejercicio de la acción cambiaria ordinaria y de la causal, como si hubieran sido protestados, mientras la letra no prescriba.

Nota de este contrato.—El perjuicio de la letra imputable al Banco determina en sentir del más autorizado y general criterio la producción de efectos enervatorios de la cláusula «salvo buen fin», y la entidad descontante soportaría los efectos de su propia negligencia, conforme al artículo 1.170 «in fine». Código civil.

Interpretación del contrato.—La alegación de que no se impuso al Banco recurrente la obligación de presentar las letras al cobro, ni de levantar, en su caso, los correspondientes protestos por falta de pago, porque la gestión incumbía por propia decisión del librador al «Bank of Nova Scotia», no puede prosperar, ya que se trata de una cuestión nueva y además porque existen datos demostrativos del protagonismo que en la constancia formal del impago tomó la entidad recurrente.

Interpretación del contrato.—Ha quedado incólume la básica declaración de la Sala de que el Banco recurrente venía obligado a obtener el protesto por falta de pago de la librada aceptante, levantándolo en tiempo eficaz tanto de conformidad a la legislación patria como a la canadiense, aplicable por disposición del artículo 475 del Código de comercio, y que, si así no lo ha hecho, incurre en conducta negligente y la letra perjudicada produce los efectos del pago.

Doctrina legal sobre descuento.—La violación alegada de la doctrina contenida en las Sentencias de 26 de octubre de 1961, 21 de junio de 1963 y 30 de diciembre de 1972 no puede prosperar, pues estas sentencias contemplan problemas ajenos al objeto de este recurso.

Responsabilidad del librador.—Según el artículo 460 Código de comercio cesa cuando el tenedor de la letra hubiere omitido protestarla en tiempo y forma, siempre que el librador pruebe —lo que aquí ha ocurrido— que al vencimiento de la cambial tenía hecha provisión de fondos para su pago.

Imposibilidad de sacar el protesto por fuerza mayor.—La fuerza mayor de que habla el artículo 483 Código de comercio ha de consistir en un suceso no culposo imposible de prever o que, previsto, sea inevitable, y totalmente independiente de quien lo alega, lo que no sucede con la simple transmisión de las letras al Banco Canadiense.

Valor al cobro en el endoso.—Es un simple endoso para cobranza que incorpora una forma de apoderamiento cambiario que no transfiere la propiedad y que sólo legitima al endosatario para el cobro de la letra, siendo una modalidad de endoso limitado que ha de admitirse infiriéndolo de los principios y finalidad del artículo 463 Código de comercio.

Protesto tardío.—Produce el perjuicio de la letra por imperativo del artículo 469 y del 504.1.º Código de comercio.

Enriquecimiento injusto.—Su alegación constituye una cuestión nueva y en este caso no existe, aunque el recurrido descontatario obtuvo las sumas del descuento, dado que tenía hecha provisión de fondos y se ha visto privado con el perjuicio de las letras de las acciones propias del rigor cambiario. (Sentencia del 14 de abril de 1980; no ha lugar.)

42. *Interpretación de los contratos.*—Es tarea privativa de los juzgadores de instancia, la cual ha de prevalecer frente a la particular e interesada de quien en el recurso la impugna, pudiendo sólo ser combatida demostrando que la Sala sentenciadora infringió en su exégesis alguno de los preceptos de los artículos 1.281 a 1.289 que la regulan, pues únicamente cabe rechazar dicha interpretación cuando resulte arbitraria, absurda o contradiga los términos del convenio.

Fianza mercantil.—Frente a la tesis del recurrente de que el contrato es sólo un aval cambiario, es correcta la interpretación de la Sala de que se trata de un afianzamiento mercantil, pues se ha atendido no a la literalidad de una cláusula, sino al total contenido del documento, teniendo en cuenta que la sociedad avalista acepta y presta su aquiescencia al contrato causal de compraventa mercantil que se menciona, aparte de la íntima conexión

entre la Sociedad compradora y la avalista, constituida ambas por unas mismas personas, coincidiendo varias de ellas en la administración de una y otra, en el mismo domicilio social, y siendo una misma persona la que firma el documento como compradora y avalista, apoderada de ambas sociedades, aunque tengan éstas distinta personalidad jurídica.

Prescripción de la fianza mercantil.—No puede aplicarse al caso de autos el artículo 950 Código de comercio, que fija en tres años el plazo de prescripción de las acciones procedentes de letras de cambio, ya que la acción ejercitada en la demanda no es la cambiaria, sino la derivada del contrato de fianza mercantil, cuya prescripción, al no estar fijada en el Código de comercio, ha de regularse por el Derecho común, conforme dispone el artículo 943 Código de comercio y, por tanto, el plazo es de quince años, como acción personal sin término especial de prescripción. (Sentencia de 31 de mayo de 1980; no ha lugar.)

43. *Contrato de cuentas en participación. Requisitos y calificación.*—El recurrente estima que la operación que ha concertado con el recurrido no puede calificarse de contrato de cuentas en participación, porque —entre otros motivos que el T. S. acuerda no discutir, confirmando su doctrina de que no pueden traerse a la casación cuestiones nuevas que no fueron promovidas en su momento procesal pertinente—, porque, decíamos, es impropio de este tipo comercial la intromisión del partícipe en la gestión de la empresa de la que es titular exclusivo el gestor. El T. S. entiende, sin embargo, que la consecución a favor del gestor de una línea de descuento en un Banco (hasta una cantidad, en concreto, de 400.000 pesetas) no comporta necesariamente la intervención del partícipe en el negocio propio del gestor y, por consiguiente, no implica una actividad de gestión social del partícipe que desnaturalizaría el contrato de cuentas en participación. La apertura de la mencionada línea de descuento a favor del gestor no es más —continúa el T. S.— que una garantía bancaria que fue aportada por el partícipe como parte del capital. Lo cual es perfectamente coherente con la estructura del contrato (que, justamente, conlleva la aportación de capital a un negocio ajeno, sin una paralela intervención del aportante en la gestión del mismo). (Sentencia de 18 de abril de 1980; no ha lugar.)

44. *Transporte de mercancías. «A riesgo y ventura del porteador». Pérdida por incendio fortuito.*—Celebrado un contrato de transporte de mercancía por carretera, cuya base era un contrato de porte entre la sociedad cargadora y el conductor del camión, una de cuyas cláusulas decía expresamente que las mercancías se transportaban a riesgo y ventura del porteador que asumía plena responsabilidad por las posibles pérdidas y averías que pudiera sufrir la carga en todos los casos, resultando en el curso del viaje, que lo era de regreso de otro transporte, incendiado el camión sin que mediara culpa o negligencia por parte del conductor, única persona que en el mismo viajaba, perdiéndose parte de la mercancía y resultando dañada el resto, debe responder el porteador.

Responsabilidad de la empresa porteadora. Uso mercantil.—No puede decirse que la relación entre el porteador dueño del camión y el conductor

del mismo sea de mandato o comisión mercantil, sino la que normalmente media entre la empresa transportista y su empleado, habiéndose probado, además, el uso o práctica mercantil según el que los conductores, al llegar al punto de destino, efectúan nuevos contratos para el regreso, a fin de no hacerlo de vacío, y ello en beneficio del porteador, sin necesidad de constancia especial de la autorización de éste, en cuyo nombre se presume que actúan, salvo prueba en contrario, firmando la carta de porte.

Pacto lícito.—La cláusula «a riesgo y ventura del porteador» no es contraria a la moral ni al orden público, y tampoco contraviene a la ley, representada en este caso por el artículo 361 Código comercio, puesto que precisamente se ampara en la excepción que el mismo permite. (Sentencia de 30 de junio de 1980; no ha lugar.)

45. *Agente afecto de seguros. Infidelidad.*—La válida apreciación de la infidelidad (del agente respecto de su principal, la entidad aseguradora) y consecuentemente de la extinción del derecho a percibir determinadas comisiones de cartera por parte del agente, no viene condicionada por la necesidad previa del trámite de conciliación sindical, a que se refieren los artículos 22 de la Ley de producción de seguros privados de 30-XII-1969 y 50 y 69 de su Reglamento de aplicación. La realidad de la misma (de la infidelidad) viene expresamente determinada por tratar el agente de que los contratos de seguro que forman la cartera sobre la que percibe sus comisiones pasen a otra entidad aseguradora. Y a este respecto —estima el T. S.— son terminantes los términos de los mencionados preceptos, según los cuales «bastará el acreditamiento de esa desleal gestión para que el derecho al percibo de esas comisiones quede automáticamente extinguido».

Acto de conciliación sindical.—Aunque tal requisito formal estuviese todavía vigente —y sobre ello no se pronuncia el Tribunal—, su inobservancia no sería apreciable. En efecto, ejercitada la acción en vía reconvenional, el acto de conciliación que exige el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para promover cualquier proceso declarativo, ya no resulta necesario; pues aunque ciertamente la reconvenional es una nueva demanda, el declarativo ya está iniciado. Así las cosas, tampoco es necesario el acto de conciliación sindical, dada su analogía con el que establece la ley procesal; ambos persiguen idéntica finalidad: agotar todas las posibilidades de avenencia entre las partes.

Facultad de resolución de las obligaciones recíprocas en caso de incumplimiento de una de las partes.—No resulta aplicable el artículo 1.124 del Código Civil y con él la imposibilidad de resolver cuándo ha habido incumplimiento por ambas partes, pues, *primero*, sobre el incumplimiento de la entidad aseguradora no se pronunció el Tribunal de apelación; *segundo*, la entidad aseguradora no solicitó la resolución del contrato, sino que se limitó a pedir que se declarase extinguido el derecho del agente a la percepción de ciertas comisiones por haber incurrido en infidelidad (al amparo del artículo 22-2 de la Ley de Producción de seguros privados), y *tercero*, no se da el supuesto de «bilateralidad obligacional recíproca» (que es supuesto de aplicabilidad del artículo 1.124), pues el deber de fidelidad del

agente —como requisito *sine qua non* para tener derecho a la percepción de la comisión de cartera— no viene impuesto por el contrato celebrado con la entidad aseguradora, sino que «es una obligación, cuyo incumplimiento lleva consigo, por expresa disposición legal, la pérdida o extinción de ese derecho». (Sentencia de 23 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

46. *Pago de deuda solidaria en periodo de retroacción de los efectos de la quiebra y excepción litis consorcio pasivo necesario.*—El tribunal de apelación declara nulo —y consecuentemente ordena su reintegración a la masa activa de la quiebra— un pago hecho por dos fiadores del quebrado a un acreedor (una entidad bancaria), por entender que tal pago entraña un «acto de dominio o administración» realizado en período de retroacción de los efectos de la quiebra, cuya nulidad sanciona radicalmente el párrafo 2.º del artículo 878 del Código de comercio. El acreedor pagado recurre ante el T. S. por *violación de doctrina legal sobre litis consorcio pasivo necesario* (pues no se había demandado a los fiadores, a quienes también habría de afectar la sentencia) y por *incorrecta aplicación del artículo 878, párrafo 2.º* (pues del texto de este precepto del Código de comercio sólo se infiere que es aplicable a los actos de dominio y administración del quebrado y no —como parece haber entendido la Audiencia— a los actos realizados por terceros, cuales son los pagos satisfechos por los fiadores). El T. S. casa la sentencia de la Audiencia, pues tratándose de una deuda solidaria del quebrado y sus fiadores —señala textualmente— «*la nulidad de los pagos efectuados por estos últimos* (obsérvese que el pago lo realizan los fiadores y no el quebrado) *les afectaría directamente* (a ellos mismos, los fiadores) *al permanecer viva la acción del (...) demandado* (es decir, el Banco acreedor de la deuda solidaria, cuyo pago se considera nulo por haber sido hecho en período de retroacción) *para exigir el pago*» de su crédito. Razón por la cual «es evidente —continúa el Tribunal— que la sentencia dictada afectaría directamente a los dos avalistas que no han sido demandados y por ello la relación jurídica procesal está mal constituida al no haber sido demandados todos los afectados por la relación jurídica en litigio». Se admite, pues, la excepción de litis consorcio pasivo necesario. (Sentencia de 18 de octubre de 1980; ha lugar.)

Hechos.—Para la comprensión de la doctrina del Tribunal Supremo en esta decisión es preciso tener en cuenta el entero *iter* judicial de la contienda. La cuestión se inicia en el momento en que los síndicos de una quiebra reclaman a un acreedor del quebrado la devolución de ciertos pagos hechos por éste durante el período de retroacción de la quiebra. El Juzgado que conocía de la quiebra —después del requerimiento extrajudicial de los síndicos— acuerda también pedir al acreedor la reintegración a la masa de la quiebra de la cantidad reclamada por los síndicos. El acreedor no accede, manifestando que entre las cantidades exigidas por la sindicatura se encuentran partidas, cuya reintegración no es procedente *por tratarse de pagos hechos por los fiadores del quebrado y no por el quebrado mismo*. Los síndicos se oponen nuevamente al escrito del acreedor requerido, alegando que tales cantidades fueron ingresadas en la cuenta que el quebrado posee en la entidad demandada, en período de retroacción de la quiebra,

para enjugar su saldo deudor. (Conviene tener presente que el acreedor demandado es un Banco, en una de cuyas sucursales tenía el quebrado abierta una cuenta corriente con saldo deudor en la fecha a que se retrotraen los efectos de la quiebra. Así se comprenderá por qué los síndicos entienden que ha existido un *acto de dominio* por parte del quebrado: Al ser pagado por los fiadores el crédito que el Banco le había concedido al quebrado, como es el caso, necesariamente hubo de ser afectado el saldo de su cuenta, en el sentido de que se redujo. Lo cual, a su vez, no significa una alteración patrimonial de la situación del quebrado en perjuicio de los acreedores de la quiebra, pues es evidente que lo que debía al Banco se lo deberá ahora a los fiadores, que a tales efectos gozan de la acción de regreso). Ante esta situación, el Juez que conoce de la quiebra dicta una providencia declarando que para la ocupación de estas cantidades es menester un juicio declarativo previo que reconozca la nulidad de tales pagos al acreedor y el derecho de los síndicos a reintegrarlos en la masa de la quiebra. Consecuentemente, ante el Juzgado ahora competente, presentan los síndicos demanda, argumentando que las cantidades en cuestión *deben formar parte de la masa activa de la quiebra, toda vez que han salido del patrimonio del quebrado en virtud de actos dispositivos, cuya nulidad absoluta sanciona el párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio*. Admitida la demanda se traslada a la parte demandada (el Banco), quien se opone contestando que el hecho de que el saldo deudor de la cuenta corriente del quebrado se haya visto reducido por obra de los pagos efectuados por los fiadores, no comporta la realización por parte del quebrado de actos de disposición, pidiendo por ello que se estime correctamente el valor jurídico de los asientos contables. *A fortiori*, se aduce la excepción de litis consorcio pasivo necesario, pues la validez o nulidad de tales abonos —se dice— no afeta tan sólo al demandado; pues, como resulta obvio, si éstos se anulasen, como los síndicos pretenden, los fiadores vendrían obligados a hacer frente a la obligación que, junto con el quebrado, deben solidariamente al demandado. El Juez de Primera Instancia acepta esta última excepción y, sin pasar al examen de fondo, desestima la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia acuerda revocar la sentencia de la instancia y, desestimando la excepción de litis consorcio pasivo necesario, ordena al demandado que reintegre a la masa de la quiebra las cantidades reclamadas por la sindicatura. El curso ulterior del litigio ya ha quedado expuesto con ocasión del resumen anteriormente efectuado de la doctrina del T. S.

C. P. A.

III. DERECHO PROCESAL

47. *Resoluciones de la jurisdicción contencioso-administrativa. Efectos civiles conexos.*—Anulada por la Sala cuarta de este Alto Tribunal la autorización municipal para el aumento de las tarifas del precio de arrendamiento de los locales de un mercado explotado por un particular en régimen

de concesión, la reclamación de las cantidades indebidamente pagadas por los arrendatarios al concesionario tiene evidentemente carácter civil.

Responsabilidad municipal. Legitimación activa.—Declarada por la jurisdicción contencioso-administrativa la existencia de defectos insubsanables en el expediente de elevación de tarifas, la pretensión de hacer recaer sobre el Ayuntamiento la responsabilidad del cobro indebido sólo podría ejercitarse, de existir, por el concesionario, nunca por los arrendatarios de éste. (Sentencia de 29 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

48. *Litis consorcio pasivo necesario.*—La situación litisconsorcial pasiva necesaria o cualificada se originará siempre que la decisión no pueda pronunciarse más que frente a varias partes. En este sentido ha declarado la jurisprudencia que es obligado traer al debate a todas las personas a quienes la sentencia pueda alcanzar y que, como tales, tengan un evidente y legítimo interés en la contienda al hallarse relacionados con el objeto de la demanda, pues de no hacerlo así resultaría vulnerado el principio *nemo debet inaudita damari*.

Responsabilidad in solidum. Culpa extracontractual.—Una cosa es la responsabilidad *in solidum* a la hora de alcanzar la satisfacción de la deuda dimanante de la culpa aquiliana, cuando el hecho dañoso se presenta como el resultado de una acción colectiva, y otra muy diferente que pueda ser postulada la aplicación del artículo 1.144 del Código civil a una esfera distinta de la contractual antes de que haya recaído decisión afirmativa de la concurrencia de todos los elementos exigidos para que surja la obligación de reparar, según aquellos preceptos, marginando de la controversia a pretendidos coautores a los que, sin embargo, alcanzará el posterior deber de reembolso en la parte correspondiente, resultando de esta suerte prácticamente condenados sin su previa audiencia y vencimiento. (Sentencia de 29 de febrero de 1980; ha lugar.)

Hechos.—Se discute si se ha producido una irregular constitución de la relación procesal, por no haber sido dirigida la demanda contra unas personas implicadas en los hechos y afectadas por sus consecuencias. El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Territorial, señalando que existe un litisconsorcio pasivo necesario.

49. *Ejecución de sentencia.*—Tanto la jurisprudencia como la doctrina han aclarado la aparente antinomia entre el artículo 944, párrafo segundo, Ley Enjuiciamiento Civil y el artículo 1.695 de la propia Ley, en el sentido de entender que la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios es facultad soberana del juzgador de instancia contra cuyo ejercicio no cabe recurso alguno, pero sí juntamente con la liquidación o con ocasión de ella se hubiere promovido y resuelto en el incidente algún punto esencial no contravertido en el pleito ni decidido en la ejecutoria o se contraviene lo ejecutoriado, en cualquiera de estos casos procede el recurso de casación contra el auto resolutivo del incidente, aunque también haya decidido sobre la liquidación.

Ejecución de sentencia.—Si bien es lícita la función interpretativa de la sentencia, es improcedente que al socaire de ella se tengan por decididos aspectos sustanciales no suscitados por los contendientes y tampoco resueltos explícita ni implícitamente por la resolución a ejecutar, según previene el artículo 1.695 Ley Enjuiciamiento Civil.

Coordinación con la sentencia ejecutoria.—La imprecisión de cierta frase de ésta, en relación con el tiempo de la liquidación, tiene que ser superada, en trance de dar a la sentencia de condena la efectiva realización que su misma naturaleza exige, atendiendo a lo que fue materia de la contienda y a lo decidido en el fallo ejecutoriado, antecedentes entre los que el intérprete ha de establecer la lógica y obligada coordinación.

Fijación de intereses moratorios.—La denuncia que se hace al auto recurrido por haber resuelto sobre puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decidido en la ejecutoria, procediendo a la arbitraria fijación de intereses moratorios, a pesar de que la decisión a ejecutar no contiene pronunciamiento alguno sobre tal particular ni la demanda instó, según sería preciso, la condena del demandado como incurso en mora, merece ser acogida por ser cierta, al margen y con independencia de la regla «in iliquidis non fit mora». (Sentencia de 28 de noviembre de 1980; ha lugar.)

50. *Cosa juzgada. Planteamiento en casación.*—Las declaraciones del Tribunal sobre identidad de personas, cosas y causa de pedir que producen la cosa juzgada formal son cuestiones de hecho que sólo pueden ser atacadas por el cauce del núm. 7 del artículo 1.692 de L. E. C. En el presente caso, al haberse alegado el núm. 5 del citado artículo, ha de tenerse en cuenta que es requisito previo e inexcusable para el éxito del motivo que la cosa juzgada haya sido alegada como excepción, pues, en otro caso, el motivo habría de ampararse en el núm. 1 de tal artículo, por violación del artículo 1.252 del Código civil.

Interpretación de los contratos.—La exégesis contractual hecha por la Sala debe ser respetada y permanece inalterable si no es atacada en forma, al no ser ilógica ni absurda. (Sentencia de 15 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

51. *Congruencia de la sentencia.*—Cuando la sentencia recurrida estima completamente las pretensiones de la demanda y, lógicamente, rechaza las de la contestación, mal puede ser tachada de incongruente.

Apreciación conjunta de la prueba y presunciones. Distinción.—No es procedente alegar la violación del artículo 1.253 del Código civil cuando el Juzgador no haya utilizado el medio de presunciones, sino que se apoyó en la apreciación conjunta de la prueba expresa, directa y no presuntiva, sin que pueda confundirse, además, con las deducciones complementarias del razonar lógico que puede contener la resolución.

Cuestiones nuevas. Inadmisión de su planteamiento en casación.—La cuestión nueva, que no se suscitó, ni debatió en el período de alegaciones del pleito precedente, tiene vedado su acceso a la casación. (Sentencia de 9 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

52. *Recurso de casación por quebrantamiento de forma. Jurisdicción voluntaria.*—La alegación del recurrente de no haber sido citado, emplazado, ni tan siquiera oído en las actuaciones seguidas a instancia del promotor del expediente de jurisdicción voluntaria del que dimana este recurso, ha de parecer necesariamente con sólo tener en cuenta que el artículo 525 Ley Enjuiciamiento Civil y doctrina legal, que como infringidos se alegan, son de aplicación únicamente a los juicios contradictorios seguidos entre partes, pero no a los actos de jurisdicción voluntaria, regidos en este aspecto por el precepto específico del artículo 1.813 de la misma Ley, en modo alguno vulnerado en el caso presente.

Recurso de casación por quebrantamiento de forma.—Las causas establecidas por el artículo 1.693 Ley Enjuiciamiento Civil, no son susceptibles de interpretación extensiva o analógica, y aun cuando el recurrente arguye que lo solicitado por el recurrido no es materia de la jurisdicción voluntaria sino del juicio declarativo de mayor cuantía, es obvio que esta declaración no cabe interesarla en este tipo del recurso de casación que en modo alguno sirva para anular un procedimiento judicial con base en una pretendida inadecuación del procedimiento seguido. (Sentencia de 12 de julio de 1980; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 3.600 pesetas
Extranjero, 4.200 pesetas
Número suelto: España, 1.200 pesetas
Extranjero, 1.500 pesetas